

## **“EL ARBITRAJE EN LAS SOCIEDADES”**

*Por el Prof. Dr. Gualtiero Martin Marchesini*

*Clase magistral dictada por el autor en la “Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios” de la Facultad de Derecho de la UBA el 28 de abril de 2008. Se agradece la inestimable colaboración del ilustre profesor y estimado amigo Dr. Roque Caivano en la preparación de la misma.-*

**SUMARIO:** I. Aspectos Generales del Arbitraje. II. El Arbitraje en Materia Societaria. III. La Arbitrabilidad de los Conflictos Societarios. IV. Reformas a la Ley 19.550 y el Arbitraje. V.- El Decreto 677/01 y el Arbitraje VI.- Conclusiones.-

### **I.- ASPECTOS GENERALES DEL ARBITRAJE**

**1.- El arbitraje** es el medio más acabado de resolución de conflictos que mediante un laudo de cumplimiento obligatorio que puede ser de equidad o de derecho lo da por finiquitado.-

Otros medios son la conciliación y la mediación.-

#### **2.- HISTORIA:**

- a) Desde Fenicios y Caldeos resolvió conflictos entre comerciantes.
- b) A partir del S. XX adquiere relevancia inusitada.
- c) Abren senda la AAA desde 1906. Corte C.C.I. de Paris creada en 1923.-
- d) El arbitraje no mereció siempre la misma estima.
- e) Cod. de Comercio francés de principios S XIX lo impuso obligatoriamente para resolver toda diferencia entre los socios.-
- f) En 1859 lo hace el nuestro.

g) La Corte de Casación Gala en 1843 declara la nulidad de las cláusulas compromisorias en base a fundamentos que según Philippe Fouchard demostraban la desconfianza de los jueces respecto de los árbitros, que se la contagiaron a los legisladores que en 1856 derogaron la regla de arbitraje obligatoria para los conflictos societarios, rehabilitando hacia fines del S. XIX las cláusulas compromisorias en materia comercial.-

h) El C.C. Québec de 1992 caracteriza la convención arbitral como un contrato por el que las partes se obligan a someter un conflicto existente o **eventual** a la decisión de árbitros. La referencia a diferendo eventual es para aventar toda duda sobre la validez de las cláusulas compromisorias.-

### **3.- LEGALIDAD:**

**3.1. ARGENTINA:** Art. 736 a 765 del C.P.C.C. Nac. y 774 a 803 del CPCC Pcia. Bs. As. (juicio arbitral) y 804 a 810 amigables componedores.

Foro neutral; tribunal imparcial, ejecución sumaria.

Ley 23.187 Ej.: Profesión de abogado en C.F. Ar. 21 inc. Intervendrá como árbitro en las Causas que le sean sometidas Ley.-

Ley 5177 reformada por 12.277 de la Pcia. de Bs. As. Art. 19, inc. 18 impone como deber de los C.A. propiciar el establecimiento de centros de mediación, conciliación y tribunales de arbitraje.

### **3.2. INTERNACIONAL:**

Ley Uncitral -Comisión de la N.U. s/Dcho. Mercantil. Ley ecuatoriana. Ley chilena, Ley española, Ley noruega.-

En EE.UU.:

En la Corte Superior del Distrito de Columbia en Washington, el régimen de arbitraje fue dictado por la misma Corte en 1993. Los juicios civiles, transables donde no está comprometido el orden público se someten a arbitraje bajo el paraguas de la Corte; ese arbitraje no es

vinculante; un solo árbitro o 3 a elección de parte, los honorarios del árbitro son abonados por la Corte; el juez no interviene en el proceso; dictado el laudo el juez puede anularlo a pedido de parte en plazo de 15 días. El laudo no es vinculante pero si en 15 días por causales de incumplimiento del árbitro o 60 en casos de errores de cálculo se convierte en sentencia ejecutable.-

#### **4.- VENTAJAS:**

<b>Libertad en la elección</b>	<b>Seguridad</b>	<b>Menor formalidad</b>
<b>Rapidez.-</b>	<b>Economía</b>	<b>Discreción</b>
<b>Especialidad</b>	<b>Inmediatez</b>	<b>Excelencia</b>
<b>Confiabilidad</b>	<b>Legalidad</b>	<b>Flexibilidad</b>

**5.- CONFLICTOS SOMETIDOS A ARBITRAJE** – Transables no afectan el orden, la seguridad pública o los intereses de terceros.-

#### **6.- CLASES DE ARBITRAJE:**

- a) Institucional y Ad Hoc
- b) Voluntario – Forzoso – Art. 1353 C.C. para determinar precio de la cosa.-
- c) Art. 2621 C.C. Juicio de Peritos

#### **7.- CLÁUSULA COMPROMISORIA – COMPROMISO ARBITRAL – JURISDICCIONALIDAD**

El acuerdo arbitral La Ley Modelo lo define como el convenio por el cual las partes someten a arbitraje las controversias o ciertas controversias que surgieron o pueden surgir en una determinada relación jurídica.-

## **8.- EL REGLAMENTO ARBITRAL**

**Característica:** La flexibilidad amplia pero no irrestricta. Limitada por a) trato igualitario de las partes. B) La libertad de defensa, respeto del derecho de defensa, de prueba, de alegar y el trato igualitario entre las partes.-

## **9.- COMPETENCIA DIRECTA E INDIRECTA**

**10.- RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA –JUEZ Y ARBITRO** (iudicium imperium)

**11.- ARBITRAJE Y CODIGO DE COMERCIO:** El código de Comercio en sus arts. 448 y 449 ya establecía que las cuestiones entre socios de sociedades comerciales debían ser resueltas por **Arbitraje.-**

