

Arbitrabilidad Societaria en el Derecho Argentino y Comparado

CORPORATE ARBITRABILITY ARGENTINE AND COMPARATIVE LAW

Lorena R. Schneider*

Recibido/Received: 08/11/2023

Aceptado/Accepted: 22/11/2023

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La arbitrabilidad en materia societaria. Principio de disponibilidad. 2.1. La impugnación de acuerdos. 2.2. Acumulación de acciones y caducidad de plazos. 2.3. Las acciones de responsabilidad social y retribución de los administrados. 2.4. Acciones de exclusión, disolución y liquidación. 2.5. ¿Extensión de la cláusula estatutaria a los administradores? 3. *Derivate action claims* o reclamos derivados. 4. Conclusión.

RESUMEN: Este trabajo se propone examinar la importancia del arbitraje — como mecanismo de resolución de conflictos—, en las disputas societarias. Este particular ámbito —el societario—, por sus especiales características presenta matices que merecen ser analizados. Es aquí precisamente donde cobra importancia el análisis de cuáles son las materias que podrán ser arbitrales. Sabido es que el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos que ha cobrado relevancia en los últimos tiempos; sin embargo, en materia societaria, la cuestión no es tan simple. Así, la arbitrabilidad en materia societaria ha sido ampliamente debatida —y más aún rechazada—, sobre todo en el entendimiento de que en determinados supuestos estarían involucrados derechos indisponibles o el orden público escaparían de la órbita del proceso arbitral. Sobre dicha base, este trabajo busca disipar —en cuanto fuere posible—, los interrogantes acerca de la arbitrabilidad en las disputas societarias. En tal sentido —fundada en estudios de derecho argentino y comparado—, la presente

* Abogada y Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho Comercial y de los Negocios por la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Directora de los Institutos de Arbitraje y Conciliación (CALP). Arbitro Permanente de la Bolsa de Comercio de Bahía Blanca y de la Corte de Arbitraje en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías (CAC). Miembro de ICC Argentina. Miembro del Comité de Expertos en Derecho Societario del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas de Madrid. Directora de la Diplomatura Corporate Lawyers (UCEMA). Correo electrónico: lschneide@ucema.edu.ar

investigación pretende exponer que en el plano societario la autonomía de la voluntad y, por tanto, el principio de disponibilidad, permiten sostener amplia arbitrabilidad de cuestiones originadas en el seno de las corporaciones, en tanto resulten materias disponibles; ello es, relativas a la relación societaria.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, disputas corporativas, arbitrabilidad, arbitrabilidad en disputas corporativas, asuntos de arbitraje.

ABSTRACT: This paper intends to examine the importance of arbitration — as a dispute resolution mechanism— in corporate disputes. Due to its special characteristics, this sphere —corporate— has nuances that deserve to be analysed. It is precisely here where the analysis of what are the matters that may be arbitral becomes important. It is known that arbitration is a dispute resolution mechanism that has gained relevance in recent times; however, in corporate matters the question is not so simple. Thus, arbitrability in corporate matters has been widely debated —and even more rejected—, especially in the understanding that in certain cases unavailable rights would be involved or public order would escape the orbit of the arbitration process. On this basis, this work seeks to dispel —as far as possible—, the questions about arbitrability in corporate disputes. In this sense —based on studies of Argentine and comparative law—. This research aims to expose that at the corporate level, the autonomy of the will and, therefore, the principle of availability, allow for broad arbitrability of issues arising within the corporations, as long as they are available matters; that is, related to the corporate relationship.

KEYWORDS: arbitration, corporate disputes, arbitrability, arbitrability in corporate disputes, arbitration matters.

1. INTRODUCCIÓN

Inicialmente, cabe decir que el arbitraje es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes que han decidido, en virtud de un convenio arbitral, sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y diferir a los árbitros su tratamiento. Allí debe estar el límite del control judicial¹ si se desea

1 Para el órgano judicial, una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral por motivos apreciables de oficio, las partes no pueden disponer de la acción de anulación, sustrayendo al tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable.

mantener el nivel de autonomía del arbitraje, como instrumento válido para la resolución de conflictos.

De tal suerte, algunas de las ventajas del arbitraje, respecto a la jurisdicción estatal, son:

- (a) *Especialidad*: ya sea en caso de árbitros de derecho como de equidad, la especialización arbitral resulta una garantía de seriedad para las partes involucradas en un conflicto.
- (b) *Reducción de tiempo*: en relación con el proceso judicial, el arbitraje facilita la resolución en tiempos razonables según la naturaleza del litigio que se plantee.
- (c) *Reducción de costos*: los costos resultan más previsibles en el arbitraje, en relación al proceso judicial.
- (d) *Confidencialidad*: en ciertos casos, es más valorada la no trascendencia a terceros de determinadas cuestiones, que el propio resultado del conflicto.
- (e) *Flexibilidad*: los reglamentos de arbitraje institucional facilitan un sano apartamiento respecto a las rigideces propias del proceso judicial. En el caso del arbitraje *ad hoc*, las propias partes pueden establecer reglas de procedimientos adaptables según las necesidades de tratamiento del conflicto.
- (f) *Reducción de la hostilidad*: los reglamentos de arbitraje, en general, permiten una participación más activa de las partes en el proceso arbitral, y una mayor contribución de los árbitros en *post* de su solución, lo cual redundará, con un manejo adecuado, en una reducción de la hostilidad con relación al proceso judicial.
- (g) *Autonomía de la voluntad*: sin dejar de ser una forma heterónoma de tratamiento de conflictos, al sustraerse las partes a los jueces del Estado, y fijar el reglamento que las regirá en el planteo del conflicto, las mismas libremente, a través del consenso, disponen la forma más adecuada para la resolución de sus controversias.

El panorama comparado de los últimos años muestra la clara apertura de una senda hacia la consolidación de una auténtica cultura arbitral no exenta de dificultades. Superado el periodo de enfrentamientos entre modelos económicos donde, curiosamente, el arbitraje comercial internacional jugó un importante papel como instrumento de cooperación pacífica entre los pueblos, la actual etapa de globalización da una idea aproximada del desarrollo de la institución en todos los ordenamientos jurídicos. Las pruebas más significativas de dicha

tendencia son la aproximación entre las concepciones continentales y anglosajonas que, en la materia arbitral, habían sido hasta la fecha contrapuestas; la incorporación de los países árabes al modelo, pese a las reticencias mostradas por el Derecho islámico, o la nueva cultura arbitral que se está desarrollando en América Latina y, de alguna manera, en el continente africano².

La situación evidencia que el arbitraje es una de las materias jurídicas en las cuales el derecho comparado ha desarrollado una labor más completa dentro de las distintas funciones que es llamado a desempeñar; más exactamente las reglas que se desprenden de la aplicación de la metodología comparada son susceptibles de responder a todas las cuestiones que pueden ser llevadas al conocimiento de los árbitros y de satisfacer a las exigencias de previsibilidad en las controversias mercantiles³.

No obstante, en general, en América Latina⁴ existía un gran obstáculo para fortalecer el uso y la práctica de la institución arbitral. Ese obstáculo derivaba de la falta de normas locales adecuadas y adaptadas a los principios universales y tendencias actuales del arbitraje. La adopción de leyes modernas de arbitraje fue, sin duda, un paso necesario para revertir dicho fenómeno, todavía existente en las normas locales sobre arbitraje, y para promover un ambiente favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de diferencias internacionales⁵.

Así las cosas, es precisamente dentro del ámbito societario donde el arbitraje se presenta como el sistema ideal de resolución de conflictos o disputas. No obstante, la arbitrabilidad, en materia societaria, ha sido ampliamente debatida

2 J. FERNÁNDEZ ROZAS, *El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino*, Ed. Jurídica de Chile, 2006.

3 Ídem.

4 En América Latina hemos presenciado un notable cambio de actitud hacia el arbitraje y una apertura hacia la implementación de los sistemas de solución de controversias, a partir de la década de los noventa. La etapa anterior se caracterizó por la marcada influencia de la denominada “Doctrina Calvo”, que representó la actitud negativa de la región hacia el arbitraje internacional. Calvo, diplomático argentino, formuló su doctrina en respuesta a la intervención de las potencias europeas para cobrar o ejecutar condenas en nombre de sus ciudadanos. La famosa doctrina predicó que a los extranjeros que hicieran negocios en América Latina se los debería requerir a someter sus eventuales reclamaciones a la ley y a las cortes locales. Las nuevas legislaciones adoptadas en el hemisferio son claramente leyes en pro del arbitraje que han favorecido el desarrollo del arbitraje y la mediación o conciliación en sus respectivos países. Podemos afirmar que contamos con instituciones arbitrales profesionales que, acompañadas de árbitros experimentados, proporcionan una red de solución de controversias en el hemisferio (A. POLANIA, “El arbitraje en América Latina: ¿hay futuro?”, *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, Edición 24, 2010).

5 J. FERNÁNDEZ ROZAS, N. 2.

—y más aún rechazada—, sobre todo en el entendimiento de que en determinados supuestos estarían involucrados derechos indisponibles o el orden público escaparían de la órbita del proceso arbitral.

Pues bien, ¿de qué hablamos cuando hablamos de arbitrabilidad? Arbitrabilidad es una cualidad de lo que es arbitrable, lo que significa “que es susceptible de ser arbitrado”. Este término, aplicado a las materias (arbitrabilidad objetiva), indica la condición de una controversia que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros. Ello porque existen algunas para las cuales el recurso al arbitraje es prohibido, es decir, respecto de las cuales la jurisdicción de los tribunales judiciales es exclusiva⁶.

Se puede decir, por tanto, que la arbitrabilidad se refiere tanto a esa voluntad de apartamiento de la jurisdicción estatal (aspecto negativo) como a la posibilidad legal de que un conflicto surgido en una determinada materia contractual (o extracontractual) pueda ser resuelto por otra vía que no sea la judicial (aspecto positivo). La decisión de someterse a arbitraje no requiere ser examinada solo bajo el prisma de la arbitrabilidad, pues ya la ley lo reconoce y permite de antemano⁷.

