

Document information
Publication Spain Arbitration Review Revista del Club Español del Arbitraje
Jurisdiction Brazil
Court Superior Court of Justice of Brazil
Case date 10 October 2018
Case number Conflicto de Competência N. 157.099-RJ (2018/0051390-6)
Parties Claimant, Oi S.A - em Recuperação Judicial Defendant, Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro – RJ Defendant, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Defendant, Juízo Arbitral da Camara de Arbitragem do Mercado de São Paulo - SP
Bibliographic reference Iñaki Carrera and Francisco da Cunha Matos, 'La convivencia entre la Jurisdicción Arbitral y la Jurisdicción Ordinaria en cuestiones estatutarias y de crisis societaria. Comentario a la Sentencia de conflicto de competencia del Superior Tribunal de Justicia del Brasil (2018/0051390-6)', Spain Arbitration Review Revista del Club Español del Arbitraje, (© Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España 2019, Volume 2019 Issue 36) pp. 27 - 36

La convivencia entre la Jurisdicción Arbitral y la Jurisdicción Ordinaria en cuestiones estatutarias y de crisis societaria. Comentario a la Sentencia de conflicto de competencia del Superior Tribunal de Justicia del Brasil (2018/0051390-6)

Iñaki Carrera; Francisco da Cunha Matos

(*)

In the current economic climate, corporate and bankruptcy disputes are of great importance and must be resolved in the most effective way. Arbitration can be a good mechanism to resolve such disputes. Corporate and bankruptcy disputes are in some countries only resolved by the state courts, but this monopoly is ending. The arbitrability of these disputes is now witnessing new trends, especially in corporate disputes, Brazil and Portugal are a good example. Moreover, if these matters are arbitrable, then questions of which tribunal is competent regarding a specific matter are raised. The award that is under analysis tried to resolve such a conflict, if the matter falls within the agreement, the competent forum is the arbitral tribunal. If the matter does not fall within the scope of the agreement, the competent tribunal is the state court.

I Sentencia del STJ Brasileño

En un procedimiento de recuperación de una sociedad brasileña se aprobó un plan de recuperación que es homologado por el juez. En este plan se decidía por la conversión de ciertas deudas en acciones de dicha sociedad por medio de aumento de capital.

Ante esta circunstancia, un accionista minoritario demanda por vía arbitral a la sociedad de forma a impedir la adopción de las medidas previstas en el plan de recuperación con base en el convenio arbitral existente en los estatutos de dicha sociedad.

Existe, entonces, una cuestión de conflicto de competencia, cuya posible resolución vino reflejada por dos posiciones antagónicas.

Por un lado, el juez Marco Buzzi defiende que la competencia para apreciar la cuestión planteada es del tribunal en donde se encuentra el procedimiento de recuperación judicial, al estar en causa cuestiones sobre los intereses de la sociedad a recuperar.

Por lo tanto, cabe al juez, y no al árbitro, verificar sobre la legalidad de las disposiciones del plan en aras a alcanzar el objetivo de recuperar la sociedad.

Concluye, asimismo, que el laudo arbitral preliminar que decidió sobre la suspensión de la cláusula del plan de recuperación sobre el aumento de capital se ha inmiscuido en la competencia del juez del proceso de recuperación judicial.

Por otro lado, la jueza Nancy Andrichi consideró que, no obstante estar de acuerdo con el supuesto de que cabe al juez la competencia/deber de garantizar la legalidad del plan de recuperación, en el caso concreto, la supuesta ilegalidad en causa se prende con materia cuya apreciación ha sido delegada a la jurisdicción arbitral por los propios estatutos de la sociedad en recuperación.

No hay, por eso, motivos para apartar la competencia del tribunal arbitral para examinar esta cuestión, pues esta tiene como objeto la verificación de la licitud de la manifestación de voluntad de la empresa en recuperación en lo que respeta al aumento de su capital social.

