



# SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS MEDIANTE EL ARBITRAJE

## PARTNERSHIP CONFLICT RESOLUTION THROUGH ARBITRATION

Carlos Lepervanche M\*

**A**ún cuando el Arbitraje Societario no esta expresamente previsto en el Código de Comercio, ni en ley especial alguna, por la voluntad de las partes contratantes y en tanto la sociedad es un contrato, no existe “Prima Facie”, obstáculo para su incorporación a los estatutos sociales como mecanismo de resolución de conflictos entre socios, socios y administradores, etc.

Así, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en su artículo 258, que la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos. Y la ley de arbitraje en su artículo 3 establece que “Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir”. En esta norma se inscriben todas las controversias sobre derechos disponibles entre sujetos con capacidad para transigir. Esta es la regla. Sin embargo, las rigurosas excepciones señaladas en el propio artículo 3 de la

**E**ven though Partnership Arbitration is not expressly provided in the Commercial Code or in any other special law, upon the will of the parties and the fact that partnership is an agreement, there are no prima facie obstacles to incorporate this kind of arbitration into the by-laws of the partnership agreement as a conflict resolution mechanism among partners, partners and managers, etc.

Thus, article 258 of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela provides that the law will promote arbitration, conciliation, mediation and any other alternative means for the resolution of conflicts. Article 3 of the Arbitration Law provides that: “Controversies susceptible to settlement arising between persons capable of executing settlements may be submitted to arbitration”. This rule is applicable to all controversies regarding rights available to subjects having the capacity to execute settlements. This is the rule. However, the rigorous exceptions provided in that same article 3 of the Law of Commercial Arbitration decant the problem and trace the true profile of commercial arbitration. These exceptions include the following matters: (i) those contrary to public order and those related to crimes or faults, (ii) those related to the attributions or duties that are within the powers of the State or public law entities, (iii) controver-

Ley de Arbitraje Comercial, decantan el problema y trazan el verdadero perfil del arbitraje comercial. El cuadro de estas excepciones comprende los siguientes asuntos: (i) los contrarios al orden público y los que versen sobre delitos o faltas, (ii) los concnientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público, (iii) las controversias referidas al estado o capacidad de las personas, y las relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial, y (iv) las controversias sobre las cuales haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes en el proceso.

Pese al silencio del legislador, y en base al reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los socios fundadores, para conformar el contenido de los estatutos sociales de una sociedad mercantil, que se constituye como principio rector de sus decisiones, se desprende la aplicabilidad del arbitraje societario.

En este sentido cabe recordar que la Sentencia dictada por la Sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 17/10/2008, confirma el criterio mediante el cual "...la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas "sensibles" como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras (...). Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes pueda relajar o mitigar la debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, la cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo vrg. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva (...). La estipulación de un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, por que tales medios deban aplicarla preferentemente, lo cual en forma alguna permite afirmar la anulación del ejercicio de competencias administrativas en materia de policía administrativa, conforme al estatuto atributivo de específicas potestades en determinada materia- vrg. En materia de bancos, seguros, valores..."

En cuanto al derecho argentino y en términos comparativos, el profesor Carlos Molina Sandoval, comentando la Ley de Sociedades Comerciales, dice que aunque la misma guarda un absoluto silencio en torno a la posibilidad de que los socios o, eventualmente, terceros, sometan los conflictos derivados de la dinámica societaria a arbitraje y teniendo en cuenta que tampoco lo prohíbe en forma expresa, cabe señalar que se trata de una modalidad lícita, siempre que se respeten ciertos principios societarios indisponibles.

En el caso peruano, la Ley General de Arbitraje - Ley N° 26572, que como se sabe esta vigente desde enero de 1996, es decir dos años antes de la Ley General de Sociedades, establece en su artículo 12, que también constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en estatutos de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones y demás personas jurídicas. Asimismo,

sies referring to the status or the capacity of individuals and those related to the goods or property of unfit individuals without previous judicial authorization, and (iv) controversies that have been decided by final judgment, except for the patrimonial consequences resulting from execution insofar as they exclusively concern the parties to the procedure.

Despite the silence of the legislator and based on the acknowledgment of the autonomy of the free will of the founding partners to conform the contents of the by-laws of a commercial enterprise, which becomes the guiding principle of its decisions, the applicability of partnership arbitration ensues.