Lo arbitrable solo se puede predicar de la materia que constituye el núcleo de las obligaciones derivadas de un contrato (o de un ilícito civil). Y en el campo de la “libre disposición”, será donde habrá que examinar si las relaciones que se establecen entre las partes contratantes deben atemperarse o no a normas de orden público. Es en ese examen donde pudiera tener su lugar la excepción de orden público (bajo el concepto de orden público económico) porque estaría afectando al núcleo del fondo del asunto, es decir, al núcleo del objeto de contrato. Se puede afirmar, por tanto, que *todos los contratos cuya materia sea de libre disposición, gozan de la condición de arbitrables*⁸.

Brevemente, antes de entrar de lleno al análisis, resulta necesario mencionar que el arbitraje societario o estatutario es aquel “que se constituye

6 R. CAIVANO, *La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado*, El Derecho (ED), No. 13.306, 2013.

7 Ídem.

8 Ídem., p. 18: “Sería paradójico sostener que un convenio arbitral no es válido para resolver un conflicto cuando la materia de la que surge ese conflicto es de libre disposición de las partes. Por tanto, la libertad contractual de las partes y la libertad de éstas de someter a arbitraje los posibles conflictos, marcan la línea que no puede ser traspasada por los jueces en su labor de supervisión de los laudos arbitrales (acción de anulación) y también en los casos en que se han de pronunciar sobre la existencia o validez del convenio arbitral (nombramiento de árbitros, declinatoria, ejecución de laudos)”.

mediante la incorporación de una cláusula en el pacto social que establezca la solución de los conflictos societarios mediante la utilización del proceso de arbitraje”⁹.

2. LA ARBITRABILIDAD EN MATERIA SOCIETARIA. PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD

Para dilucidar esta cuestión, debemos considerar que en el arbitraje societario la arbitrabilidad, en primer lugar, se circunscribe al reconocimiento del principio de autonomía de los socios fundadores para incluir en los estatutos las cláusulas que consideren oportunas, respetando las leyes y principios configuradores de la sociedad de que se trate; y, en segundo lugar, sometiendo a arbitraje las materias que sean de libre disposición conforme a derecho¹⁰.

La regla general es que las materias societarias gozan de tal carácter, y no lo harán cuando se afecten intereses particulares siguiendo, por tanto, el criterio que ya antes esbozamos sobre la materia¹¹.

Resulta importante hacer notar que en Argentina el arbitraje societario, si es *doméstico*, se regirá por las normas contenidas en el Capítulo 29, del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCyCN)¹², que regula el contrato de arbitraje y, si fuera el caso y se tratara de un conflicto de naturaleza *internacional*, se regirá por la Ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional No. 27.449, sancionada en el año 2018¹³.

El primer cuerpo de normas —el CCyCN—, en relación con la materia arbitral dispone en el artículo 1649:

Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto

9 A. ROJAS CHAN, *Algunas consideraciones sobre el arbitraje estatutario como mecanismo alternativo para la solución de conflictos societarios*, *Derecho Societario, Concursal y del Consumo*, Tomo III, Ed. Jurídica Continental, 2017.

10 M. VÁSQUEZ PALMA, “Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización”, *Ius et Praxis*, Vol. 20(1), 2014.

11 Ídem., p. 1.

12 Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994, 08/10/2014.

13 Ley de Arbitraje Comercial Internacional, Ley 27.449, 26/07/2018.

de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado *en la que no se encuentre comprometido el orden público*.

Ello para luego —en el artículo 1650—, establecer taxativamente las materias excluidas (entre las que se cuentan: a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; b) las cuestiones de familia; c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e) las derivadas de relaciones laborales). A ello debe añadirse, además, las controversias en que sean parte de los Estados nacional o local, por cuanto quedan excluidas también.

El CCyCN contiene una serie de reglas sobre transacción, a las cuales cabría remitirse por aplicación del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación Argentina (CPCCN)¹⁴. Contrariamente a la regla del artículo 849, del CCiv¹⁵, el artículo 1642 del CCyCN establece que la transacción es “de interpretación restrictiva”. En cuanto a las restricciones, el artículo 1644, del CCyCN prohíbe transigir sobre “derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables”.

Asimismo, el artículo 1646 prohíbe hacer transacciones: (a) a las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo; (b) los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial y, (c) los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión¹⁶.

Si la arbitrabilidad se determina con base en lo dispuesto en el CPCCN, habría que aplicarse el principio general consagrado en el artículo 736¹⁷ y verificar si se da alguna de las circunstancias por las cuales, no siendo el

14 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 17.454.

15 El Código de Vélez establecía en el artículo 849: “En todos los demás casos se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición”. Cabe mencionar que conforme el CCyCN —artículo 1641—, “la transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”.

16 R. CAIVANO Y N. CEBALLOS RÍOS, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*, Tomo 1, Ed. La Ley, 2020.

17 Artículo 736, CPCCN: “Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior”. Artículo 737: “No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción”.

derecho involucrado susceptible de transacción conforme a la ley civil, la materia devendría no arbitrable por aplicación del artículo 737, del mismo cuerpo legal¹⁸.

Lo arbitrable —expresa Boggiano—, es aquello que puede ser objeto de transacción con renunciaciones recíprocas de derechos disponibles para las partes y, por ello, renunciables¹⁹. Si el objeto del contrato está dentro de las materias de libre disposición, la consecuencia inmediata es que se está en presencia de una materia arbitrable y el conflicto que pueda surgir estaría bajo el paraguas de la arbitrabilidad entraría en el campo de competencia de los árbitros²⁰.

En lo que hace a la materia societaria, el objeto del arbitraje deberá ser un derecho disponible²¹ relativo a la relación societaria. Se considerarán derechos relativos a la relación societaria aquellos que tengan por objeto la sociedad o un derecho que nazca o sea conexo a ella. El nexo lo constituye la materia societaria y no los sujetos-socios o el sujeto-sociedad.

Esto quiere decir que los derechos que importan para determinar si estamos o no ante un arbitraje societario y, por tanto, su arbitrabilidad no son los derechos extrasocietarios (v.gr. los derechos de un socio como acreedor de la sociedad), aunque evidentemente sean socios los titulares de los mismos, sino que estos derechos deben tener su origen en las relaciones que surgen del contrato social²².

Pues bien, como puede verse, el CCyCN no excluye la materia societaria y se encarga expresamente de resguardar las cuestiones de derecho privado en las que se encuentre comprometido el orden público. Corresponde, por tanto, analizar los diversos supuestos que aquí se presentan.

18 R. CAIVANO Y N. CEBALLOS RÍOS, N. 16.

19 A. BOGGIANO, *Tratado de derecho internacional privado*, sexta edición actualizada, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Tomo I, 2017.

20 A. GARCÍA PAREDES, El Arbitraje, ¿tutela judicial o tutela jurídica? (una visión post-judicial)", *Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 41, 2021.

21 En tal sentido resulta interesante el artículo 2.1 de la [Ley española 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje](#), que dispone: "Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho" La propia Exposición de Motivos de la Ley, ésta no da un elenco de cuestiones arbitrables —como lo hace el CCyCN—, sino que parte del principio de la disponibilidad de las materias para fijar su arbitrabilidad o no.

22 L. FERNÁNDEZ DEL POZO, "¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000", en *Anuario de Justicia Alternativa, Barcelona, Derecho Arbitral*, No. 2/2001, JM Bosch Editor, 2001.

En concreto en el derecho societario, la jurisprudencia ha dado un salto cualitativo y reconoce actualmente la disponibilidad y la arbitrabilidad de las cuestiones societarias, además de la eficacia de las cláusulas arbitrales estatutarias²³.

A la par de este reconocimiento, la jurisprudencia también se ha interesado en diferenciar conceptos que generalmente suelen llevar a equívocos, como son las normas imperativas o de *ius cogens*, propias del Derecho societario, la arbitrabilidad de la materia como disponible entre las partes del conflicto, o el cauce procesal escogido para la resolución de sus controversias²⁴.

Siendo ello así, el principio general consagrado por el artículo 958, del CCyCN (*libertad de contratación*), coherente con el artículo 19, de la Constitución Nacional de la República Argentina, hace disponible todo derecho que no afecte más intereses que los de su titular²⁵.

2.1. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

La gran pregunta aquí es la siguiente: ¿es materia arbitrable la impugnación de acuerdos asamblearios o de las juntas de accionistas? Precisamente, una de las materias más controvertidas ha sido la impugnación de acuerdos societarios en la vía arbitral. Si bien esta discusión se encuentra superada en el arbitraje internacional y, en el ámbito local, existen todavía algunos inconvenientes prácticos.

Se ha identificado como uno de los problemas de la impugnación de acuerdos societarios en sede arbitral el que los terceros legitimados para impugnar un acuerdo social no forman parte del convenio arbitral estatutario, por lo que deben acudir al Poder Judicial. Entonces, es posible que un mismo acuerdo societario sea impugnado, simultáneamente, en sede arbitral y judicial. Ante esta situación, la doctrina e, incluso, algunas legislaciones han propuesto soluciones para evitar esta duplicidad de procesos y los inconvenientes que ello implica²⁶.

23 M. RODRÍGUEZ ROBLEDO, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, 2010.

24 Ídem., p. 49

25 R. CAIVANO Y N. CEBALLOS RÍOS, N. 16.

26 C. O'NEILL DE LA FUENTE Y M. DEL PINO YUPARI, "Arbitraje y terceros legitimados en la impugnación de acuerdos societarios en el Perú", *THÉMIS-Revista de Derecho*, No. 77, 2020.

Principalmente, aquellas posibles soluciones consisten en extender los efectos vinculantes del laudo o permitir la intervención de los terceros legitimados en el arbitraje²⁷.

El debate se inició con un predominio de las posturas contrarias a la arbitrabilidad societaria. A ello contribuyó decisivamente el peso excesivo de la concepción cuasi-pública e institucionalista que de la sociedad anónima en particular legó a España la historia de la mayor parte de nuestro siglo XX, así como las concomitantes interpretaciones predominantes de la no tan institucionalista su primera ley reguladora de 1951²⁸.