La jueza Nancy Andrichi concluye que las competencias de los tribunales ordinarios y arbitrales se armonizan:

“Así, por ejemplo, si el tribunal arbitral decide que determinados accionistas han sido impedidos de forma indebida de decidir sobre las operaciones societarias constantes del plan de recuperación, cabrá al juez del procedimiento de recuperación adoptar las medidas para alcanzar dicho fin, lo que podrá resultar en la alteración del plan mediante una alteración de las cláusulas específicas, o en simples ratificación del contenido aprobado” (1)

En este sentido, decidió el STJ brasileño declarar “competente el Tribunal Arbitral de la Cámara de Arbitraje de São Paulo-SP para decidir sobre el litigio societario derivado de la disposición de la Ley de las Sociedades Anónimas o de los estatutos de la empresa en recuperación, de conformidad con el voto de la Jueza Nancy Andrichi” (2) .

II Comentarios

a) Introducción

En el actual contexto económico en que vivimos, las controversias societarias y las relacionadas con una empresa en situación de crisis económico-financiera asumen gran importancia y deben ser resueltas de la forma más eficaz posible. El arbitraje puede ser un buen mecanismo para conseguir dicha eficacia.

En lo que atañe a las materias estatutarias y de crisis, esto es, de una sociedad que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (ya sea de concurso o de recuperación), durante mucho tiempo hubo el monopolio estatal. Pero este monopolio se está matizando de forma a encontrar otras soluciones que puedan ser adecuadas al caso concreto. En este sentido el tribunal arbitral puede ser un instrumento eficaz, cabe por ende indagar sobre la arbitrabilidad de estas cuestiones (**Sección B**).

Después de establecer la arbitrabilidad estatutaria y de crisis societaria, llegamos a un segundo nivel, el de armonizar las distintas jurisdicciones, o sea, siendo materias arbitrables, hay que saber lo que cabe a la jurisdicción ordinaria y lo que cabe a la jurisdicción arbitral, en este sentido la sentencia que se analiza es muy importante (**Sección C**).

A nuestro ver, estableciendo la arbitrabilidad societaria y de ciertas cuestiones relacionadas con la crisis de una sociedad, hay que tener muy bien determinado la competencia de cada jurisdicción en el seno del convenio arbitral: al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios (**Sección D**).

▲
P 28
●
P 29
▼

b) Arbitrabilidad societaria y arbitrabilidad de crisis (3)

Es menester dar un pequeño contexto sobre la arbitrabilidad estatutaria para encuadrar el análisis a la sentencia del STJ brasileña y será abordada la arbitrabilidad estatutaria desde una perspectiva brasileña pero también portuguesa.

También hemos considerado importante analizar la arbitrabilidad de cuestiones que se plantean cuando una sociedad está en crisis económico-financiera, asunto que muchas veces es poco discutido, pues se consideran asuntos concursales como inarbitrables. Pero veremos que hay espacio para el arbitraje en ciertas cuestiones.

b1) Arbitrabilidad estatutaria

Mucho tiempo dista entre nuestros días y los vetustos Códigos Comerciales portugués (4) y brasileño (5) que establecían la obligatoriedad de resolverse disputas societarias por arbitraje (6). Después de los cambios traídos por la segunda generación de Códigos comerciales, solamente a finales del siglo XX, principios del XXI, deciden estos dos países dar pasos en el sendero de la arbitrabilidad estatutaria.

En Brasil, desde el 2001 que existe una norma específica sobre el arbitraje societario al haberse introducido en la Ley sobre sociedades por acciones un nuevo artículo 109 cuyo párrafo 3 establece que “*El estatuto de la empresa puede establecer que los litigios entre accionistas y la empresa, o entre los accionistas de control y los accionistas minoritarios, podrán ser resueltos por arbitraje, con arreglo a lo que sobre este se establezca*” (7).

En 2015, se ha incluido un artículo 136-A en la mencionada ley estableciendo que: “*La aprobación de la inclusión de un convenio arbitral en los estatutos de la sociedad, observado el quorum del art. 136, obliga a todos los accionistas, asegurando al accionista disidente el derecho a retirarse de la sociedad mediante el reembolso del valor de sus acciones de conformidad con el art. 45*” (8).

Como se puede ver, desde hace algún tiempo que en Brasil existe normativa específica sobre el arbitraje societario, reglamentando las cuestiones de arbitrabilidad objetiva y subjetiva.

▲
P 29
●
P 30
▼

Dicha permisión específica se puede explicar por el hecho de que el art. 1 de la Ley de arbitraje establece criterios de patrimonialidad y de disponibilidad para efectos de arbitrabilidad, lo que podría traer dudas sobre el arbitraje societario.