In this sense, it is significant to recall the judgment issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice on 10/17/2008, confirming the criteria pursuant to which "...the inclusion of arbitration in the judicial system put an end to the apparent contradiction that from a doctrinal and jurisprudence point of view was generated among arbitration, public order, imperative rules and the protecting principles of special laws of "sensible" areas such as labor, leaseholds, consumption, real estate operations, among others (...). When the legislator determines that pursuant to the protectionist principle, a matter shall be governed by public order, the alternative means for the resolution of conflicts should not be excluded per se, and arbitration, among them, because what the declaration of public order by the legislator of a certain matter implies is the impossibility of the parties of relaxing or mitigating the precautions or protections to which the legally weak are entitled, which have a substantive nature; being, on the contrary, that the free and mutual agreement of opting for an alternative means, i.e. arbitration, mediation, conciliation, among others, in direct and immediate execution of the free will of the parties has an exclusive adjective nature (...). Thus, the provision in a contract of any alternative means for the resolution of controversies does not imply any waiver of the protections, rights or guaranties provided under special legislation, because such alternative means must be applied with preference, which prevents affirming the annulment of the exercise of administrative competence in matters of administrative police, pursuant to the statutes that grants specific powers in certain matters, i.e., banking, insurance, securities ..."

With respect to Argentinean law and in comparative terms, professor Carlos Molina Sandoval, commenting on the Law of Commercial Partnerships, says that even though the same is absolutely silent regarding the possibility that partners, or eventually, third parties, submit conflicts resulting from partnership dynamics to arbitration and taking into account that it is not expressly prohibited, it should be noted that it constitutes a legal modality, provided that certain non disposable partnership principles are respected.

In the Peruvian case, the General Arbitration Law - Law N° 26572, in force since January 1996, that is, two years prior to the General Partnership Law, provides in article 12 that the provisions included in the by-laws of civil or commercial partnerships, associations and other legal entities also constitute a valid arbitration agreement. Further, pursuant to article 48 of the General Partnership Law, the mandatory arbitration agreement can be inserted in the by-laws of a commercial partnership in order to submit any arising discrepancies to such jurisdiction. Thus, if the arbitration agreement is included in the by-laws, then it shall be mandatory for the partnership, its partners or administrators even after they have ceased to be such, and to third parties who expressly submit when entering into agreements with the partnership.

#### **Justification of Partnership Arbitration**

One of the advantages offered by arbitration, in addition to its lesser cost, is the higher guarantee of the arbitration decision as opposed to the State judge resolution, upon the consideration that the election of the deciding party by the contenders constitutes an objective element with a higher guarantee in the final dispute resolution. Emphasis has also been made on the higher specialty of the Arbitrator or the arbitration court regarding a specific dispute with respect to the indiscriminate competence and the exasperating slowness of civil procedures, as reason enough to run away from the state judicial system.

One of the advantages attributed to arbitration is its flexible nature, in the possibility of adapting to the demands or visions of the par-

conforme al artículo 48 de la Ley General de Sociedades, el convenio arbitral obligatorio puede ser insertado en el estatuto de una sociedad mercantil, para someter a esta jurisdicción las discrepancias que se susciten. Así pues, si el convenio arbitral está incluido en el Estatuto social será obligatorio para la sociedad, sus socios o administradores aunque ya no lo sean, y a los terceros que al contratar con la sociedad expresamente se sometían.

## Justificación del Arbitraje Societario

Se ha venido invocando como ventajas para acudir al arbitraje, además de su menor costo, el de la mayor garantía en la decisión arbitral sobre la resolución del juez del Estado, al considerarse que la elección del propio decisor del litigio por parte de los contendientes, constituye un presupuesto objetivo de una mayor garantía en la resolución final del pleito. También se ha insistido en la mayor especialidad que ofrece el Árbitro o la corte arbitral respecto de una concreta contienda en relación con la competencia indiscriminada y exasperante lentitud de los procedimientos civiles, como motivo suficiente para huir del sistema judicial estatal.

Una de las bondades atribuidas al arbitraje reside en su carácter flexible, en la posibilidad de poder adaptarse a las exigencias o a la visión que las partes tienen sobre como debe llevarse a cabo el proceso. El principio general es el de la libertad de procedimiento.

En el mundo de las sociedades mercantiles, las disputas entre socios sobre asuntos que interesan a la sociedad son relativamente recientes y son cuantiosas las sumas que las partes interesadas dispensan en la defensa de una y otra posición. Así como son frecuentes las sociedades, también lo son las potencialidades de conflicto que se originan en la consecución del fin económico común.

## Características del Arbitraje Societario

La existencia de controversias, diferencias y/o disputas surgidas entre dos o más partes que integren un convenio arbitral es la esencia nuclear de todo procedimiento arbitral. Es decir, nada se puede someter a arbitraje si no existen posiciones disímiles que necesiten de un tercero (árbitro) que resuelva esas diferencias.