No menor contribución procedía de la vieja Ley española de Arbitraje de Derecho Privado de 1953 y el tratamiento significativamente restrictivo del instituto consagrado en su texto: el arbitraje, en efecto, fue contemplado con recelo por el poder en cuanto que competidor de la entonces denominada “función judicial” integrada en la “unidad de poder” establecida. El panorama paulatinamente cambió: la liberalización operada en el último cuarto de siglo de la vida española determinó la promulgación de una nueva ley de sociedades anónimas y de una nueva —e intermedia— Ley de Arbitraje en 1989 y 1988 respectivamente²⁹.

A pesar de los antecedentes que se han reseñado, la jurisprudencia de los tribunales especializados de la Capital Federal de Argentina ha sido particularmente estricta en la interpretación de las cláusulas arbitrales en materia societaria, habiéndose sostenido que ciertas acciones —como la de nulidad de asamblea—, exceden de ámbito excepcional y estricto que caracteriza al arbitraje con lo cual se reproducía la solución propiciada por España³⁰.

Otro precedente olvidable —dice Rivera—, declaró ser ajeno al arbitraje en cual se debatía la nulidad de las cláusulas del contrato social, entre ellas específicamente la cláusula compromisoria y la remoción de los administra-

27 Ídem., p. 190.

28 R. ILLESCAS, “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 1(1), 2008.

29 Ídem., p. 35.

30 J. C. RIVERA, J. C. RIVERA (H) Y J. AMADO, *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*, 3ra. Ed. actualizada y ampliada, Ed. Abeledo Perrot, 2022, p. 281, citando a Dictamen del Fiscal de Cámara en CNCom, Sala D, 22/11/1997, *Atorrasagasti, M, C c. Atorrasagasti Bargués Piazza y Cía. S.R.L., ED*, 181-155.

dores; claramente, la decisión revela una total incomprensión de la idea de autonomía del convenio arbitral³¹.

Los mencionados antecedentes lucen envejecidos a la luz de lo que ocurre en la actualidad en materia de arbitraje societario. Un hito importante —que ya tiene su tiempo—, es la sentencia del Tribunal Supremo español (STS) en caso *Sugem S.A.*, donde estableció expresamente:

Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo³².

Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens*³³ pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no impide el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos³⁴.

De este modo, los Tribunales ordinarios no volverán a interferir en los procesos arbitrales sobre impugnación de acuerdos sociales, causando el retraso en la solución de los problemas, en contra de la voluntad manifestada por los socios. Por fin, las disputas originadas en esta materia, si los socios conscientemente así lo desean y pactan, podrán resolverse con las ventajas que son reconocidas al arbitraje:

31 Ídem., p. 281, citando: [e]n realidad, el dictamen podría interpretarse en que las nulidades asamblearias son materia no arbitrable; CNCom., Sala D, 20/10/1978 “*Volonte, Hipólito c. Volonte, Gilberto*”, LL, 1979-A, 462 con cita: CNCom, Sala A, 2/5/1963, “Pazi”, Ed., 6-517.

32 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, número 355/98, recaída en el recurso 455/1994, en *Sugem Sociedad Anónima*.

33 Cabe recordar que es el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que define el *ius cogens* como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las normas de *ius cogens* no pueden ser derogadas, salvo por otra norma del mismo rango. Cualquier tratado internacional contrario a una norma de *ius cogens* es nulo.

34 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, número 355/98, recaída en el recurso 455/1994, en *Sugem Sociedad Anónima*. Allí se agrega: “no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206) que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje.

la especialización de los árbitros, la celeridad, la discreción o no publicidad, entre otras. Cuestión distinta es que tanto la regulación legal como la praxis del arbitraje —en esta materia y en otras— deban ser objeto de perfeccionamiento y modernización: como ocurre con muchas, si no con todas, nuestras instituciones. El Tribunal Supremo pone así punto final a una doctrina errónea³⁵.

El arbitraje, en materia de sociedades, abarca disputas cuya arbitrabilidad es pacífica, en especial, el incumplimiento del precontrato de sociedad; nulidad de la sociedad, valoración de las aportaciones sociales, o de las acciones o participaciones; realización de aportaciones y pago de dividendos pasivos; restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones; responsabilidad y retribución de los administradores; exclusión y separación de socios; disolución y liquidación³⁶.

También lo serán las aprobaciones de cuentas; los conflictos relacionados con los derechos de los socios (voto, información, asistencia, representación, privilegios); la responsabilidad de los administradores (acción social y acción individual); los conflictos y controversias que puedan suscitarse entre socios o con administradores a propósito de la convocatoria de la junta general y del consejo de administración; en estos casos, el conflicto —incluyendo la convocatoria judicial de la junta en los supuestos previstos por la ley —puede ser resuelto mediante arbitraje; la impugnación de una fusión u otra operación societaria, siempre que los estatutos de la sociedad absorbente, de la sociedad de nueva creación o de la sociedad supérstite incluyan la sumisión a arbitraje³⁷.

En el nuevo contexto así creado, una percepción más contractual de las sociedades vino a recobrar pie; igualmente, una posición pública no ya reticente sino fomentadora del arbitraje, sobre todo a partir de la vigente Ley española No. 60/2003³⁸, que lo estableció de manera decidida. La consecuencia del nuevo ambiente fue la definitiva aceptación de la arbitrabilidad de las cuestiones societarias y, particularmente, la arbitrabilidad de las impugnaciones de los acuerdos sociales adoptados por las juntas generales de las SA³⁹ y las SRL⁴⁰ mediando,

35 F. VICENT CHULIÁ, “Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final.”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 1, 2001.

36 Ídem., citando a J. MUÑOZ PLANAS, *Algunos problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles*, Madrid, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Civitas, 1978, p. 436.

37 Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje, *Informe sobre el Arbitraje Societario en España*, 2019.

38 Ley 60/2003 de 23 de diciembre (BOE Núm. 309, de 26 de diciembre de 2003).

39 Sociedad anónima.

40 Sociedad de responsabilidad limitada.

obviamente, un acuerdo arbitral de inserción estatutaria. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, la ha consagrado de una manera amplia en una pluralidad de resoluciones a lo largo de los últimos años⁴¹.

En la actualidad resulta claro que la impugnación de los acuerdos sociales es susceptible de someterse a arbitraje. Sin embargo, la STS de España, del 9 de julio de 2007 en análisis del caso “Transportistas Abulenses Unidos”⁴² rechazó de manera tajante la arbitrabilidad en un asunto de discrepancia entre socios y sociedad derivado de la adopción de un acuerdo social de exclusión de socios por parte de la junta general de una SRL. Y lo hace alegando que los socios excluidos y discrepantes con el acuerdo no había previamente a la irrupción del conflicto aceptado la cláusula arbitral contenida en los estatutos sociales sin que, por tanto, se les pudiera considerar como obligados por la misma⁴³.

De una parte, supone sin más la vuelta a los viejos tiempos en los que se rechazaba la arbitrabilidad de las cuestiones societarias por la propia naturaleza de las sociedades, la subsiguiente indisponibilidad de las discrepancias sociales y la no obligación para los socios de las cláusulas estatutarias que ellos no hubieren personalmente consentido y casi firmado. Además, y, de otra parte, la STS podría significar la negación de la incorporación a la acción o a la participación social de todos los elementos del *status* del socio o la intrasmisibilidad de algunos de los elementos configuradores de su situación societaria —en el

41 R. ILLESCAS, N. 15.

42 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, No. 776/2007 de 9 de julio de 2007. Del texto judicial reproducido se infiere que (i) los demandantes en impugnación judicial de un acuerdo social de exclusión eran tres socios de la SRL demandada; (ii) que los estatutos contenían desde el inicio de la vida societaria una cláusula arbitral que excluía expresamente la impugnación por vía arbitral de acuerdos sociales y que la SRL excepcionó de conformidad con dicho pacto social; (iii) que dicha cláusula fue aceptada en su día por los socios impugnantes; (iv) que la cláusula en cuestión fue en un determinado momento modificada para eliminar la restricción arbitral mencionada; (v) que dos de los socios demandantes habían sido excluidos de la SRL anterior o simultáneamente a la modificación estatutaria en materia arbitral y que (vi) el tercer socio demandante votó en contra de la modificación expansiva de la cláusula estatutaria arbitral. Por todo ello, y tras divergentes entendimientos de la disputa por el tribunal de instancia y la apelación, el TS decidió finalmente, como ya se ha indicado, que “frente a ellos —los tres socios— no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente —la arbitral por parte de la sociedad demandada judicialmente—”. En suma, el TS declara la inarbitrabilidad de la discrepancia y la necesidad de recurrir a la jurisdicción estatal a los fines de impugnación del acuerdo de exclusión. La STS indicada afirma, como ya se ha comprobado, que uno de los socios no se encuentra obligado por la cláusula arbitral derivativamente inserta en los estatutos sociales porque “votó en contra” de dicha inserción novatoria.

43 R. ILLESCAS, N. 15.

caso el precepto de los Estatutos en el que se contiene la cláusula arbitral⁴⁴—.

Así, esos elementos adquieren la condición de personalísimos e intransferibles no obstante la circulación de la acción, de la participación social o, en suma, de la condición de socio. En este sentido, el fallo judicial podría trascender el campo del arbitraje y sus requisitos de hecho y derecho para que pueda practicarse: llegaría a afectar, por así decir, al Derecho de sociedades y en particular a los límites y condiciones de la transmisión y mercabilidad de la condición de socio, se halle documentada mediante participaciones sociales o incorporada a título o anotación electrónica negociable⁴⁵.

El sometimiento arbitral de los acuerdos sociales, plasmado en un convenio, no supone, tal y como se ha encargado de matizar la doctrina procesal, renuncia alguna a las normas procesales de orden público, si bien, ello, no obstante, cierto sector de la jurisprudencia todavía ha venido manteniendo la tesis atinente a la imposibilidad de someter a decisión arbitral la impugnación de acuerdos sociales fundada en la violación de normas de derecho societario. Ahora bien, la tesis recién aludida no ha sido secundada por la jurisprudencia más autorizada de los últimos tiempos que ha defendido abiertamente y con una transparencia meridiana el sometimiento a arbitraje, tanto de la nulidad de la Junta de accionistas, como de la impugnación de los acuerdos sociales, todo ello sin perjuicio de que si algún extremo estuviera fuera del poder de disposición de las partes no pudieran los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo⁴⁶.