## **II.- EL ARBITRAJE EN MATERIA SOCIETARIA**

Una sentencia de la Sala E de la Exma. Cámara Nacional de Apelaciones Comercial de la Capital Federal del **año 2001** sostuvo que la **jurisdicción arbitral es de excepción** y el alcance de la cláusula arbitral debe interpretarse restrictivamente.-

Esta interpretación, especialmente aplicada en cuestiones societarias, encuentra su explicación en dos circunstancias concluyentes: por un lado, **la incomprensión (cuando no el inexplicable menosprecio) de algunos tribunales respecto del arbitraje y, por el otro, la idea de que las cuestiones societarias tienen, por sí mismas, una trascendencia que excede el mero interés particular y que justifica la tutela indelegable del Estado.**

### **ANTECEDENTES**

En forma paralela a la regulación procesal del arbitraje, el Código de Comercio francés de 1807 (arts. 51 a 63) disponía el arbitraje obligatorio en materia societaria, siguiendo así una tradición que venía desde la ordenanza de Moulins de 1560 y de la ordenanza terrestre –o Code Savary- de 1673, que obligó a agregar en todo contrato de sociedad o de seguro marítimo una cláusula sometiendo determinadas cuestiones a arbitraje. En términos más generales, la Revolución Francesa consideró al arbitraje como una de las

herramientas más eficaces contra los abusos del antiguo régimen, inscribiéndolo como parte integrante de la Declaración de los Derechos del Hombre, al concebirlo como “el medio más razonable de terminar un conflicto entre ciudadanos”. La Constitución del 3 de Setiembre de 1791 declaró “el derecho de los ciudadanos de terminar definitivamente sus conflictos por la vía del arbitraje no puede ser restringido por los actos del poder legislativo”.

En la Argentina, el arbitraje societario aparece regulado en nuestro primer ordenamiento mercantil. El Código de 1862, inspirado en el Código español de 1829 (que a su vez reconoce como fuente mediata la Ordenanza francesa de 1673 recogida por las Ordenanzas de Bilbao) sometió a arbitraje, **obligatoriamente y sin necesidad de pacto expreso**, todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante las existencia de la sociedad, su liquidación o división, “háyase o no estipulado así en el contrato de sociedad” (arts. 504,511 y 512)

La reforma de 1889 mantuvo el arbitraje societario en términos obligatorios, aunque con menor grado de fuerza, en tanto admitía la posibilidad de excluirlo mediante pacto expreso en contrario. Metodológicamente ubicado en el capítulo XI (“Del modo de dirimir las diferencias entre socios”) dentro del título III (“De las compañías o sociedades) del Libro segundo (“De los contratos de comercio”), el art. 448 del C. Com. Disponía que “todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, serán decididas por jueces arbitradores, a no ser que se haya estipulado lo contrario en el contrato de sociedad”.

Aunque no de manera tan genérica, el arbitraje aparece también impuesto por el codificador en algunas cuestiones suscitadas en las **sociedades civiles**. Al señalar las reglas aplicables a la liquidación de una sociedad, el **Código Civil** determina la forma en que habrán de repartirse las pérdidas y las ganancias. **La primera regla es que corresponde estar a lo convenido por las partes y que en caso de haberse pactado sólo la parte correspondiente a las ganancias, idéntica proporción se aplicará a las pérdidas.**

**La doctrina nacional de mediados del siglo XX, influida por la jurisprudencia francesa que mencionamos, comenzaba a mostrar signos de disconformidad con este mecanismo de solución de conflictos, en particular a raíz de la reprobable práctica de algunos árbitros que solían actuar como defensores de los intereses de quienes los designaban.**

La evolución ulterior agravó el concepto negativo, a punto tal que la jurisprudencia, restringiendo el alcance de la norma, no admitía el sometimiento a arbitraje en materia societaria respecto de:

- a) Los supuestos en que se cuestiona la existencia de la sociedad;
- b) Los casos en que no se aplica el contrato, sino la ley (su validez, la calidad de socio, la remoción del administrador, la disolución parcial, la rendición de cuentas);
- c) Las cuestiones de derecho;
- d) Las que se susciten entre la sociedad y el socio;
- e) Las causas por daños y perjuicios;
- f) Aquellas situaciones en que los socios no actúan en calidad de tal, que en verdad no son cuestiones societarias.

La reforma de 1972 (Ley 19.550) que derogó las reglas del Código de Comercio, eliminó toda mención o referencia al arbitraje societario. No solo dejó de imponerlo sino que ni siquiera sugirió la posibilidad de que las partes lo incorporaran mediante pacto expreso, seguramente bajo influencia de la prevaleciente aversión a la idea del arbitraje que todavía por entonces imperaba en la doctrina y la jurisprudencia.

La actual legislación argentina es inadecuada no remueve obstáculos, no genera seguridad jurídica.

Anteproyecto 1998 equiparaba el acuerdo arbitral a la cláusula compromisoria.