Esta disponibilidad puede ser interpretada como la no existencia de un impedimento expreso de no ser posible el recurso a otro medio que no sea el de los tribunales ordinarios (9), pero en lo que toca a la arbitrabilidad societaria, esta es entendida en un sentido amplio (10), pero tiene que incidir sobre asuntos referentes a la sociedad (11).

Lo que toca a qué asuntos societarios pueden ser resueltos por arbitraje, podemos encontrar cuestiones como: (i) las relacionadas con el voto (12); (ii) las relacionados con la constitución de la sociedad (13); (iii) las relacionadas con la impugnación de acuerdos sociales (14); (iv) sobre acciones de responsabilidad contra administradores (15); (v) sobre el derecho a retirarse de la sociedad (16); (vi) y sobre disolución de la sociedad (17).

En Portugal, no existe una normativa específica sobre el arbitraje estatutario, todavía es entendimiento generalizado de la doctrina que, al haberse cambiado el criterio de arbitrabilidad con la nueva Ley de arbitraje de 2011 no hay impedimento al arbitraje societario (18).

La inexistencia de normas específicas sobre el arbitraje societario puede ser colmatado, a nuestro ver, a través de una cláusula estatutaria bastante completa inserta en los estatutos sociales, o bien, con una remisión al proyecto elaborado por la Asociación Portuguesa de Arbitraje (19).

El proyecto mencionado fue publicado en 2016 y resuelve muchos de los problemas que han sido planteados por la doctrina portuguesa. En lo que atañe a un convenio completo, el convenio arbitral tipo sugerido por Sampaio Caramelo también resuelve muchas de las cuestiones arbitrales que se plantean (20).

▲
P 30
P 31
▼

No hay duda que sería preferible tener alguna normativa específica sobre esta materia, pero la no existencia no puede obstar a que las sociedades inserten en sus estatutos convenios arbitrales.

De las cuestiones que se pueden plantear en arbitraje, en Portugal, cabe listar las siguientes (21): (i) los litigios entre una sociedad y sus socios relacionado con la validez, interpretación o ejecución del contrato de sociedad; (ii) los litigios relacionados con una sociedad, sus socios y sus órganos de administración, inclusive relacionados con acciones de responsabilidad civil; (iii) impugnación por los socios o por titulares de órganos sociales de una deliberación de cualquier órgano de la sociedad; (iv) acciones relacionadas con el ejercicio de derechos sociales establecidos en el Capítulo XIV, Título XC de la Ley de Enjuiciamiento portugués; (v) De la sociedad contra un socio, por ejemplo, acciones de expulsión del socio o de amortizaciones de la participación social.

b2) Arbitrabilidad de la situación de crisis de una sociedad

Del análisis de la sentencia del STJ brasileño, hemos indagado sobre la posibilidad de que ciertas cuestiones que surgen de lo que hemos llamado de situación de crisis societaria pudieran ser sometidas al arbitraje.

En cuanto al derecho brasileño, el artículo 1º de la Ley de Arbitraje brasileño (Ley nº 9.307 de 23.09.1996, en la redacción actualizada por la Ley 13.129 de 26.05.2015) establece sobre la arbitrabilidad –tanto subjetiva como objetiva– disponiendo que las personas capaces de contratar podrán utilizar el arbitraje para resolver disputas sobre derechos patrimoniales disponibles.

Ante estos criterios cabe mencionar la posibilidad de compatibilizar la situación de crisis económico-financiero de una sociedad (en quiebra, en recuperación judicial o en liquidación) con la sumisión al arbitraje de litigios que de ahí surjan.

La Ley de Recuperación de Empresas brasileñas (Ley nº 11.101 de 9 de febrero de 2005, en la redacción actualizada por la Ley Complementar nº 147 de 7 de agosto de 2014) establece en el artículo 76 la unidad e indivisibilidad del tribunal ordinario concursal *“competente para conocer todas las acciones sobre bienes, intereses y negocios del insolvente, salvo las causas laborales, fiscales y aquellas no establecidas en esta ley en las que el insolvente sea actor o litisconsorte activo”* (22).