Así pues, la impugnación de los acuerdos sociales, en resumen, tan solo podrá realmente someterse, con carácter general, a un arbitraje societario si el convenio arbitral se halla contenido en una cláusula estatutaria, de cuya inexcusable publicidad en el Registro mercantil depende, a juicio de un sector doctrinal la aludida sumisión arbitral dado que tanto en el caso de que el convenio no figure en los estatutos (pacto extraestatutario)⁴⁷, como en el de que no se encuentre inscrito

44 Ídem., p. 36.

45 Ídem.

46 S. CALAZA LÓPEZ, “El arbitraje societario”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, No. 21, 2003, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998. Señala, asimismo, que “el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de estos”.

47 Ello es, un pacto de socios, que no forma parte del estatuto social y que puede —entre otras cosas—, disponer el establecimiento de una cláusula arbitral.

(pacto parasocial)⁴⁸ no cabe el arbitraje porque dicho convenio solo vincula a los firmantes y, por tanto, no puede surtir efectos frente a todos los socios⁴⁹.

Sin embargo, los terceros no accionistas que se encuentren interesados en la nulidad de los acuerdos sociales, en virtud de cuya ejecución se derivan perjuicios notables no quedarán obligados; como es lógico, a someter sus discrepancias a un árbitro puesto que, en modo alguno resultaría admisible la privación de la tutela judicial efectiva de estos sujetos, ajenos al ente social, pero especialmente interesados en la legalidad y regularidad de las actuaciones del mismo que se encuentren de cualquier manera vinculadas a la debida satisfacción de sus legítimos intereses⁵⁰.

En el momento presente constituye una doctrina legal y firme la tesis concerniente a que el convenio arbitral vincula a los socios presentes y futuros dado que su inscripción configura la posición de socio; esto es, el complejo de derechos y obligaciones que definen aquella posición, de tal suerte que toda novación subjetiva de la posición del socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria⁵¹.

El sometimiento individual a la cláusula compromisoria de los sujetos ajenos al ente social viene, asimismo, determinada por la voluntaria incorporación de estos a la sociedad en el preciso momento en el que adquieren la condición de socio o accionista puesto que. Tal y como ha tenido ocasión de matizar la doctrina, la voluntad de este nuevo socio o accionista, cuando adquiere la acción o participación, implica un consentimiento de adhesión a todas las cláusulas y condiciones del estatuto sin que sea admisible exigir, a mayores, un consentimiento explícito de adhesión parcial.

La adaptación del contenido de las cláusulas compromisorias estatutarias a las premisas que configuran el moderno arbitraje societario o, en su caso, la incorporación *ex novo* de la sumisión a arbitraje de las controversias de nuestras sociedades tan solo podrá acometerse, como parece lógico, por la vía de una eventual modificación estatutaria. Tanto la modificación de la cláusula compromisoria

48 Se trata de aquellos convenios llevados a cabo por dos o más socios de una sociedad que buscan regular cuestiones societarias que no han sido establecidas por sus estatutos o contratos sociales o que complementan las relaciones intrasocietarias, legales o reglamentarias de la compañía, entre las que se encuentra también la posibilidad de establecer una cláusula arbitral. En la práctica, resultan asimilados a los pactos extraestatutarios.

49 S. CALAZA LÓPEZ, N. 45.

50 Ídem.

51 Ídem., p. 202.

ya incluida en los estatutos de una sociedad anónima o cooperativa, como, con mayor razón, la introducción de una cláusula de sumisión a arbitraje afectará, por igual, a todos los socios, accionistas y administradores de la misma.

Con ello, puede verse el grado de avance que ha tenido el arbitraje en lo que hace a la impugnación de acuerdos en España y, en especial, con la reforma española del año 2011 por la Ley 11/2011⁵².

A dichos efectos, el artículo 11 de la Ley 11/2011⁵³ regula lo siguiente sobre el arbitraje societario y la impugnación de acuerdos en España:

- (i) Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.
- (ii) 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.
- (iii) 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 arbitral⁵⁴.

Como bien señala Perales Viscasillas, para disipar cualquier duda sobre la arbitrabilidad se incluyó expresamente la referencia a la impugnación de acuerdos sociales, pero se estableció como limitación que estas controversias sean resueltas necesariamente mediante arbitraje institucional, descartando, de esa manera, los arbitrajes *ad hoc* en esta materia⁵⁵.

Por otro lado, en Italia, también la doctrina y la jurisprudencia fueron inicialmente reacias al arbitraje societario. Sin embargo, con la reforma llevada a cabo por el Decreto Legislativo 5/2003⁵⁶ se estableció una regulación más favorable para fomentar el arbitraje societario⁵⁷. Entre dichas reformas, se incluyó la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos societarios, tal como

52 C. O'NEILL DE LA FUENTE, N. 26.

53 Ley de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, 11/2011.

54 Ídem., p. 191.

55 Ídem.

56 Amayorabundamiento, Ver, <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003-01-17;5>.

57 M. RODRÍGUEZ ROBLEDO, N 23.

se desprende de la lectura del artículo 35, inciso 5, del Decreto Legislativo 5/2003, el cual señala que el convenio arbitral puede incluir como objeto controversias sobre la validez de los acuerdos sociales⁵⁸.

La sumisión a arbitraje, también *non rituale*, de una controversia, no precluye el recurso a la tutela cautelar del artículo 669 —quinquies del código procesal civil, pero en el caso que la cláusula compromisoria permita la resolución mediante arbitraje de las controversias que tengan por objeto la validez de los acuerdos sociales, a los árbitros compete siempre el poder de disponer, con orden no reclamable, la suspensión de la eficacia del acuerdo⁵⁹—.

Así pues, se les puso fin a las discusiones doctrinarias sobre la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos societarios⁶⁰. En la citada norma, también se puede apreciar que, para el caso de impugnación de acuerdos, los árbitros tienen la facultad de suspender la eficacia de aquellos. Sobre este particular, Pieralli sostiene que es una medida innovadora, toda vez que “en Italia, en efecto, en el arbitraje de derecho común la regla es que los árbitros no pueden conceder medidas cautelares”⁶¹. De este modo el legislador ha querido, evidentemente, evitar “interferencias y condicionamientos sobre el arbitraje en curso”⁶².

Adicionalmente, el artículo 36 del Decreto Legislativo 5/2003 establece que en el caso de controversias sobre la validez de los acuerdos sociales el arbitraje debe ser de derecho y el laudo debe ser impugnable, aunque se pacte lo contrario en la cláusula arbitral, lo cual también aplica para los arbitrajes internacionales:

- (i) También cuando la cláusula compromisoria autoriza a los árbitros a decidir en equidad o con laudo no impugnable, los árbitros deben decidir con sujeción a derecho, con laudo recurrible con arreglo al artículo 829.2 del Código Procesal Civil, cuando para decidir hayan conocido de cuestiones no comprometibles o bien cuando el objeto del juicio venga constituido por la validez de los acuerdos sociales.

58 Amayorabundamiento, Ver, <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003-01-17;5>.

59 Amayorabundamiento, Ver, <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003-01-17;5>.

60 A PIERALLI, “El nuevo arbitraje en Italia: análisis comparativo con España”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 6, 2005.

61 Ídem.

62 Ídem.

- (ii) La presente disposición se aplica también en el caso del laudo emitido en un arbitraje internacional (Decreto Legislativo 5/2003)⁶³.

La Ley de Compañías del Ecuador⁶⁴ —que regula expresamente el arbitraje societario— dispone que “las diferencias que surjan entre los accionistas de una sociedad anónima, entre éstos y la compañía o sus administradores, o entre la sociedad con las personas que la administraren, podrán ser resueltas a través de una mediación u otro mecanismo alternativo de resolución de controversias”⁶⁵. Estas diferencias deberán tener relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad anónima, incluida la impugnación de determinaciones de junta general o Directorio, así como el abuso del derecho⁶⁶.

Las diferencias mencionadas en el inciso anterior —agrega la norma antes indicada también podrán someterse a decisión arbitral, si así se pacta en el estatuto social o fuera de él. De efectuarse una cesión de participaciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula arbitral prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario entre el cesionario y todos los socios cobijados por el convenio arbitral. Este pacto en contrario podrá plasmarse a través de cualquier medio verificable, físico o digital, que demuestre la voluntad de todos los socios. Las cláusulas consagradas en los estatutos para la resolución de conflictos societarios a través de la mediación o el arbitraje, solo podrán ser incluidas, modificadas o suprimidas mediante la resolución unánime de los titulares del cien por ciento (100%) del capital social”

Finalmente, en Alemania, el arbitraje de impugnación de acuerdos sociales también ha sido un tema controvertido. Al respecto, la Corte Suprema Federal de Alemania ha emitido tres pronunciamientos en los cuales expone los lineamientos para arbitrar la validez de los acuerdos societarios, en concreto, la sentencia del 29 de marzo de 1996, la del 6 abril de 2009 y la del 6 de abril de 2017⁶⁷. En el segundo pronunciamiento, la sentencia del 6 abril de 2009, la Corte Suprema

63 Ídem., p. 192.

64 Ley de Compañías, RO 269. 15/03/2023. Se publicó la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo.

65 Generalmente denominados ADR por sus siglas en inglés *Alternative Dispute Resolution*, implican diferentes métodos o sistemas dirigidos a la resolución de conflictos, de manera consensuada, pacífica y extrajudicial a los que pueden acudir las personas ante una situación de controversia, entre los que se encuentra —claro está—, el arbitraje.

66 Ley de Compañías, artículo 137.2.

67 T. HERTEL Y A. COVI, *Arbitrability on Shareholder Disputes in Germany Kluwer Arbitration Blog*, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/07/arbitrability-shareholder-disputes-germany/>, (7/2/2018).