Anteproyecto 2001 se consideran incluidas las controversias entre sociedades, asociaciones, fundaciones y demás personas jurídicas y sus miembros, socios o asociados.-

La decisión de mayo/01 de la Inspección General de Justicia de favorecer la utilización del arbitraje para solucionar los conflictos societarios constituye un importante hito en la historia del arbitraje en la materia. En fecha 22 de mayo de 2001, se dictó la Resolución IGJ (G) N° 4/01, publicada en el Boletín Oficial del 24 de mayo de 2001.-

Resuelve la Inspección General de Justicia admitirá la inclusión de cláusulas arbitrales e los contratos de sociedades de responsabilidad limitada, en los estatutos de sociedades por acciones sometidas a su contralor y en los contratos de colaboración empresaria regulados por la Ley N° 19.550.-

El fundamento de aquella sentencia de la Sala E es que la jurisdicción arbitral es de excepción y el alcance de la cláusula arbitral debe interpretarse restrictivamente.

- a) La sociedad es un instrumento prevalecientemente privado.
- b) El alcance del acuerdo arbitral no puede interpretarse restrictivamente.

El arbitraje es, en efecto, una jurisdicción nacida de fuente convencional. Si bien es originariamente voluntario, se convierte en obligatorio para las partes cuando acuerdan –explícita o implícitamente someter ciertas cuestiones de sustancia patrimonial a una jurisdicción especial constituida por personas libremente designadas por las partes.

La competencia arbitral es fruto de una decisión libre y voluntaria de las partes.

La jurisdicción arbitral es una jurisdicción de excepción, si por tal entendemos que requiere un sometimiento voluntario de las partes; pero de ello no se sigue, necesariamente, que la amplitud o eficacia de ese acuerdo deba juzgarse de manera limitativa.

En tanto estamos en presencia de un acuerdo regido por el principio general del art. 1197 del Código Civil, no existen más restricciones que las que la propia ley establece. La interpretación de los alcances del acuerdo arbitral, en todo caso, debe hacerse siempre a favor del arbitraje y no en contra.

Una correcta interpretación del conjunto de normas aplicables lleva a concluir que solo son admisibles las restricciones legalmente establecidas. De allí que, dentro del marco de la autonomía de la voluntad, la posibilidad del arbitraje se nos presenta como amplísima, en particular si advertimos que toda la actividad comercial puede caer bajo su competencia, al ser –salvo raras excepciones- cuestiones de contenido patrimonial susceptibles de transacción.

Siendo esto así, no encontramos argumentos que permitan sostener que los acuerdos arbitrales contenidos en estipulaciones societarias deban interpretarse restrictivamente. La cláusula o acuerdo arbitral puede formar parte del contrato o estatuto societario, puede aparecer en un contrato para-societario o encontrarse implícito en determinados supuestos.-

Se trata, en definitiva, de considerar la “disponibilidad de los acuerdos sociales” y verificar su alcance. En la medida que se advierta que las decisiones de las asambleas –con criterio extensible a todos los órganos sociales- son revocables (art. 253, segundo párrafo, LS), se comprenderá que el derecho a impugnarlas es disponible y, como tal, arbitrable, ya que no existe en tales casos orden público afectado o afectable, excepción hecha de lo que se explicará en el párrafo d) de ese mismo capítulo. En tal sentido debe distinguirse el derecho a impugnar, que es subjetivo y, por tanto, disponible, de la disponibilidad objetiva, ligada a la naturaleza de la cuestión, que eventualmente podría no serlo.

En España, donde recientemente se ha modificado la legislación, un fallo del Tribunal Superior, del 18 de abril de 1998, ha determinado que en principio toda la materia societaria, en tanto comercial, es disponible y por tanto arbitrable, salvo aquello que esté fuera del poder de disposición de los socios.

### **En el Derecho Comparado**

Contrariamente a lo que sucede en nuestro país, donde el acuerdo arbitral fue sistemáticamente deslegitimado en materia societaria, en el derecho comparado internacional la posibilidad de resolver por arbitraje conflictos societarios no se discute, ni siquiera en materia de grupos de sociedades, tema por cierto mucho más complejo que el simple arbitraje entre socios o entre éstos y la sociedad.-

La Corte de París, en fallos del 30 de noviembre de 1988 y 14 de febrero de 1989, ha sentado como principio que “la cláusula compromisoria insertada en un contrato internacional tiene una validez y eficacia propias que impone aplicarlas a las partes directamente implicada en la ejecución del contrato y en los litigios que puedan suscitarse, de manera que en lo que hace a su situación contractual y sus actividades, debe presumirse que la cláusula de arbitraje ha sido aceptada por ellas, debiendo entenderse que conocen su existencia y aplicabilidad, así no hayan sido firmantes del contrato que lo haya establecido”.

En materia societaria, son escasas las situaciones que pueden quedar fuera del arbitraje, si se otorgó acuerdo en tal sentido.

En el derecho inglés, como regla, si las partes no optaron por un arbitraje y están sujetos a la jurisdicción de los tribunales ingleses, las controversias pueden ser resueltas en una sola acción llamada “joinder” o consolidation” (acumulación de acciones o procesos). Esta solución,



deseable para ahorrar tiempo y dinero y también para evitar probables decisiones contradictorias o inconsistentes, no se puede extender al arbitraje. Conforme la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, las partes pueden acordar libremente que el procedimiento arbitral se acumule a otros procedimientos arbitrales. Pero, a falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral no podrá acumular procedimientos arbitrales ni celebrar audiencias simultáneas (sección 35)

### **III.- LA ARBITRABILIDAD DE LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS**

La posibilidad de que las partes pacten, voluntariamente, el sometimiento a arbitraje para resolver conflictos que nazcan de relaciones jurídicas societarias no parece ofrecer demasiados puntos de duda. Verdaderamente, no encontramos ningún argumento jurídico que puede oponerse a reconocer, en ese ámbito, la plena aplicabilidad del principio de la autonomía de la voluntad. Al contrario, advertimos que existen sobrados antecedentes que, en adición a lo ya mencionado, demuestran la improcedencia y la falta de fundamentos de la doctrina judicial que lo ha restringido.