O sea, el tribunal ordinario concursal es competente para la apreciación de todas las cuestiones reglamentadas en la ley concursal, siendo inarbitrables las controversias que de ahí surjan.

Hay quien defiende que los fines que se buscan en una situación de crisis y los que se buscan en el arbitraje son antagónicos. En cuanto en éste se busca solucionar una controversia emergente entre partes de un convenio arbitral, en aquellos está en causa el interés colectivo de preservar al máximo la empresa y el valor de sus activos. Pero a nuestro ver, es posible conciliar los intereses en causa.

▲
P 31
P 32
▼

Un ejemplo claro es la recuperación de la empresa, tal y como considera Emílio Nunes Pinto, *“aunque mayoritariamente judicial, la recuperación tendrá espacio para que las partes utilicen el arbitraje para asegurar la implementación del plan de recuperación, en donde la especialización de los árbitros desempeñará un papel sumariamente relevante, sin mencionar la mayor celeridad con que puedan obtener los resultados que se pretenden”* (23) (24)

Pero no es una posición unánime, siendo que parte de la doctrina entiende que las cuestiones relacionadas con créditos que estén sujetos a los efectos de la recuperación judicial no podrán ser sometidos al arbitraje.

Esto significa que créditos no afectados por la recuperación sí pueden ser sometidos al arbitraje. En las palabras de Paulo Sales de Toledo *“no tratándose de créditos sujetos al plan de recuperación, nada impide que se demande por vía ordinaria o por vía arbitral. La particularidad del status de la deudora, no obstante, recomienda cautela, una vez que la decisión a ser dictada podrá repercutir en la recuperación judicial, pudiendo incluso conllevar a su fracaso”* (25).

Asimismo, el caso *Interclínicas* (26) es también interesante. Como menciona Giovana Benetti (27), la sociedad Interclínicas se encontraba en el ámbito de un proceso de liquidación extrajudicial y se instauró una acción con pedido de cobro acumulada con una indemnización por daños materiales contra Saúde ABC. El contrato entre las partes había sido celebrado por ellas antes de la declaración de liquidación extrajudicial de

Interclínicas.

Tras haberse dictado sentencia en la acción de cobro, Saúde ABC dio inicio al procedimiento arbitral con base en convenio arbitral previsto en el contrato celebrado entre las partes. Sometido el litigio al Tribunal Arbitral, Interclínicas cuestionó la jurisdicción del tribunal arbitral, alegando la ausencia de arbitrabilidad objetiva y subjetiva, para las cuestiones de liquidación extrajudicial.

El Tribunal Arbitral decidió que *“el objeto de la controversia sometida a arbitraje tiene por objetivo (i) la revisión y la reducción del precio de adquisición de la cartera de clientes de Interclínicas, (ii) declaración de quitación del precio total y (iii) la imputación de indemnizaciones”* (28). Por consecuencia *“el objeto de la demanda (...) es de naturaleza patrimonial disponible, siendo (...) pasible de sometimiento al arbitraje, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 9.307/96”* (29).

▲ P 32

● P 33

En el Superior Tribunal de Justicia, la decisión fue igualmente pro arbitraje, considerando ser posible, por lo tanto, conciliarse el arbitraje con el estado en crisis de una empresa decidiendo de la siguiente forma *“el análisis del arbitraje de la materia debe seguir la regla general, centrándose, por lo tanto, en los requisitos previstos por el art. 1º de la Ley Brasileña de Arbitraje - la patrimonialidad y disponibilidad del derecho”* (30).

Por lo expuesto, la realidad jurisprudencial y doctrinal brasileña demuestran que el estado de crisis económico-financiera de una sociedad no obsta de *per sí* a que ciertas cuestiones con sean sometidas al arbitraje.

En cuanto al derecho portugués, la Ley de Arbitraje voluntario (31) portuguesa (Ley nº 63/2011, de 14 de diciembre) estableció como criterio de arbitrabilidad objetiva la patrimonialidad y la transaccionalidad de las pretensiones.