Federal admitió la arbitrabilidad de las controversias sobre la validez de acuerdos societarios en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y reconoció que las partes pueden pactar un efecto *erga omnes*⁶⁸ para el laudo⁶⁹.

Al respecto, la sentencia en mención estableció los siguientes requisitos que debe cumplir el convenio arbitral:

- (i) todos los accionistas dieron su consentimiento al arbitraje, ya sea mediante una cláusula de arbitraje en los estatutos o por acuerdo separado.
- (ii) todas las partes interesadas, es decir, todos los accionistas, directores, gerentes y miembros de la junta de supervisión, si los hay, deben ser notificados del inicio del arbitraje y deben estar constantemente informados sobre el arbitraje y se les debe otorgar una oportunidad para participar activamente en el proceso.
- (iii) todos los interesados deben tener la misma oportunidad de participar en la constitución del tribunal.
- (iv) todas las disputas relacionadas con un acuerdo societario específico deben concentrarse en un solo arbitraje para excluir decisiones conflictivas⁷⁰.

De lo expuesto, podemos advertir que en el derecho alemán se acepta la arbitrabilidad de las impugnaciones de acuerdos societarios y que, a la vez, los estándares establecidos restringen, en parte, el arbitraje con el objetivo de proteger a los demás miembros de la sociedad que no pretenden impugnar el acuerdo. En la medida que se cumpla con permitir la participación de todos los miembros de la sociedad, el laudo será vinculante para ella⁷¹.

Desde esta perspectiva, la impugnación de los acuerdos puede calificarse como acción de cumplimiento contractual. A partir de ahí, no es difícil concluir que los intereses que están en juego, cuya tutela se persigue a través de la acción de impugnación, tienen una naturaleza privada y patrimonial, y son absoluta y perfectamente disponibles. Lo dicho se manifiesta en el plano procesal por la aplicación del principio dispositivo, que faculta a los legitimados para ejercitar libremente la

68 Si bien la regla es que el laudo es aplicable solo al caso particular, es decir, no tiene efectos *erga omnes*, se encuentra en crisis. Existen no pocas situaciones en que el laudo produce ciertos efectos frente a todos. En idéntico sentido lo reconoce la legislación belga y suiza para casos de propiedad intelectual.

69 C. O'NEILL DE LA FUENTE, N. 26.

70 Ídem., p. 192.

71 Ídem., p. 193.

acción, para configurar el objeto del procedimiento y, en su caso, para renunciar, transigir, desistir o allanarse, sin intervención de una instancia pública.

En consecuencia, la ley permite que todos los conflictos societarios se sometan a arbitraje, sin que existan límites a la arbitrabilidad, más allá del principio general que establece que solo son arbitrables controversias en materias de libre disposición. Ahora bien, en el derecho de sociedades, cuyo objeto son intereses económicos, no existen materias que no puedan ser libremente dispuestas por los socios y los administradores. Cuestión diferente es que puedan existir normas imperativas o incluso de orden público, que constituyan barreras infranqueables para la libre disposición de las partes. En el caso de que este tipo de normas sean relevantes, los árbitros estarán obligados a aplicarlas. Y su actuación será controlada por el Juez en sede de anulación del laudo. Pero la existencia de derecho necesario no representa un impedimento para que todas las controversias societarias se puedan resolver en vía arbitral⁷².

2.2. ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y CADUCIDAD DE PLAZOS

Establece el artículo 251 de la Ley General de Sociedades⁷³ (LGS) que toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor.

Pues bien, para la promoción de la señalada acción, el legislador ha dispuesto que la acción se instará en contra de la sociedad por ante el Juez de su domicilio, dentro de los tres meses de clausurada la asamblea de accionistas. Sobre ello, es importante mencionar que el indicado plazo es fatal, de caducidad; es decir, que fenece por el mero transcurso del tiempo.

Ahora bien, qué ocurre si un socio inicia el proceso arbitral designando su árbitro. ¿Podrá su consocio iniciar su propio procedimiento arbitral de

72 Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje, N. 37.

73 Según la Ley No. 19.550.

impugnación de la misma decisión social designando a otros árbitros? o ¿Deberá someterse a los ya designados?

En virtud de lo normado en el artículo 253, de la LGS, salvo el supuesto de la medida cautelar a que se refiere el artículo anterior (252), solo se proseguirá el juicio después de vencido el término del artículo 251. Cuando exista pluralidad de acciones deberán acumularse, a cuyo efecto el directorio tendrá obligación de denunciar en cada expediente la existencia de las demás.

En tal caso, podría resultar conveniente hacer prevalecer el sistema mayoritario que impera en materia societaria, debiendo —por tanto—, quienes intenten nuevas acciones acumularlas con las ya iniciadas, quedando sometidos al tribunal arbitral ya designado. Lo contrario importaría no solo desnaturalizar el proceso arbitral en orden a la celeridad que allí han de imperar sino, además, contrariar los principios dispuestos en la ley societaria.

Asimismo, si las acciones fueran promovidas por más de un legitimado en forma individual, se entiende que tales legitimados deberán designar o admitir la designación de un mismo árbitro o tribunal, en tanto, es importante remarcar la idea de que no puede admitirse que la incorporación al trámite pueda retardar un proceso ya iniciado.

El Club Español del Arbitraje⁷⁴ dispuso como solución que, si los demandantes o demandados deben nombrar un árbitro, es preciso que todos ellos se pongan de acuerdo sobre la designación. De no alcanzarse este acuerdo, todos los árbitros deberán necesariamente ser designados por la institución arbitral. En el arbitraje estatutario este problema se ve paliado por la exigencia legal de que todos los árbitros sean designados por la institución arbitral.

74 Art. 84, Informe cit. Asimismo, El Reglamento Arbitral Modelo del CEA permite a la institución arbitral la acumulación de procesos arbitrales, pero con la limitación de que los dos (o más) procedimientos acumulables deben haber surgido de una misma relación jurídica y deben haberse entablado entre las mismas partes. En el caso de arbitrajes societarios, es imprescindible ampliar el campo de la acumulación, para facultar a la institución a que unifique diferentes procedimientos arbitrales, siempre que se refieran a un mismo conflicto, y aunque las partes en los diferentes procedimientos no sean las mismas. También es imprescindible regular la intervención de un tercero, que esté facultado para participar en el proceso arbitral. En este caso, el plazo para interponer la acción caduca a los cuarenta días, y hasta esa fecha es posible que nuevos accionistas planteen impugnaciones adicionales. Por ello, la Propuesta de Reglamento Arbitral permite a la institución que espere hasta la fecha de caducidad, con la finalidad de acumular desde el principio todas las impugnaciones por causa de anulabilidad que se puedan plantear contra ese acuerdo (artículo 87).

Resulta importante aquí la solución consagrada por los precedentes del derecho alemán para los cuales: todas las partes interesadas, es decir, todos los accionistas, directores gerentes y miembros de la junta de supervisión, si los hay, deben ser notificados del inicio del arbitraje y deben estar constantemente informados sobre el arbitraje y se les debe otorgar una oportunidad para participar activamente en el proceso; todos los interesados deben tener la misma oportunidad de participar en la constitución del tribunal; todas las disputas relacionadas con un acuerdo societario específico deben concentrarse en un solo arbitraje para excluir decisiones conflictivas.

Es interesante traer a la vista las previsiones de la Ley de Compañías de Ecuador⁷⁵, donde expresamente establece que en caso de conflictos intrasocietarios, el levantamiento del velo societario podrá ser ordenado por un tribunal arbitral, de así determinarlo el estatuto social. En sede arbitral también se podrá ordenar el levantamiento del velo societario para imponer responsabilidad personal y solidaria sobre aquellos socios, accionistas o administradores que hubieren utilizado una compañía signataria de un convenio arbitral con proditorios fines de conformidad con este artículo, siempre que se pueda demostrar, de manera inequívoca, la participación activa y determinante de los socios, accionistas o administradores no signatarios en la negociación, celebración, ejecución o terminación del negocio jurídico que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado.

La indicada ley trae una novedosa e importante disposición con relación a las sociedades por acciones simplificadas, al establecer que “si se efectuare una transferencia de acciones, el cesionario quedará sujeto a la cláusula arbitral prevista en el estatuto social, salvo pacto expreso en contrario”⁷⁶.

2.3. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD SOCIAL Y RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADOS

En relación con el órgano de administración, Carrasco Fernández expresa que:

Los temas sobre los cuales pueden suscitarse controversias parecen ser: cumplimiento de las resoluciones de la asamblea, adopción de resoluciones, derechos de las minorías en el órgano de

⁷⁵ Ley de Compañías, artículo 17, N. 62.

⁷⁶ Artículo agregado por Disposición reformativa octava, publicada en Registro Oficial Suplemento 151 de 28 de Febrero del 2020.

administración, revocación y muerte de un administrador, acción de responsabilidad⁷⁷.

A ello pueden adicionarse, las controversias que se susciten en torno a las facultades e incompatibilidades de los administradores, gerentes delegados, el incumplimiento de sus deberes y las acciones de responsabilidad y, desde luego, los conflictos de interés intra societarios.

Podría considerarse que la acción de responsabilidad es de arbitrabilidad cuestionable al poderse interpretar como una medida de tipo sancionadora. Sin embargo, el objeto de dicho litigio es la determinación de si el órgano correspondiente (o las personas que lo conforman) incumple una obligación legal, estatutaria o una resolución del Consejo de Asamblea. Dado que se trata del cumplimiento de un deber legal contractual o corporativo, parece que la arbitrabilidad de la misma no se ve comprometida⁷⁸.

Pues, como bien expresara el artículo 38, del Decreto Ley 677/2001⁷⁹ (actual artículo 46, de la Ley de Mercado de Capitales, No 26.631)⁸⁰ resultan arbitrables *todas las acciones derivadas de la Ley N° 19.550 y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos.*

Resulta, entonces, indudable que el arbitraje en materia de sociedades abarca disputas cuya arbitrabilidad es pacífica, en especial, el incumplimiento del precontrato de sociedad, nulidad de la sociedad, valoración de las aportaciones sociales, o de las acciones o participaciones, realización de aportaciones y pago de dividendos pasivos, restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones, responsabilidad y retribución de los administradores, exclusión y separación de socios, disolución y liquidación⁸¹.