#### **(a) La histórica imposición legal del arbitraje en conflictos societarios**

Con independencia del derecho de las partes a convenir el sometimiento voluntario a juicio de árbitros, en muchos casos es el propio legislador quien dispone la forzosa derivación de ciertas controversias a decisión de árbitros. A partir de reconocer que la mayor flexibilidad procedimental, la celeridad y las características propias del arbitraje lo hacen un método apropiado para resolver los conflictos societarios, nuestro derecho nació, de la mano de sus fuentes históricas, imponiendo el arbitraje como el ámbito en el que debían resolverse los conflictos nacidos del seno de una sociedad.

En el Derecho Francés, pueden mencionarse el Edicto de François II de 1560, confirmado por la Ordenanza de Moulins y la Ordenanza Terrestre –Code Savary– de marzo de 1673. Estas normas, recogidas luego en el Código de Comercio de 1807 (artículos 51 a 63) instituían el arbitraje de manera obligatoria para el juzgamiento de controversias entre los socios. El arbitraje, en consecuencia fue el modo

natural, establecido por el legislador con independencia de una declaración de voluntad de los socios, de resolver las disputas que surgieran entre ellos, situación que se mantuvo durante 300 años, hasta la ley del 17 de julio de 1856 que dejó sin efecto la imposición legal del arbitraje. La reforma del artículo 631 del Código de Comercio por ley del 31 de diciembre de 1925 admitió de manera expresa la posibilidad de que las partes, voluntariamente, incorporen en sus contratos de sociedad cláusulas estableciendo el recurso al arbitraje para resolver las controversias que nacieran de ese contrato.

En el Derecho Español la evolución fue semejante. Las Ordenanzas de Bilbao (originariamente redactadas a mediados del siglo XVI, adicionadas y confirmadas en 1665 y 1737) contenían una recopilación de las viejas ordenanzas y de las costumbres comerciales no escritas junto con la legislación extranjera. Estas Ordenanzas contemplaban, en su Capítulo X, Ley 16, el arbitraje forzoso, obligando a insertar cláusulas de arbitraje en los contratos de sociedad: “Y porque al fin de las compañías, estándose ajustando sus cuentas, se suelen suscitar entre los interesados muchas dudas y diferencias, de las que proceden pleitos largos y costosos, capaces de arruinar a todos, como la experiencia lo ha demostrado, para evitar tales daños y para que las dudas, diferencias y pleitos sean decididos sumariamente, se ordena: que todos los que formaren compañía hayan de pactar y poner cláusula en la escritura que de ella otorguen, en la que digan y declaren que por lo referente a las dudas y diferencias que durante ella y a su fin se pudieren presentar, se obligan y someten al juicio de dos o más personas prácticas que ellos o los jueces de oficio nombraren, y que estarán y pasarán por lo que sumariamente juzgaren, sin otra apelación ni pleito alguno; cláusula que se les hará cumplir y observar bajo la pena convencional que también deberá imponerse, o a la arbitraria que los jueces señalaren”. Esta norma, inspirada en la legislación francesa mencionada en el párrafo precedente, fue luego recogida por el Código de Comercio Español de Sainz de Andino de 1829.<sup>1</sup>

**ARGENTINA:** Cód. Com. de 1862. Con esos antecedentes a la vista, Vélez Sársfield y Acevedo recogieron igualmente la institución del arbitraje legal forzoso en materia societaria. El Código de Comercio de 1862 dispuso que quedaban sometidas a arbitraje todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o división, “háyase o no estipulado así en el contrato de sociedad” (artículos 504, 511 y 512).<sup>2</sup> La reforma de 1889 mantuvo el arbitraje societario en términos obligatorios, aunque atenuó su

rigor, admitiendo un pacto en contrario, a través del cual el arbitraje quedaba excluido (artículo 448).<sup>3</sup>

Si bien puede no tratarse de un régimen exactamente asimilable al arbitraje que hoy conocemos, existieron en nuestro país los denominados “Tribunales de Concordia”, instituidos por el Reglamento de Institución y Administración de Justicia de 1812, que sólo estuvieron vigentes hasta su supresión por el Estatuto Provisional de 1815. Estos Tribunales funcionaban en distintas ciudades, con el objetivo de transigir o sofocar los litigios desde su origen. Para ello se organizó un “juicio de árbitros constituidos bajo una base que, fijando el término medio entre la arbitrariedad y el empeño de las partes, no sólo las avenga y componga, sino, en la imposibilidad de ello, determine si hay mérito o no a una cuestión judicial sobre hecho y derecho” (artículo 41). Con esa finalidad el tribunal debía “contraerse a poner en ejercicio todos los prudentes arbitrios de un amigable componedor; después de haber adquirido cabal conocimiento del asunto, y no teniendo efecto alguno sobre ellos pasará a librar formal sentencia sobre si resulta o no mérito a un litigio” (artículo 44). Tal decisión, según el monto del litigio, podía ser recurrida o no. Como se advierte, esta era una instancia previa a la actuación judicial (“ningún juez de clase alguna admitirá pleito por escrito, sin encabezar el pedimento de demanda del decreto del tribunal de Árbitros: pase a la justicia ordinaria”, conforme el artículo 45).