Se ha consagrado expresamente en el artículo 1, nos 1 y 2 que *“1.-Sin perjuicio de que por ley especial no esté sometido exclusivamente a los tribunales del Estado o a arbitraje necesario, cualquier controversia que verse sobre intereses de naturaleza patrimonial puede ser sometido por las partes, mediante convenio arbitral, a la decisión de árbitros. 2.-Es también válido un convenio arbitral respecto a una controversia que no envuelva intereses de naturaleza patrimonial, desde que las partes puedan celebrar transacción sobre el derecho controvertido.”*

El criterio de patrimonialidad (influencia suiza) significa que *“son arbitrables todas las controversias en las que estén en causa un derecho que tenga subyacente un interés susceptible de evaluación monetaria”* (32).

La transaccionalidad (de influencia alemana) establece que *“la presencia de situaciones jurídicas (‘intereses’) no-patrimoniales, cuyos litigios puedan ser superados por acuerdo entre las partes. Tal es el caso de litigios relacionados con pretensiones morales o, incluso, cuestiones que surjan de un divorcio o separaciones de bienes”* (33).

En la vigencia de la anterior Ley de arbitraje, Joana Galvão Teles afirmaba que *“empezando por el área del derecho concursal, se entiende que esta se encuentra exclusivamente atribuida a los tribunales ordinarios, siendo, así, inarbitrables de conformidad con el artículo 1, nº 1, 1ª parte de la LAV (en conjunto con otras materias, como, por ejemplo, el crimen). No obstante ser un proceso especialmente atribuido a la jurisdicción del Estado, han surgido voces cuestionando si será así o si, por lo contrario, se podrán destacar ciertos incidentes en los que se pueden someter al arbitraje”* (34).

▲ P 33

● P 34

Lo mismo defiende Catarina Serra (35), afirmando que la inarbitrabilidad del concurso no significa que todas las cuestiones que ahí surjan sean inarbitrables. En efecto, hay muchas controversias que son centrales para la realización de los fines del proceso concursal (*core issues* o *core claims*), como el relacionado con la verificación y la declaración de concurso, pero hay otros que no lo son (*non-core issues* o *non-core claims*), como la verificación de si cierto crédito o derecho debe ser considerado como del patrimonio de la insolvente. Estas pueden ser sometidas al arbitraje.

A la semejanza de lo que defiende Emílio Nunes Pinto, no vemos imposible que en lo que atañe a la recuperación judicial (Proceso Especial de Revitalización en Portugal) no haya cierto espacio para que algunas cuestiones, sobre todo las relacionadas con la implementación del plan de recuperación, sean sometidas al arbitraje, beneficiando de sus ventajas.

c) La relación entre jurisdicción arbitral y ordinaria en cuestiones estatutarias y de crisis societaria

Centrándonos en la Sentencia del STJ brasileño de 10.10.2018 destacamos su importancia por tratar con claridad las cuestiones relacionadas con la convivencia entre la jurisdicción estatal y la jurisdicción arbitral.

La cuestión que dio origen al presente litigio fue la introducción en el plan de recuperación judicial (*“plano de soerguimento”*) de una disposición que consagró la realización de un aumento de capital de la sociedad a recuperar (mediante capitalización

de créditos quirografarios, con la emisión de acciones ordinarias y bonus de subscripción), en el monto de doce mil millones de reales.

Con el objetivo de dar efectividad a tal medida, fue convocada una reunión extraordinaria de la Junta Directiva a ser realizada en 05.03.2018, pero una accionista minoritaria apeló de la decisión de homologación del plan de recuperación judicial, alegando que la previsión de un aumento de capital de la sociedad debe ser sometida a consideración de la Junta Directiva. El recurso fue recusado por la jurisdicción ordinaria.

Pretendiendo dar cumplimiento al plan aprobado y judicialmente homologado, la Junta Directiva de la sociedad en recuperación convocó una Junta General de accionistas para deliberar las operaciones necesarias al aumento de capital.

Sin embargo, la accionista minoritaria demandó la sociedad mediante procedimiento arbitral con el propósito de impedir la adopción de medidas previstas en el plan de recuperación.

Como reacción, la empresa en recuperación solicitó una medida cautelar para suspender el procedimiento arbitral, habiendo sido considerado procedente. El accionista minoritario apeló de dicha decisión al Superior Tribunal de Justicia brasileño que, en consecuencia, dictó la sentencia que se está analizando.