De esta manera, se consideran arbitrable tanto las acciones de responsabilidad, como las de retribución de los administradores. La cláusula por la que los

77 F. CARRASCO FERNÁNDEZ, "Arbitraje societario", *Jurídica. Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 2009-39, 2009, p. 360.

78 *Idem.*, p. 361.

79 Régimen de Transparencia de la Oferta Pública (hoy derogado).

80 Ley de Mercado de Capitales, Ley No. 26.831, 29/11/2012.

81 F. VICENT CHULIÁ, N. 35.

socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria puede involucrar no solo a los socios entre sí, sino, además, a los vínculos entre estos con la sociedad o sus órganos.

Ello por cuanto, tanto la modificación de la cláusula compromisoria ya incluida en los estatutos de una sociedad, como, con mayor razón, la introducción de una cláusula de sumisión a arbitraje afecta, por igual, no solo a los socios, sino también a los administradores de la misma.

Se ha dicho, además, que los conflictos por responsabilidad de los administradores pueden dar lugar a problemas de jurisdicción *ratione temporis*, si fueron nombrados con anterioridad a la adopción del pacto arbitral estatutario; para clarificar la cuestión, el Club Español del Arbitraje⁸² en el Convenio Arbitral Tipo insertó una disposición transitoria, que sujeta a arbitraje a los administradores que lo sean en el momento en el que la modificación estatutaria se anote en el Registro Mercantil. Adicionalmente, la Comisión recomienda que se incluya en el documento de aceptación del cargo de administrador una sumisión expresa al convenio arbitral.

No sucede lo mismo —expresa Balbín⁸³—, respecto de la responsabilidad de los administradores para con terceros —acreedores sociales—, quienes no se encuentran obligados a someterse al arbitraje establecido en el contrato social. Respecto de la acción individual de responsabilidad, dado su carácter extracontractual y que atiene al perjuicio ocasionado a terceros, la cláusula arbitral tampoco les es oponible.

2.3.1. ACCIONES DE EXCLUSIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

En los apartados anteriores ha quedado sentado ya que es doctrina pacífica la que establece que resultan arbitrables la acción de exclusión y separación del socio y las acciones de disolución y liquidación del ente social. La arbitrabilidad en tales supuestos —al igual que los restantes que se han analizado—, responde a la disponibilidad de los derechos. Los supuestos de exclusión o de separación del socio suponen cuestiones de derecho privado y, por tanto, de libre disposición por las partes.

82 Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje, N. 37.

83 S. BALBÍN, *Ejercicio de la acción en materia societaria*, 1ª Ed., Cátedra jurídica, 2022.

Para el ejercicio de la acción de exclusión —conforme el artículo 91, de la LGS—, si la exclusión la decide la sociedad, la acción será ejercida por su representante o por quien los restantes socios designen si la exclusión se refiere a los administradores. En ambos supuestos puede disponerse judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue.

En este sentido, la ley de compañías ecuatoriana establece: “[a]cordada la exclusión de un socio por la Junta, ésta decidirá, además, la reducción del capital social con la devolución de aportes al socio excluido o la consignación correspondiente ante el Juez de lo Civil del domicilio principal de la compañía o en sede arbitral” (artículo 118)⁸⁴.

Esto último —la suspensión provisoria de los derechos del socio, por tratarse de una medida cautelar—, podrá perfectamente ser dispuesta en sede arbitral por el o los árbitros que se hayan designado. Por demás, si la exclusión es ejercida individualmente por uno de los socios, se sustanciará con citación de todos los socios.

En lo que hace a la disolución y liquidación de la sociedad, al ser materia disponible, resultan también perfectamente arbitrables. Ello virtud de dos puntos de vista: (i) ante la existencia de uno de los supuestos configurados en el artículo 94, de la LGS; o (ii) por virtud de una decisión posterior por parte de los socios que incorpore o modifique la cláusula estatutaria. Esto último resulta posible en atención al régimen de mayoría societaria y de la autonomía de la voluntad.

2.4. ¿EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA ESTATUTARIA A LOS ADMINISTRADORES?

La Ley brasileña No. 6404/76⁸⁵ en su artículo 109, establece que ni los estatutos ni la junta general pueden privar al accionista del derecho a que: [e]l estatuto de la sociedad pueda establecer que los desacuerdos entre los accionistas y la sociedad, o entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios, puedan ser resueltos mediante arbitraje, en los términos previstos (texto incluido por la Ley No. 10.303 de 2001).

⁸⁴ La indicada norma hace ver, además, que “la junta general no deberá aprobar la exclusión de un socio que ha sido ordenada en sede judicial o arbitral. En aquel caso, la sentencia o laudo que ordena la exclusión será inscrita, directamente, en el correspondiente registro. Producida dicha inscripción, la compañía deberá instrumentar la correspondiente reducción de capital en el plazo de 90 días para la devolución de aportes al socio excluido o la consignación correspondiente ante el Juez de lo Civil del domicilio principal de la compañía”.

⁸⁵ Lei das Sociedades Anônimas do Brasil, Lei No. 6.404, 15 de diciembre de 1976.

Lo mencionado hace ver que la ley de Brasil guarda silencio con relación a la inclusión de los administradores. Dicho silencio del legislador con relación a los administradores hace ver para la doctrina brasileña que los conflictos con los administradores no son susceptibles de arbitraje.

Sin embargo, la Ley 12.375/2010⁸⁶, en su artículo 14, entra en vigor con la siguiente redacción: “Art. 1061. La designación de administradores no socios dependerá de la aprobación unánime de los socios, mientras el capital no esté integrado, y por lo menos los 2/3 (dos tercios), previa integración”.

En esta dirección, puede citarse la ley peruana de arbitraje —Decreto Legislativo No. 1071⁸⁷—, que en su artículo 14 dispone:

[E]l convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Como vemos, la ley peruana se apoya en el consentimiento desplegado a través de la conducta y así ha sido interpretada por los jueces y doctrinarios de dicho país⁸⁸.

Tan claro es que la cláusula compromisoria no reviste un carácter accidental, que se ha reconocido en numerosas instancias que su modificación no constituye una reforma al contrato social, y, por tanto, no se rige por la ley de mayorías. Así lo ha afirmado la Superintendencia de Sociedades citando al Tribunal Superior de Bogotá. Por tales razones, en criterio del Tribunal Superior de Bogotá (el ordenamiento jurídico) señaló una autonomía entre la cláusula compromisoria y el contrato, de tal suerte que aquélla es un pacto que puede estar contenido en un contrato o documento anexo a él, pero que como *convenio* que es, debe estar avalado por todas las personas que intervienen en él. La cláusula compromisoria es un negocio jurídico autónomo y privado, por ende, no puede predicarse que su reforma o extinción respecto del contrato social pueda surtirse por voluntad de una mayoría social, sino que, por el

86 Lei XYZ do Brasil, Lei No. 12375, 15 de diciembre de 2010.

87 Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Decreto No. 1071, 01/09/2008.

88 L. CAPUTO, “¿Es necesario el consentimiento para extender la Cláusula Arbitral al tercero no signatario?”, Revista Argentina de Arbitraje, No. 4, 2019.

contrario, se requiere para tal propósito de la voluntad unánime de las partes que lo celebraron o adhirieron⁸⁹.

La Ley 18.046 de Chile⁹⁰, artículos 125 y 4, inciso 10 hacen ver que la naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran *entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores*, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador⁹¹. Claramente, la ley chilena regula la extensión de la cláusula compromisoria al conflicto de interés surgido con los administradores.

En tal sentido, la Ley de Compañías ecuatoriana no solo establece la arbitrabilidad de las acciones dirigidas en contra de los administradores societarios, sino que, además, dispone expresamente que “los administradores de hecho y ocultos únicamente podrán ser declarados como tales a través de sentencia judicial o, cuando correspondiere, mediante laudo arbitral”⁹².

89 C. VALENCIA CORREA, G. IBARRA IBARRA, Y J. ARTETA CABALLERO, “La aplicación de la cláusula compromisoria a los conflictos con administradores sociales”, *Vniversitas*, Vo. 71, 2022. El anterior análisis es de gran importancia para determinar la aplicación de la cláusula compromisoria a los conflictos suscitados con los administradores sociales. Como contrato autónomo, la vinculatoriedad del pacto arbitral requiere del consentimiento de todas las partes y, en este caso, del administrador. Es vital analizar, entre otros factores, la forma en la que el administrador brinda su consentimiento para habilitar la aplicación del pacto arbitral. A propósito de este tema, resulta pertinente resaltar dos proyectos de ley mediante los cuales se ha pretendido modificar el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Estos proyectos corresponden a los Proyectos de Ley 006 de 2019ⁱ (archivado) y 009 de 2021, los cuales proponen una modificación al artículo 3 del Estatuto de Arbitraje, consistente en la introducción de un nuevo párrafo que aplica por vía legal el pacto arbitral estatutario a los conflictos con los administradores sociales. A continuación, se transcribe el párrafo propuesto en el Proyecto de Ley 009 de 2021, el cual resulta ser una versión modificada del párrafo propuesto en el Proyecto de Ley del 2019: Párrafo 2. Todas las diferencias que ocurran en la formación, desarrollo y terminación del negocio jurídico de sociedad entre los asociados, la sociedad, los administradores y el revisor fiscal, podrán someterse a decisión arbitral en virtud de una cláusula compromisoria o compromiso o al conocimiento de amigables componedores. Cuando el pacto arbitral o de amigable composición se incluya en los estatutos sociales, el mismo vinculará a los asociados actuales y futuros. Igualmente, incluirá a los administradores y al revisor fiscal si así se pacta expresamente en los estatutos. [...] La inclusión, supresión o modificación de un pacto arbitral o de amigable composición en los estatutos sociales requerirá el voto favorable de un número plural de socios que represente por lo menos el setenta y ocho (78%) del capital suscrito en caso de las sociedades por acciones, o de las cuotas sociales o partes de interés de las demás sociedades. Cuando la inclusión, supresión o modificación del pacto arbitral o de amigable composición de los estatutos sociales afecte a los administradores, al revisor fiscal o a los accionistas sin derecho a voto se requerirá su consentimiento para que dichas decisiones les sean oponibles.