#### (b) El derecho de las partes a pactar el arbitraje

En la ley 19.550 no existe mención alguna respecto del arbitraje. Ello no fue obstáculo para que las partes, habituadas al arbitraje que hasta entonces devenía forzoso por imposición de la ley, siguieran incluyendo cláusulas arbitrales en los contratos de sociedad. Naturalmente, el efecto del silencio legal no es –ni puede ser– la prohibición ni la imposibilidad de convenir voluntariamente el arbitraje. En todo caso, la supresión de la obligatoriedad deja a las partes en libertad de decidir el modo de componer las controversias: si nada se pacta, la cuestión queda reservada a los tribunales judiciales; pero las partes pueden renunciar a la jurisdicción judicial, lo que se logra mediante la inclusión de una cláusula arbitral.

Este derecho de las partes reconoce, en general, fuentes históricas y constitucionales.

---

Entre las primeras, cabe recordar que el arbitraje no es la consecuencia de la crisis contemporánea del sistema judicial, ni una fórmula novedosa. Antes bien, coexistió desde tiempos inmemoriales con la justicia impartida por mandato del rey y encuentra antecedentes aún más remotos que la noción actual del Poder Judicial. Ello convierte al sometimiento voluntario de las partes a arbitraje en un derecho que, sin mayores esfuerzos, puede considerarse como un “derecho natural”.

Entre las segundas, pueden mencionarse ordenamientos constitucionales –algunos históricos, otros actualmente en vigencia– que reconocen a la potestad de las partes de convenir el sometimiento a árbitros de sus controversias el *status* de un derecho de rango constitucional, limitándose por esa vía la atribución reglamentaria del Poder Legislativo.

La Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 dispuso que el derecho de los ciudadanos de terminar definitivamente sus controversias por la vía del arbitraje no puede recibir limitaciones por los actos del Poder Legislativo (Título III, Capítulo V, artículo 5°). En términos similares, la Constitución Española de 1812 estableció que “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes” (artículo 280)

En la actualidad, la Constitución de Honduras (sancionada en 1982) establece que “Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento” (artículo 110); la Constitución de Costa Rica (sancionada en 1949 y reformada en 2001) dispone que “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente” (artículo 43); la Constitución Política de la República de El Salvador (de 1983, actualizada en el año 2000) establece que “Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles” (artículo 23); la Constitución Política del Perú (de 1993, con reformas en el año 2000) dispone que “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede

establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente” (artículo 62); la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (de 1999) prevé que “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos” (artículo 258, último párrafo).

Nuestra Constitución no contiene una norma tan categórica como las mencionadas, aunque a similar conclusión puede llegarse por la vía de interpretar armónicamente el texto constitucional, a partir de lo dispuesto en su artículo 19, que, en su párrafo final, prescribe que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Adicionalmente, como ha señalado la Corte, los arbitrajes nacidos de fuente convencional, en los que las funciones jurisdiccionales son asumidas por los árbitros como consecuencia de un acto voluntario de las partes y que recae sobre derechos de libre disponibilidad, son perfectamente compatibles con la Constitución Nacional, ya que si bien el artículo 18 asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (lo cual supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano judicial en procura de justicia) opera de modo de vedar actos que impidan, *contra la voluntad de las partes, el acceso al Poder judicial*.<sup>4</sup> Ello así, porque el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin reserva expresa, obsta a su ulterior impugnación con base constitucional: la seguridad jurídica se resentiría gravemente si fuera admisible y lograra tutela judicial la conducta de quien primero acata una norma y luego la desconoce.<sup>5</sup>

Ampliando este concepto la Corte señaló que “nada obsta a que tratándose de asuntos disponibles para las partes, éstas puedan excluir la revisión judicial, tanto más cuanto que en esos asuntos las partes son dueñas de someter la suerte de sus derechos al juego, la apuesta o la suerte o, incluso, renunciar a ellos. Es claro pues, que, *a fortiori*, las partes puedan pactar la exclusión de la jurisdicción judicial de revisión si les conviene. Tales alternativas son propias al arbitraje mismo, al que pueden quedar sujetas materias susceptibles de transacción en la que hay concesiones recíprocas guiadas por la equidad de los árbitros. Las partes pueden siempre, en asuntos disponibles para ellas, llegar hasta la renuncia de un derecho si esta alternativa conviene a sus intereses. Y si pueden abdicar de un derecho de modo directo, nada impide que lo sometan al azar acudiendo al vestido arbitral, que puede ser de un juego, apuesta o un echar suertes de modo que las partes disponen también renunciar a los recursos judiciales

---

aún pactando duras penas de multa para quien quisiera abandonar aquel camino. Y no es dable afirmar con arrogancia que un proceso judicial pueda hacer más equidad que aquellos métodos, pues la crisis actual de la seguridad jurídica conduce a las partes a elegir alternativas de solución de controversias prescindentes de la jurisdicción estatal cuando el ordenamiento les permite hacer tal elección. Si el laudo al fin afectase el orden público estatal sus jueces no podrían reconocerlo pero en este caso nadie ha invocado la gravedad del orden público ni aparece manifiesta a los ojos de esta Corte. Si las partes quisieron excluir apelaciones judiciales y tal exclusión es válida, no han de llamar a las puertas de los tribunales estatales. No ha de permitírseles venir contra sus propios actos de ayer: ‘tú lo quisiste tú te lo ten’. Esta vieja regla hispana es esencial para la vida del arbitraje como método alternativo de solución de controversias allende los estrados judiciales”.