Por lo tanto, la presente sentencia viene a decidir sobre un conflicto positivo de jurisdicción, en la medida en que se consideraron competentes tanto la jurisdicción arbitral como la jurisdicción ordinaria.

P 34
P 35

Como señalado en el primer capítulo, existen dos posiciones antagónicas entre los jueces (“ministros”) del STJ: (i) la de Marco Buzzi; y la de (ii) Nancy Andrighi.

Marco Buzzi defiende que la competencia para apreciar la cuestión es del tribunal en el cual tramita la recuperación judicial pues están en causa cuestiones sobre intereses y bienes de la empresa en recuperación.

Dicha posición se basa en la idea de que el juicio de recuperación judicial es el más próximo a la realidad fáctica y jurídica de las empresas con dificultades financieras, habiendo por eso mayores y mejores condiciones de decidir sobre eventuales medidas judiciales dictadas en juicios diversos.

Considera que el laudo arbitral se inmiscuyo en la competencia del tribunal que decide de la recuperación judicial, en la medida en que suspendió cláusulas del plan judicial homologado por el tribunal competente.

En oposición, la jueza Nancy Andrighi defendió que, no obstante estar de acuerdo con el supuesto de que cabe al juez la competencia/deber de garantizar la legalidad del plan de recuperación, en el caso concreto, la supuesta ilegalidad en causa se prende con materia cuya apreciación fue delegada a la jurisdicción arbitral, por los propios estatutos de la sociedad en recuperación.

Esta posición se basa, en primer lugar, en la particularidad fáctica de que la supuesta ilegalidad del plan de recuperación está relacionada con materia delegada por dichos estatutos. En segundo lugar, se destaca que la jurisdicción arbitral y estatal no se excluyen mutuamente, siendo absolutamente posible su convivencia armoniosa, exigiéndose para tanto que sean respectadas sus esferas de competencia que tienen naturaleza absoluta.

En tercer lugar, la decisión aquí comentada no versa sobre la práctica de actos que contienden contra activos de la sociedad en recuperación, siendo la cuestión subyacente relacionada con la invalidez de la formación de voluntad de la deudora cuanto a disposiciones en ellas expresadas, al ponerse en causa los acuerdos de la Junta General de accionistas.

Por fin, y en cuarto lugar, concluye que la obligación de respetar el contenido de la manifestación de voluntad, sin embargo, no implica impedir el juicio que promueva el control en cuanto a la ilicitud de las medidas decididas en Junta General de accionistas.

Como hemos visto, se pueden considerar arbitrables tanto las cuestiones estatutarias como ciertas cuestiones de crisis societaria, lo que lleva a la necesidad de crear una convivencia entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción ordinaria. Es lo que esta sentencia intenta resolver.

El hecho de que ciertas materias estén incluidas en el plan de recuperación nada nos dice sobre la arbitrabilidad y la competencia.

En primer lugar, hay que identificar si esta controversia que resulta de materias insertas en el plan de recuperación inciden sobre la recuperación de la empresa y de la implementación del plan o sobre otras cuestiones, ya sean estatutarias o contractuales.

Siendo cuestiones de implementación del plan, y considerando este arbitrable, hay que identificar el convenio arbitral y saber si están dentro del ámbito de dicho convenio, pues estando el convenio en los estatutos de la sociedad, solo entran cuestiones societarias como hemos visto.

P 35
P 36

- Como en el presente caso apenas existía un convenio arbitral en los estatutos, y ningún convenio en el plan de recuperación, bien decide Nancy Andrichi, al considerar que incidiendo la controversia en asuntos societarios, el convenio arbitral inserto en los estatutos debe ser aplicado, y el tribunal arbitral es el competente.

Por curiosidad, cabe decir que en Portugal esta cuestión aquí planteada sería resuelta fácilmente dado que el artículo 87 del Código de Insolvencia y de Recuperación de Empresas establece la suspensión de los convenios arbitrables celebrados antes de la declaración de concurso, por lo que dejaría de tener efectos el convenio arbitral inserto en los estatutos de la sociedad.