90 Ley sobre Sociedades Anónimas, artículos 25 y 4, inciso 10, Ley 18046, 22/10/1981.

91 C. VALENCIA CORREA ET AL., N. 89.

92 Ley de Compañías, artículo 272.8, N. 64

Por su parte, de la Ley 60/2003 española⁹³, establece en su artículo 11 el arbitraje estatutario en los siguientes términos:

- (i) Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.
- (ii) 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.
- (iii) 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. Como puede verse, la ley española hace extensiva la cláusula compromisoria a los administradores sociales.

Recopilando lo señalado, el administrador tiene también un deber positivo de conducta que se manifiesta en su obligación de poner todo su empeño en que se cumplan las normas legales y contractuales tanto en su actividad como en las de sus subalternos. Difícilmente, puede interpretarse que el deber de observar atentamente el cumplimiento de los estatutos o normas legales implica la voluntad de adherirse al contrato social y mucho menos al pacto arbitral. No puede pasarse por alto que, en virtud del principio de la relatividad de los actos jurídicos, *los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a terceros* y, por ello, *no producen derechos ni obligaciones para las personas enteramente ajenas a su celebración*. De ahí que, al ser el administrador ajeno a la suscripción del contrato social, y con más razón, del pacto arbitral, no puede imponérsele la obligación de someter las controversias a un tribunal de arbitramento⁹⁴.

La ley argentina nada dice al respecto, pero adherimos la postura que entiende que para que resulte viable extender la cláusula compromisoria a los administradores sociales, estos deben acreditarse una serie de circunstancias que no pueden darse por sentadas por el simple hecho de que tales sujetos pertenecen al órgano de administración de la sociedad. Tal como se le exige a cualquier otra persona la manifestación de voluntad expresa e inequívoca para acceder a la justicia arbitral o para obligarse en cualquier otro negocio jurídico, lo mismo debería suceder respecto de los administradores. Como se ha mencionado reiteradamente, la

93 Ley 60/2003, 26/03/2004.

94 C. VALENCIA CORREA ET AL., N. 89.

inobservancia del principio de habilitación por parte del administrador supondría una vulneración a una norma de rango constitucional y se estaría ignorando el carácter autónomo e independiente de la cláusula compromisoria.

3. *DERIVATE ACTION CLAIMS* O RECLAMOS DERIVADOS

Inicialmente, debe decirse que los accionistas son individuos que poseen una participación en la propiedad de una compañía. Sus decisiones se ven afectadas —a menudo—, por las decisiones que toman los miembros del órgano de administración social. Para proteger a la organización y a sus propietarios, los accionistas deben poder emprender acciones legales cuando aquellos en una posición de poder en el negocio no cumplan con sus obligaciones legales.

Una acción derivada de los accionistas hace posible que estos utilicen el sistema legal para presentar un reclamo contra los iniciados. Pues bien, ¿qué se entiende por acción derivada de accionistas?

Una acción derivada permite que un accionista minoritario, como representante de todos los demás accionistas, inicie un procedimiento en nombre de la compañía en un intento de reparar un daño cometido por los accionistas mayoritarios en la compañía. Históricamente, las acciones derivadas surgieron en las grandes empresas públicas donde la división de poderes entre socios y directores era una realidad. Sin embargo, a medida que el comercio ha evolucionado, este remedio se ha utilizado en todo tipo de empresas, y no se limita a las empresas públicas. La regla básica del Derecho de Sociedades es que cuando se comete un agravio a la Sociedad, ya sea por parte de los directores o de los accionistas mayoritarios, la parte querellante adecuada es la propia Sociedad⁹⁵.

95 Las acciones derivadas son reguladas en Irlanda (Sección 212, de la *Companies Act* de 2014), en donde se establece que para que un accionista minoritario presente una demanda en nombre de la compañía, debe estar dentro de una de las excepciones de *Foss c. Harbottle*. Estas excepciones son (i) se perpetre el acto de ilegalidad; (ii) infracción de los derechos personales de un accionista; (iii) cuando se requiere más que una mayoría simple para ratificar el “mal” denunciado; (iv) la justicia del caso requiere que se permita a la minoría iniciar procedimientos; o (v) los que tienen el control perpetraron un fraude contra la minoría, esta es la excepción más popular. La Sección 212, de la *Companies Act* de 2014 establece la excepción legal a la regla en *Foss c. Harbottle*. Para presentar una solicitud conforme a la s. 212, el accionista debe establecer que tiene *locus standi*, en otras palabras, es miembro de la empresa en cuestión y que los asuntos de la empresa se están llevando a cabo, o que los poderes de los directores de la empresa se ejercen de (i) forma opresiva que afecta al accionista minoritario o a cualquier otro miembro; o (ii) con desprecio de los intereses de los accionistas. Ver, *Cooks c. Deeks*, 1 AC 554, 1916 (traducción libre).

Se trata, pues, de una acción legal que es tomada por uno o más accionistas de una empresa, que actúan como demandantes, se ponen en el lugar de la entidad y, así, buscan la restitución en nombre de ella. En estos casos, el accionista demandará, no ya para proteger su derecho individual directo, sino para proteger los intereses de la empresa. Son reclamaciones “derivadas” de una empresa aquellas presentadas por otras personas relevantes en su nombre y representación.

Por lo general, el reclamo se presenta contra miembros del órgano de administración, ejecutivos u otras personas que ocupan una posición de poder en la organización y que pueden estar incurriendo en mala conducta. ¿Cuáles son las situaciones que podrían darse?: Aquí van algunos ejemplos: a) cuando los accionistas mayoritarios de la empresa oprimen a los accionistas minoritarios o manejan mal los asuntos de la empresa; b) por abuso de información privilegiada; c) cuando los administradores de la compañía (incluidos los ejecutivos o gerentes) actúan de mala fe o en contra de los mejores intereses de la empresa o de sus accionistas, por incumplimiento de los deberes de lealtad y diligencia; d) por conflictos de interés, etc.

Si alguna de estas situaciones sucediera, el accionista puede iniciar una acción derivada con el fin de detener el comportamiento dañino y evaluar los daños, con el fin de hacer valer los derechos de la propia empresa y para protegerla de la gestión negligente, ineficiente o que atienda exclusivamente intereses propios de sus administradores.

En otras palabras, dado que la propia empresa no presentará una demanda para proteger sus intereses, cualquier accionista podrá iniciar una acción en calidad de representante a través de una demanda en contra de la compañía y los accionistas u opresores administradores, que serán la parte demandada.

La *Companies Act* de 2006⁹⁶ las regula expresamente en la Sección 260 limitándola solo respecto de una causa de acción que surja de un acto u omisión real o propuesto, que involucre negligencia, incumplimiento, incumplimiento del deber o abuso de confianza por parte de un director de la empresa.

No existe una disposición legal que cubra las acciones derivadas de los accionistas en la India⁹⁷. Sin embargo, el capítulo sobre prevención de la opre-

96 *Companies Act* 2006 (traducción libre). Se encuentran, asimismo, normadas en otros ordenamientos jurídicos como el italiano, alemán y EEUU.

97 A. DESAI, “Can Derivative Action Claims Be Arbitrated? Scenes From A Convoluted Indian Approach”, *Kluwer Arbitration Blog*, 07/10/2021 (traducción libre).

sión y la mala gestión en la ley de sociedades de 2013⁹⁸ de India es el que más se acerca.

Si bien los tribunales indios generalmente han adoptado una postura en contra de la arbitrabilidad de los asuntos de opresión y mala gestión⁹⁹, su postura sobre las acciones derivadas no está clara.

Así, en los casos *Rakesh Malhotra c. Rajinder Malhotra, Sporting Pastime India Ltd.* la Corte adoptó una postura contra la arbitrabilidad de la opresión y la mala gestión. Una postura similar fue adoptada por el Tribunal también en el caso *Sporting Pastime India Ltd. c. Kasturi and Sons Ltd*¹⁰⁰. Sin embargo, la postura de los tribunales sigue sin estar clara en lo que respecta a las demandas por acciones derivadas.

En el caso *Rashmi Mehra c. Eac Trading Ltd.*¹⁰¹, por primera vez, el Tribunal Superior de Bombay sostuvo que las demandas por acciones derivadas son arbitrables. Además de esto, el Tribunal también dijo que lo que distingue las reclamaciones derivadas de las de casos relacionados con la opresión y la mala gestión.

Finalmente, el statu quo cambió cuando el Tribunal Superior de Bombay emitió su sentencia en *Onyx Musicabsolute.Com Pvt. Ltd. c. Yash Raj Films Pvt. Ltd. y Ors*¹⁰², en oportunidad de tratar una solicitud que tenía esencialmente la naturaleza de una acción derivada.

En este caso quedó sentado:

Así como la propiedad individual y personal de cualquiera de los miembros de una empresa no es propiedad de la empresa, la propiedad de la empresa no es propiedad de sus directores ni de sus accionistas o miembros. Siendo así, si la empresa es defraudada

98 Antes de 2013, la ley de sociedades de la India no preveía este tipo de reclamos por accionistas. En 2009, la estafa de Satyam demostró que resultaba necesaria una disposición específica en relación con las demandas derivadas en nombre de una empresa por parte de sus accionistas. Con ello, los artículos 245 y 246 se incluyeron en la ley de sociedades de 2013 de India para abordar las demandas/peticiones representativas.

99 Corte Suprema de Bombay, *Rakesh Malhotra c. Rajinder Malhotra*, 20/08/2014.; *Sporting Pastime India Ltd. c. Kasturi & Sons Ltd.*, 28/06/2006.