De igual manera debe necesariamente existir un convenio arbitral que obligue a las partes involucradas en el conflicto a someterse a arbitraje. La cláusula arbitral es ese texto por el cual se excluye del conocimiento de la competencia judicial y se remite a la jurisdicción arbitral todos aquellos conflictos surgidos o que puedan surgir entre las partes que hayan firmado o consentido en la misma.

Y por último, el convenio arbitral será de carácter obligatorio, en la medida que el mismo sea válido desde el punto de vista formal y material, es decir, debe hallarse revestido de la forma legalmente prescripta.

## Alcance objetivo del Arbitraje Societario

La piedra angular de este tema es la afectación de los derechos de terceros y el orden público en tanto la función social de la empresa y su supervisión por el Estado.

En cuanto a la materia arbitrable cabe preguntarse ¿cuál es el límite al arbitraje?. Dice Carazo que la solución que apuntamos gira en torno a los intereses que pudieren verse afectados por la resolución arbitral, situación aplicable idénticamente

ties about how to manage the process. The general principle of freedom of procedure.

In the world of commercial partnerships, disputes among partners about matters of interest to the partnership are relatively recent and the amounts spent by the parties in the defense of one or other position are enormous. As frequent as partnerships are, so are the potential conflicts originated in the achievement of the economic common purpose.

### Characteristics of Partnership Arbitration

The existence of controversies, differences and/or disputes between two or more parties of an arbitration agreement is the essence of any arbitration procedure. That is, nothing could be submitted to arbitration unless there are different positions that require a third party (arbitrator) to resolve any such differences.

Also, there must be an arbitration agreement that requires the parties of the conflict to submit to arbitration. The arbitration clause is the text which excludes competent judicial organs from hearing and submits all conflicts arising or that may arise between the parties of the agreement to the jurisdiction of arbitration.

And finally, the arbitration agreement shall be mandatory to the extent that it is valid from a formal and material standpoint; that is, it should have proper legal form.

### Objective scope of Partnership Arbitration

The cornerstone of this matter is the affectation of third party rights and public order as referred to the public functions of a company and its supervision by the State.

With respect to matters that may be subject to arbitration, it is reasonable to question the scope of arbitration. According to Carazo, the solution revolves around the interests that may be affected by the arbitration award, a situation that is applicable to Venezuela. This has been precisely the position sustained by the Italian Cassation Court to reject the arbitration of certain partnership controversies. Thus, the rights affecting third parties or those affecting partnership organizational and operating rules cannot be disposed of. If the arbitration is an agreement that is based on free will, the same shall remain within the private sphere of the parties of the agreement, provided however and as previously noted, that when it becomes incorporated to its by-laws, it extends its effect to future partners and organs. As a result, arbitration shall be excluded only when it may affect higher interests or those of third parties. All of this with complete independence of the concept of public order.

Therefore, even though, Commercial Law is theoretically open to the game of free will autonomy, there are areas, specially the partnership area, that should be rendered non disposable because it affects the rights of third parties who do not participate of the agreement.

With respect to this aspect, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice suggests an interesting test to learn if a topic of a certain legal relation is susceptible to arbitration or not, where it is sufficient to discern if it is capable of being heard by a judge, then, there is no doubt that it can also be submitted to arbitration by mandate of the parties' free will.

Regarding partnership controversies that may be submitted to arbitration, the arbitration procedure cannot overcome the shareholders meeting as the deciding organ and highest authority of the partnership. The partnership's will is expressed through the valid and legitimately adopted resolutions of the meeting and cannot be replaced by the arbitration procedure. The latter shall appear only when any arising differences or controversies cannot be resolved through the ordinary mechanisms of the partnership and they exceed the limits of its resolutions.

We believe that matters such as, (i) contribution valuations, (ii) partnership annulments, (iii) interpretation of by-laws, (iv) responsibility of administrators, (v) separation and exclusion of partners, are subject to arbitration provided there is an enforceable arbitration agreement.

The doctrine holds that in Venezuela, the inclusion and retirement of partners can be subject to arbitration for the same reasons that the partners can conventionally agree the events for such retirements in the by-laws.

As Carazo, we believe that controversies and litigation resulting from the asymmetric lack of adoption of an agreement that may result in the halt of the regular partnership operations can be subjected to arbitration. That is, in the event of a repeated and insurmountable tie in the general board and the administrative council. It is obvious that arbitrators will not be competent to issue an award that substitutes the will of the partnership, but they would be competent to declare, upon request of the partners or the administrators, the dissolution of the partnership due to a halt of the partnership organs that makes its operability impossible.