Pero si existiera un convenio arbitral en el plan de recuperación, siempre sería obligatorio ver si la controversia está dentro del ámbito del convenio y si esta es arbitrable. O sea, cuando se está en un momento de crisis económico-financiera, nos movemos siempre en zonas muy grises de competencia y de arbitrabilidad.

d) Conclusiones

Del análisis de la sentencia que comentamos, concluimos que en primer lugar hay que identificar los problemas específicos en causa. Existiendo un convenio arbitral en los estatutos no hay dudas que las cuestiones relacionadas con el arbitraje societario son de la competencia del Tribunal Arbitral, con independencia de resultar de una cláusula inserta en el plan de recuperación. Y que estas cuestiones son arbitrables.

Al haber analizado también la cuestión de la arbitrabilidad de la situación de crisis societaria, nos hemos dado cuenta de que ciertas cuestiones relacionadas con el plan de recuperación pueden ser arbitrables, lo que nos lleva a concluir, que se puede poner un convenio arbitral en dicho plan.

Esto crearía más cuestiones sobre la armonización de las distintas jurisdicciones, pero la regla es siempre la misma, identificar si son arbitrables y si existe un convenio arbitral que las abarca. No obstante, no dejan de ser zonas muy grises de arbitrabilidad y de competencia.

P 36

References

- *) **Iñaki Carrera y Francisco da Cunha Matos:** Iñaki Carrera - Abogado. Asociado en el departamento de PLMJ Arbitraje. Francisco da Cunha Matos - Abogado. Asociado al departamento de PLMJ.
- 1) Traducción libre de: “Assim, por hipótese, caso o tribunal arbitral decida que determinados accionistas foram impedidos indevidamente de deliberar acerca de operações societárias constantes do plano de soerguimento, caberá ao juízo da recuperação adotar as medidas para alcançar esse fim, o que poderá resultar na alteração do plano mediante acréscimo de um aditivo, com a alteração de cláusulas específicas, ou em simples ratificação do conteúdo aprovado”.
- 2) Traducción libre de: “competente o Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem de São Paulo-SP para decidir acerca de controvérsias societárias decorrentes de disposição da Lei das S/A ou dos estatuto social da recuperanda, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andraghi”.
- 3) Sobre la arbitrabilidad societaria y concursal ver con más detalle nuestro artículo que será publicado en el nº 3 de la Revista PLMJ Arbitragem.
- 4) Art. 749 del Código de Comercio de 1833 portugués: “Toda disputa entre socios relativo a la sociedad, y sus dependencias, sea cual fuere su naturaleza, será siempre juzgada privativamente por árbitros comerciales. Es prohibido pactar en sentido contrario”. Traducción libre de “Toda a contestação entre socios relativa a sociedade, e as suas dependências, seja qual for a sua natureza, será sempre julgada privativamente por árbitros commerciaes. É prohibido estipular o contrario”.
- 5) Art. 294 del Código de Comercio brasileño: “Todas las cuestiones sociales que surjan entre socios durante la existencia de la sociedad o firma, su liquidación o distribución, serán decididas por Tribunal Arbitral”. Traducción libre de “Todas as questões sociaes que se suscitarem entre socios durante a existencia da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”.
- 6) Al igual que el art. 323 del Código de Comercio de 1829 español.
- 7) Traducción libre de: “O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”
- 8) Traducción libre de: “A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45”.