100 Corte Suprema de Bombay, *Sporting Pastime India Ltd. c. Kasturi & Sons Ltd.*, 28/06/2006.

101 Corte Suprema de Bombay, *Rashmi Mehra c. Eac Trading Ltd.*, 08/11/2006.

102 Corte Suprema de Bombay, *Onyx Pvt. Ltd. c. Yash Raj Films Pvt. Ltd. & Ors*, 04/07/2008 (traducción libre).

o perjudicada por un malhechor, la propia empresa es la persona que puede demandar al malhechor por daños y perjuicios. Esa es la regla en *Foss v. Harbottle*¹⁰³.

Asimismo, la Corte sostuvo que “la regla es bastante fácil de aplicar cuando la empresa es defraudada por personas externas”. En ese caso, la empresa es la única persona que puede demandar, pero ¿cuál sería la situación si la empresa es defraudada por personas internas que la controlan por parte de los directores o personas que poseen la mayoría de las acciones? ¿La empresa demandaría a tales personas con información privilegiada? Aquí habría imposibilidad práctica. Las decisiones posteriores del tribunal parecen haber atenuado el rigor de la norma en *Foss c. Harbottle* o al menos han creado excepciones a la regla. Es interesante señalar que en *Estmanco (Kilner House) Ltd. c. Greater London Council*, si bien reconoce que podría haber una serie de excepciones a la regla en *Foss c. Harbottle* observó que podrían surgir dificultades a la hora de determinar las excepciones. Él dijo:

Si la norma en *Foss c. Harbottle* hubiera permanecido sin reservas, se habría abierto el camino para que la mayoría obstaculizara cualquier procedimiento que fuera en beneficio de la minoría y en desventaja de la mayoría. En consecuencia, se han establecido una serie de excepciones a la regla¹⁰⁴.

Sentado su alcance y sentido, el interrogante aquí es el siguiente: ¿son arbitrables las *derivate claims*? Para algunos no son materia arbitrable¹⁰⁵. La discusión se sujeta a que para que una materia sea arbitrable debe existir primero *disponibilidad del derecho*, lo que en materia societaria en principio acontece, pero no resulta tan claro respecto de los reclamos derivados. Para resolver la cuestión deberá analizarse en cada caso la disponibilidad o no del derecho que surja del reclamo.

En consecuencia y, teniendo en cuenta que los tribunales han comenzado a adoptar posición favorable hacia el arbitraje, no hay razón alguna por la cual las demandas por acciones derivadas no puedan someterse a arbitraje.

103 Ídem.

104 Ídem.

105 A. SAMPAIO CAMELO, “Arbitragem de litígios societários”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, p. 9 (traducción libre), citando a H. Bernard, *L'arbitrabilité*, Vol. 296, 2003.

4. CONCLUSIÓN

A medida que se han ido incrementando las relaciones comerciales e inversoras entre los operadores económicos de América Latina y de los pertenecientes a otros círculos políticos y económicos se puede apreciar un reconocimiento gradual del importante papel del arbitraje comercial. Una favorable y, en muchas ocasiones, eufórica acogida de la institución, que no registra siempre la misma valoración desde un panorama *eurocentrista* por ofrecer, en ocasiones, un panorama muy negativo y parcial y, en todo caso, desalentador para el desarrollo de la institución arbitral en el subcontinente; incluso desde posiciones latinoamericanas realizadas desde la atalaya de instituciones arbitrales con evidente arraigo, se alzan críticas dignas de un buen neófito convertido a la cultura arbitral¹⁰⁶.

Lo cierto es que, al margen de estos juicios extremos, es indudable que el arbitraje ha iniciado un camino sin retorno: el tránsito de una técnica artesanal y elitista a la creación de una verdadera industria arbitral, erigiéndose como un instrumento coadyuvante en la consolidación del desarrollo económico y político¹⁰⁷.

En casi todos los países se han obtenido decisiones del poder judicial que de manera clara respaldan y favorecen jurídicamente la utilización de los ADR, respetando el principio de ejecutabilidad del pacto y del laudo arbitral. El trabajo armónico de árbitros y poder judicial, apoyado por las instituciones arbitrales, es lo que constituye el factor crítico del futuro del arbitraje en el hemisferio y es lo que nos permitirá ofrecer a nuestros ciudadanos sistemas de resolución de controversias confiables, expeditos, y a la altura de las necesidades y especialización que exige la agilidad del mundo de hoy y seguramente del futuro. A pesar de los problemas, el balance es altamente positivo. Las decisiones judiciales expedidas están de acuerdo, en su mayoría, con los principios internacionales del arbitraje y dan certeza al usuario de este mecanismo, cuya utilización seguramente seguirá aumentando, incrementando así su papel como la opción al procedimiento judicial¹⁰⁸.

En lo que hace al derecho de sociedades esta relación se acentúa, en importancia y utilización, en tanto allí se advierte la ineficacia del sistema judicial para resolver adecuadamente —ello es en el tiempo y forma que requiere la actividad mercantil—, los conflictos que se dan en el seno societario. Las causas

106 J. FERNÁNDEZ ROZAS, N. 2.

107 Ídem.

108 A, POLANIA, N.4.

que a ello pueden atribuirse son de índole variada: excesiva dilación de los procesos, extensos plazos, excesivos rigorismos muchas veces injustificados, falta de especialización de algunos jueces en la materia societaria, falta de modernización y *aggiornamento* de la justicia y del derecho de sociedades, entre los más importantes.

Es evidente que en no pocas ocasiones la parsimonia y lentitud de la jurisdicción estatal (que de forma escrupulosa trata de hacer efectivas las garantías procesales a través de variadas posibilidades de recurso interlocutorios y de comunicaciones y traslados de actuaciones a las partes) impide o retrasa el funcionamiento normal de las empresas y sociedades que no pueden estar durante años a la espera de la resolución definitiva y posteriormente de la ejecución forzosa en su caso¹⁰⁹.

Todo lo mencionado permite sostener con firmeza la importancia del arbitraje societario y —como se dijo—, del reconocimiento del principio de autonomía de los socios para incluir en los estatutos las cláusulas que consideren oportunas, siempre y cuando se respeten las leyes y principios configuradores de la sociedad de que se trate, con el fin de someter a arbitraje las materias que sean de libre disposición conforme al Derecho.

109 A. GARCÍA PAREDES, N. 20.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Balbín, S. *Ejercicio de la acción en materia societaria*, 1ª Ed., Ed. Cátedra jurídica, 2022.
- Boggiano, A. *Tratado de derecho internacional privado*, sexta edición actualizada, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Tomo I, 2017.
- Caivano, R. “La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado”, *El Derecho*, No. 13.306, 2013.
- Caivano R., Ceballos Ríos, N. *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*, Tomo 1, Ed. La Ley, 2020.
- Calaza López, S. “El arbitraje societario”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, No. 21, 2003.
- Carrasco Fernández, F. “Arbitraje societario”, *Jurídica. Anuario de la Escuela de Derecho. de la Universidad Iberoamericana*, No. 2009-39, 2009.
- Caputo, L. “¿Es necesario el consentimiento para extender la Cláusula Arbitral al tercero no signatario?”, *Revista Argentina de Arbitraje*, No. 4, 2019.
- Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje, Informe sobre el Arbitraje Societario en España, 2019.
- Corte Suprema de Bombay, *Onyx Pvt. Ltd. c. Yash Raj Films Pvt. Ltd. & Ors*, 04/07/2008.
- Corte Suprema de Bombay, *Rakesh Malhotra c. Rajinder Malhotra*, 20/08/2014.
- Corte Suprema de Bombay, *Rashmi Mehra c. Eac Trading Ltd.*, 08/11/2006.
- Corte Suprema de Bombay, *Sporting Pastime India Ltd. c. Kasturi & Sons Ltd.*, 28/06/2006.
- Desai, A. “Can Derivative Action Claims Be Arbitrated? Scenes From a Convoluted Indian Approach”, *Kluwer Arbitration Blog*, 07/10/2021.
- Fernández del Pozo, L. “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 2/2001, JM Bosch Editor, 2001.
- Fernández Rozas, J. *El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino*, Ed. Jurídica de Chile, 2006.
- García Paredes, A. “El Arbitraje, ¿tutela judicial o tutela jurídica? (una visión post-judicial)”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 41, 2021.
- Hertel T., Covi, A. “Arbitrability oh Shareholder Disputes in Germany”, *Kluwer Arbitration Blog*, (7/2/2018).

- Illescas, R. “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, *Revista De arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 1(1), 2008.
- Lei das Sociedades Anônimas do Brasil, Lei No. 6.404, 15 de diciembre de 1976.
- Lei de XYZ do Brasil, Lei No. 12375, 15 de diciembre de 2010.
- Muñoz Planas, J. *Algunos problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles*, Madrid, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Civitas, 1978.
- O’Neill de la Fuente C., Del Pino Yupari, M. “Arbitraje y terceros legitimados en la impugnación de acuerdos societarios en el Perú”, *THÈMIS-Revista de Derecho*, No. 77, 2020.
- Pieralli, A. “El nuevo arbitraje en Italia: análisis comparativo con España”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 6, 2005.
- Polania, A. “El arbitraje en América Latina: ¿hay futuro!” *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, No. 24, 2010.
- Rivera, J. C., Rivera J.C., Amado, J. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*, 3ra. Ed. actualizada y ampliada, Abeledo Perrot, 2022.
- Rodríguez Robledo, M. *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, 2010.
- Rojas Chan, A. “Algunas consideraciones sobre el arbitraje estatutario como mecanismo alternativo para la solución de conflictos societarios”, *Derecho Societario, Concursal y del Consumo*, Tomo III, Ed. Jurídica Continental, 2017.
- Sampaio Caramelo, A. “Arbitragem de litígios societários”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*.
- Valencia Correa, C., Ibarra Ibarra, G., Arteta Caballero, J. “La aplicación de la cláusula compromisoria a los conflictos con administradores sociales”, *Vniversitas*, Vol. 71, 2022.
- Vásquez Palma, M. “Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización”, *Ius et Praxis*, Vol. 20(1), 2014.
- Vicent Chuliá, F. “Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final.”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 1, 2001.