The submission of moratorium and bankruptcy procedures to arbitration may not be appropriate in practice due to the amount of third parties to whom the arbitration agreement could not be enforced since they have not agreed to it and further, because an award issued in a process of which they are not a party may affect the rights of the mass.

#### **Subjective scope of Partnership Arbitration**

We believe that every person related to the partnership, whether they are officers, partners, administrators will be subject to the arbitration agreement, whether they executed the agreement or not. This opinion is based on that fact that by submitting to the partnership by-laws which provide an agreement to arbitrate, they are necessarily bound to comply the same.

The fact that the shareholders are founders of the agreement or have subsequently become shareholders through the purchase of shares should not entail a different solution.

en Venezuela. Precisamente esta última ha sido la posición que la Corte de Casación italiana ha sostenido para negar la arbitrabilidad de determinadas controversias societarias. De esta forma, son derechos indisponibles los que afecten a terceros o afecten a normas de organización y funcionamiento de la sociedad. Si el arbitraje es un contrato y se fundamenta en la voluntariedad, éste debe quedar en la esfera privada de las partes que lo han acordado, si bien, con la peculiaridad ya señalada de que cuando se incorpora a los estatutos extiende sus efectos a socios futuros y órganos sociales. Por lo que sólo cuando el arbitraje pudiera afectar a intereses más elevados o de terceros será cuando éste deba excluirse. Ello con independencia del concepto de orden público.

Por tanto, aunque teóricamente el Derecho Mercantil este abierto al libre juego de la autonomía de la voluntad, existen ámbitos, sobre todo en el societario, que por afectar a intereses de terceros que no participan en el convenio se han de conceptuar indisponibles.

En relación a este aspecto, sugiere la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia un interesante test para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastando con discernir, si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes.

En cuanto a las controversias societarias arbitrables, el proceso arbitral no puede superar a la asamblea como órgano decisor y máxima autoridad de la empresa. La voluntad de la sociedad se manifiesta mediante las decisiones válida y legítimamente adoptadas por la asamblea y no pueden ser suplidas por el procedimiento arbitral. Este último aparecerá solo cuando surjan diferencias o controversias que no puedan ser resueltas mediante los mecanismos ordinarios que dan vida a la sociedad y excedan los límites de sus resoluciones.

Creemos que materias tales como, (i) valoraciones de aportes,

(ii) nulidad de sociedades, (iii) interpretación de los estatutos sociales, (iv) responsabilidad de los administradores, (v) separación y exclusión de socios, son arbitrables, siempre y cuando exista el compromiso arbitral correspondiente.

Sostiene la doctrina que en Venezuela, la inclusión y retiro de socios sí puede ser objeto de arbitramento, por la misma razón de que los socios pueden pactar convencionalmente en los estatutos los supuestos en que han de producirse tales retiros.

Creemos con Carazo, que pueden ser objeto de compromiso arbitral las controversias y litigios derivados de la falta sistemática de adopción del acuerdo que pueda dar lugar a la paralización del funcionamiento normal de la sociedad. Esto es, en caso de empate reiterado e insalvable en la junta general o en el consejo de administración. Es obvio que los árbitros no serían competentes para dictar un laudo que sustituya la voluntad social, aunque si lo serían para declarar, a instancia de los socios o administradores, la disolución de la sociedad por paralización de los órganos sociales que haga imposible su funcionamiento.

En cuanto a la arbitrabilidad de los procesos concursales de atraso y quiebra, en la práctica no pareciera procedente, por la cantidad de terceros involucrados, a los cuales no se les puede oponer la cláusula o compromiso arbitral si no lo han suscrito y porque además un laudo dictado en un proceso del que no han sido parte puede afectar los derechos de la masa.

#### **Alcance subjetivo del Arbitraje Societario**

Somos de la opinión que se verán obligados por el convenio arbitral todas aquellas personas que relacionadas con la empresa por ser funcionarios de la misma, socios, administradores, hagan vida societaria, habiendo firmado o no el convenio. Esta opinión la sustentamos en que al obligarse mediante los estatutos de la empresa a cumplir con los mismos y en ellos establecerse el compromiso arbitral, deben necesariamente hallarse obligados por el cumplimiento del mismo.

El hecho de que los accionistas hayan sido fundadores el contrato o hayan ingresado mediante adquisición ulterior de las acciones no debe habilitar una solución diferente.

*\*Socio Principal de Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez*

#### **CONTACTENOS**

2sa. Avenida de Campo Alegre, Torre Credival Piso 6. Caracas  
Teléfono / Phone: 263.08.33, Ext.: 220 - 221 - 152  
[www.cedca.org.ve](http://www.cedca.org.ve) [info@cedca.org.ve](mailto:info@cedca.org.ve)