- 9) Diego Franzoni, *Notas sobre a Arbitrabilidade dos Litígios Societários no Direito Brasileiro*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Vol. X.-2017, Almedina, 2018, p. 10; Pedro A. Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2012, p. 183.
- 10) Diego Franzoni, *Notas...*, p. 11.
- 11) Diego Franzoni, *Notas...*, pp. 11-12.
- 12) Pedro Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, pp. 192-197.
- 13) Pedro Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, pp. 197-204.
- 14) Pedro Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, pp. 204-218.
- 15) Pedro Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, pp. 218-221.
- 16) Pedro Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, pp. 221-222.
- 17) Pedro Batista Martins, *Arbitragem no Direito Societário*, pp. 222-227.
- 18) Pedro Maia, *Arbitragem Societária: presente e prospectiva*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Vol. X.-2017, Almedina, 2018, pp. 48-49 e 61; y António Pedro Pinto Monteiro/Joana Macedo, *Some First Steps on the Difficult Road to a Coherent Class or Collective Arbitration Agreement regime in Europe? Portugal's Upcoming Shareholder Dispute Regime*, in X Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Edição Almedina, 2017, pp. 92-93.
- 19) <https://a.storyblok.com/f/46533/x/644d9d61e0/discussao-anteprojecto-diploma-legislativo-regras-arb-ma...>
- 20) António Sampaio Caramelo, *Arbitragem de litígios societários*, in Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano IX, 2011, pp. 62-64.
- 21) Pedro Maia, *Arbitragem Societária...*, p. 43.
- 22) Traducción libre de: “*competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litiscorrente ativo*”.
- 23) José Emílio Nunes Pinto, *A arbitragem na recuperação das empresas*, in Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, 2005, p. 323. Traducción libre de: “*embora eminentemente judicial a recuperação haverá sempre espaço para que as partes utilizem a arbitragem para assegurar a implementação do Plano de Recuperação, onde a especialização dos árbitros desempenhará um papel sumariamente relevante, sem mencionar a maior celeridade com que possam obter os resultados pretendidos*”.
- 24) Destacando el carácter innovador de la mencionada posición véase Joaquim Paiva Muniz y Ana Teresa Palhares Basílio, *Arbitration Law of Brasil: Practice and Procedure*, New York, Júris Publishing, Inc., 2006, p. 28.
- 25) Paulo Sales de Toledo, *Arbitragem e Insolvência*, in Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, 2009, p. 525, tradução libre de: “*não se tratando de crédito sujeito ao plano de recuperação, nada impede a propositura da ação, tanto por via judicial quanto arbitral. A peculiaridade do status da devedora, no entanto, recomenda cautela, uma vez que a decisão a ser proferida poderá repercutir na recuperação judicial, podendo até levá-la ao insucesso*”.
- 26) Decisão Monocrática n.º MC 14295/SP, dictada por el Superior Tribunal de Justiça brasileiro (Redactora Min. Nancy Andrighi).
- 27) Giovana Benetti, *Arbitragem e empresas em crise: o problema da arbitrabilidade objetiva*, in RJBL, Ano 5, n.º 1, 2019, p. 890.
- 28) Traducción libre de: “*o objeto da controvérsia submetida à arbitragem tem por escopo (i) a revisão e a redução do preço de aquisição da carteira de clientes da Interclínicas, (ii) declaração de quitação do preço total e (iii) a imputação de indemnizações*”.
- 29) Traducción libre de: “*o objeto da demanda (...) é de natureza patrimonial disponível, sendo (...) passível de submissão à arbitragem, nos termos do art. 1.º Lei 9.307/96*”.
- 30) Giovana Benetti, *Arbitragem e empresas em crise...*, p. 891, tradução libre de: “*a análise da arbitragem da matéria deve seguir a regra geral, focando, portanto, nos requisitos previstos pelo art. 1.º da Lei Brasileira de Arbitragem – a patrimonialidade e a disponibilidade do direito*”.
- 31) Se puede acceder a la versión española disponible en: https://www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislaçao_e_Regulamentos/Lei_da_Arbitragem_Voluntaria...
- 32) Joana Galvão Teles, *A Arbitrabilidade dos Litígios em Sede de Invocação de Exceção de Preterição do Tribunal Arbitral Voluntário*. in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 63-64. Traducción libre de: “*são arbitráveis todos os litígios em que esteja em causa um direito que tenha subjacente um interesse suscetível de avaliação pecuniária*”.
- 33) António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 94. Traducción libre de: “*postula a presença de situações jurídicas (“interesses”) não-patrimoniais, cujos litígios possam ser superados por acordo entre as partes. Tal o caso de litígios relativos a pretensões morais ou, até, a questões decorrentes de divórcio ou separação de bens*”.
- 34) Joana Galvão Teles, *A Arbitrabilidade dos Litígios...*, in *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 66.
- 35) Catarina Serra, *Arbitragem e insolvência. Os efeitos da declaração de insolvência sobre a arbitragem (Direitos portugueses e internacional)*, disponible en www.revistadedireitocomercial.com.

© 2019 Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company. All rights reserved.

Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwarbitration.com or contact our Sales staff at lrs-sales@wolterskluwer.com or call +31 (0)172 64 1562.



KluwerArbitration