Como se ha visto, el derecho de las partes a convenir el arbitraje en contratos de sociedad fue, en muchas oportunidades, cercenado por los jueces. Esa jurisprudencia instaló la idea de que había, en materia societaria, reglas distintas de las que rigen para otros contratos. A tal punto que fue necesario un expreso pronunciamiento de la Inspección General de Justicia, declarando lo obvio: **que nada impide a las partes incluir en los contratos de sociedad una cláusula arbitral**. Es por ello que el organismo debió dictar una norma reglamentaria reconociendo que una cláusula arbitral “resulta admisible bajo los alcances que el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes reconoce en materia societaria”. Admitiendo que el contenido de la norma puede resultar de una obviedad manifiesta, tuvo que aclarar que lo hacía por considerar “apropiado declarar expresamente su viabilidad en aras de propender a su mayor difusión, con la consiguiente ampliación de sus posibilidades de empleo útil en la práctica”. Sobre esa base, resolvió que la Inspección “admitirá la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de sociedades de responsabilidad limitada, en los estatutos de sociedades por acciones sometidas a su contralor y en los contratos de colaboración empresarial regulados por la Ley N° 19.550”, y declaró “de uso opcional” las cláusulas modelo que transcribe en los anexos de la misma resolución, disponiendo que, respecto de ellas, “el Departamento Precalificación se limitará a verificar la fidelidad con sus términos de la cláusula incluida en el documento registrable”.

(c) Los anteproyectos de ley de arbitraje y algunas normas del Derecho comparado

Si bien no pueden invocarse como fuente formal de derecho –en un caso, porque no han recibido sanción legislativa y en el otro porque provienen del Derecho comparado– no es ocioso mencionar que tanto los dos últimos anteproyectos de ley de arbitraje como muchas normas extranjeras han incluido expresas previsiones sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias.

El Anteproyecto de ley de arbitraje elaborado en 1998 equiparaba al acuerdo arbitral la cláusula contenida en contratos o estatutos de sociedad. El párrafo tercero del artículo 9 decía: “Es válida como acuerdo la cláusula de los contratos o estatutos de sociedades, asociaciones, fundaciones y demás personas jurídicas, exceptuadas las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones, estableciendo el arbitraje como forma de resolver las controversias con sus miembros, socios o asociados, las que surjan entre éstos, las relativas al cumplimiento de los estatutos o validez de sus acuerdos o resoluciones y las que versen sobre cuestiones relacionadas con las actividades, fines u objeto social”.

En términos similares, el Anteproyecto elaborado entre 2000 y 2001, luego de enunciar que son arbitrables las cuestiones versen sobre derechos disponibles, considera incluidas entre ellas “las controversias entre sociedades, asociaciones, fundaciones y demás personas jurídicas y sus miembros, socios o asociados, y las de estos entre sí, relativas a sus acuerdos particulares, al cumplimiento de los estatutos o contratos sociales, nulidad de sus acuerdos, resoluciones o asambleas, o relacionadas con las actividades, fines u objetos sociales. Se exceptúan las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones. El acuerdo arbitral podrá estar contenido en los estatutos o en el contrato social”.

En Perú, el artículo 12 de la Ley de Arbitraje dispone expresamente que “Constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social”.

En el Derecho italiano, si bien se aceptaba con carácter general la validez de los acuerdos arbitrales contenidos en contratos de sociedad, se discutía la arbitrabilidad de ciertas cuestiones, como por ejemplo las

inherentes a la responsabilidad de los administradores y a la nulidad de las decisiones asamblearias. La primera de ellas se había resuelto en el sentido de su admisibilidad, dado que se trata de cuestiones transigibles o renunciables; la segunda había sido resuelta por la jurisprudencia siguiendo el principio general según el cual el arbitraje es admisible si la potestad de impugnar una decisión de la Asamblea es concedido al socio en tutela de su interés personal, siendo por el contrario inadmisibles cuando se intentaba tutelar intereses colectivos de los socios o de terceros. De cualquier forma, la solución parece ahora más clara, desde la sanción del Decreto Legislativo N° 5/2003. Esta norma, en su artículo 34, inciso 1°, establece que los actos constitutivos de sociedades –excepto aquellas que hacen oferta pública– pueden incluir una cláusula compromisoria disponiendo el sometimiento a juicio de árbitros de controversias que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad, que tengan por objeto derechos disponibles relativos a las relaciones sociales; delimitando en su inciso 5 que se excluyen aquellas controversias en las cuales la ley prevea la intervención obligatoria del Ministerio Público.

En Brasil, similar debate motivó la sanción de una norma expresa. La Ley 10.303, del 31 de octubre de 2001 (modificatoria de la Ley de Sociedades) incorpora al artículo 109 de ésta, un inciso disponiendo que “El Estatuto de la sociedad puede establecer que las divergencias entre los accionistas y la compañía, o entre los accionistas controlantes y los minoritarios, podrán ser resueltos mediante arbitraje, en los términos que aquel especifique”. Esta norma, que se ha reputado innecesaria, ha sido interpretada en sentido amplio, extendiendo la obligatoriedad de la cláusula no sólo respecto de los socios que expresamente fueron parte en el Estatuto, sino de quienes se incorporen con posterioridad, y aún de la propia sociedad.

(d) La vuelta al arbitraje legal en materia societaria

En el año 2001, en uso de facultades delegadas por el Congreso, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 677/01 (conocido como Ley de Transparencia del Mercado de Capitales). Entre sus objetivos enuncia los de promover el desarrollo, liquidez, estabilidad, solvencia y transparencia de los mercados financieros y crear mecanismos que permitan garantizar la eficiente asignación del ahorro hacia la inversión; crear confianza y seguridad para abaratar el costo del capital y aumentar el financiamiento de las empresas; y establecer un marco regulatorio que consagre jurídicamente principios tales como los de “información plena”, “transparencia”, “eficiencia”, “protección del público inversor”, “trato igualitario entre



inversores” y “protección de la estabilidad de las entidades e intermediarios financieros”. Las medidas que adopta y las acciones que propone se dirigen principalmente, como señalan los considerandos, hacia el fortalecimiento de los derechos de los inversores y del sistema de información pública disponible, la jerarquización de la regulación y sanción de las conductas disvaliosas en el ámbito de la oferta pública, la mayor transparencia en los procedimientos de cambios de control en los emisores de acciones en el mercado, *la regulación y el impulso de mecanismos particulares de solución para aquellas sociedades con oferta pública que se hallan sometidas a un control casi total que atenta contra la liquidez de los valores*, la corrección de las debilidades del marco regulatorio y legal vigente, la agilización de las formas de resolución de conflictos en el mercado y el mejoramiento de la regulación de ciertas operaciones típicas en los mercados de capitales. Explica luego que “adopta en el ámbito de los mercados autorregulados un sistema de arbitraje obligatorio para los emisores y optativo para los inversores, que constituirá un elemento fundamental para otorgar al mercado la confianza en un sistema que garantiza la aplicabilidad de la ley y la seguridad jurídica de los inversores”.

Concretamente, en su artículo 38, el Decreto 677/01 dispone que: “Dentro del plazo de seis (6) meses contados desde la publicación del presente Decreto, las entidades **autorreguladas deberán crear en su ámbito un Tribunal Arbitral permanente al cual** quedarán sometidos en forma obligatoria las entidades cuyas acciones, valores negociables, contratos a término y de futuros y opciones coticen o se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores. **Quedan comprendidas en la jurisdicción arbitral 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**. Del mismo modo deberán proceder las entidades autorreguladas **respecto de los asuntos que planteen los accionistas e inversores con relación a los agentes que actúen en su ámbito**, excepto en lo referido al poder disciplinario. En todos los casos, los reglamentos deberán dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores en conflicto con la entidad o con el agente, para optar por acudir a los tribunales judiciales competentes. En los casos en que la ley establezca la **acumulación de acciones** entabladas con idéntica finalidad ante un solo tribunal, la acumulación se efectuará ante el **Tribunal Arbitral**. También quedan sometidas a la jurisdicción arbitral establecida en este artículo las personas que efectúen una oferta pública de adquisición respecto de los destinatarios de tal adquisición.”

Asimismo, el artículo 4º, que fija el régimen legal de los valores anotados en cuenta o escriturales, dispone que “se podrán expedir comprobantes del saldo de cuenta a efectos de legitimar al titular para reclamar judicialmente, *o ante jurisdicción arbitral en su caso*, incluso mediante acción ejecutiva si correspondiere, presentar solicitudes de verificación de crédito o participar en procesos universales para lo que será suficiente título dicho comprobante, sin necesidad de autenticación u otro requisito” y que “su expedición importará el bloqueo de la cuenta respectiva, sólo para inscribir actos de disposición por su titular, por un plazo de treinta (30) días, salvo que el titular devuelva el comprobante o dentro de dicho plazo se reciba una orden de prórroga del bloqueo del juez *o Tribunal Arbitral* ante el cual el comprobante se hubiera hecho valer” (inciso e).

En su artículo 23, luego de establecer la obligación del adquirente de acciones de una sociedad cotizante que importen alcanzar su control, de promover previamente una oferta pública obligatoria de adquisición o canje de valores, dispone que cuando esa obligación se haya incumplido, sin perjuicio de sus facultades propias, la Comisión Nacional de Valores “podrá instar el procedimiento arbitral previsto en el artículo 38 del presente Decreto, pudiendo también requerir las medidas cautelares que considere pertinentes”.

El artículo 27, tendiente a garantizar los derechos de los accionistas minoritarios, obliga al controlante a hacer una oferta de compra a la totalidad de los accionistas minoritarios. Si luego de sesenta (60) días de intimada, el controlante no lo hiciera, “el accionista puede demandar que se declare que sus acciones han sido adquiridas por la persona controlante, que el *tribunal judicial o arbitral* competente fije el precio equitativo en dinero de sus acciones, conforme las pautas del artículo 32 inciso d) del presente Decreto, y que la persona controlante sea condenada a pagarlo”. Aclara luego que “en cualquiera de los casos previstos en el presente artículo, incluso para todos los fines dispuestos en el párrafo precedente, o para impugnar el precio o la relación de canje, regirán las normas procesales establecidas en el artículo 30 del presente Decreto. Estas normas regirán igualmente cuando los accionistas minoritarios opten por el *procedimiento arbitral* previsto en el artículo 38 del presente Decreto”. En ese marco, conforme lo dispone el artículo 30, el accionista puede impugnar el valor asignado a las acciones, alegando que el asignado por la persona controlante no es un precio equitativo. En ese trámite “intervendrá el Tribunal Arbitral previsto en el artículo 38 del presente Decreto o, en caso de que el accionista minoritario opte por la impugnación judicial, el

tribunal con competencia en materia comercial de la jurisdicción que corresponda al domicilio de la sociedad controlada. La totalidad de las impugnaciones que presenten los accionistas minoritarios y, en su caso, los titulares de otros títulos convertibles, serán acumuladas para su trámite ante el mismo tribunal”.

El Decreto 677/01, en definitiva, **crea un sistema de arbitraje** parcialmente (unilateralmente) obligatorio para resolver cuestiones que se planteen en el ámbito de sociedades que hacen oferta pública de sus acciones. **El arbitraje previsto en la norma es obligatorio para los emisores y optativo para los inversores, y está previsto, en general, para resolver los conflictos que se produzcan con relación a las transacciones sobre acciones,** valores negociables, contratos a término y de futuros y opciones que se negocien dentro de su ámbito; a las acciones derivadas de la Ley de Sociedades, incluyendo las relativas a la impugnación de resoluciones de los órganos sociales y acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas; y a los asuntos que planteen los accionistas e inversores con relación a los agentes que actúen en su ámbito (excepto en lo referido al poder disciplinario).

Más allá de algunos aspectos de esta norma que pueden ser merecedores de observaciones, la conclusión más evidente que puede derivarse de los principios y reglas que instituye, es que, si una norma con rango de ley (cuya constitucionalidad, hasta donde conocemos, no ha merecido reproche judicial) impone –aun unilateralmente– el arbitraje para resolver conflictos societarios nacidos de entes que hacen oferta pública de sus títulos, sería incongruente negar a los particulares la facultad de pactar, voluntariamente, el sometimiento de esas mismas cuestiones a arbitraje, en sociedades que no cotizan.

Debe recordarse que, respecto de sociedades que hacen oferta pública de sus títulos, debido precisamente a ese carácter público, es razonable que pueda restringirse la atribución de convenir el arbitraje, en protección de los intereses generales que suelen involucrarse. Esta clase de sociedades están regidas por un régimen publicístico, de tinte institucionalista, sujeto a regulaciones estaduales constantes, que afectan el crédito y hasta el mercado bursátil, que justifican apartarse de las reglas previstas para las sociedades en general, y someterlas a un régimen diferenciado y a un control permanente. Esa circunstancia justificaría que se impongan, para las sociedades que se encuentran en esta situación, restricciones al alcance de las cláusulas arbitrales que se hubieran incluido en los contratos y que exista una zona de reserva en favor de la justicia del Estado, para resolver

en forma exclusiva a través del Poder Judicial aquellos conflictos que afecten intereses generales.

En consecuencia, si por ley se ha considerado que son arbitrables –aun en ausencia de un consentimiento pleno de ambas partes– las cuestiones litigiosas que puedan derivarse del funcionamiento de una sociedad que cotiza, no puede lógicamente argumentarse que el arbitraje libremente pactado por todas las partes, para conflictos que nazcan de sociedades cerradas –que no pueden afectar más intereses que los patrimoniales de sus integrantes vean disminuida su fuerza vinculante y su alcance.

#### **IV.- REFORMAS A LA LEY 19.550 Y EL ARBITRAJE**

Los diferendos societarios en nuestro país, reconocen una referencia histórica al arbitraje. El art. 448 del C.Com. lo disponía en estos términos: “*Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, serán decididas por Jueces arbitradores, a no se que se haya estipulado lo contrario en el contrato de la sociedad*”. Sin embargo, la práctica había desnaturalizado el instituto, ya que los tribunales arbitrales no tenía una gran aceptación entre nosotros, los códigos de procedimiento no eran precisos en la forma de constituir el tribunal arbitral, y a la postre la jurisdicción arbitral derivada de la ley o de una cláusula compromisoria terminaba transformada en una primer contienda para constituir el tribunal, una segunda para ventilar el diferendo en el arbitraje, y una tercera que era la revisión judicial por vía de la nulidad.

En los últimos años, a raíz de la fecunda experiencia en el país de Tribunales Arbitrales como los instituidos por la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, la de Rosario, y la Cámara Argentina de Cereales, la Cámara Argentina de Comercio, y el creciente sometimiento de cuestiones de importancia a la Cámara Internacional de Comercio (International Chamber of Commerce) con sede en Paris, y algunas otras similares, se advierte un renacer de la jurisdicción arbitral y un mayor respeto por los laudos emitidos por estas entidades. Por su parte, la res. 4/2001 IGJ del 22/5/2001, admite la previsión del arbitraje para solucionar conflictos societarios y la doctrina es favorable a su empleo<sup>6</sup>.

El proyecto de reforma de la ley 19.550 y sus reformatorias, redactado por Anaya, Bergel y Etcheverry, recoge toda esta rica

---

experiencia jurisprudencial y legal; y en su art. 15 introduce un sistema arbitral.-

Este proyecto somete obligatoriamente a la jurisdicción de los tribunales arbitrales permanentes organizados por las bolsas o mercados que agrupan a las sociedades que cotizan en bolsas o mercados, con referencia a las acciones derivadas de la ley comercial contra las sociedades o los integrantes de sus órganos, como así también las derivadas de otras leyes que rijan la emisión de los valores negociables cotizados y los derechos de sus titulares. También están sometidos a éste arbitraje las personas que efectúen oferta pública de adquisición de acciones o valores.-

La aceptación es optativa para accionistas e inversores en conflicto con la sociedad o con los integrantes de sus órganos como así también los destinatarios de la oferta pública pueden optar por la jurisdicción de los tribunales judiciales.-

La iniciativa incluida en la segunda parte del art. 15 es loable, y digna del mayor elogio, incluso la fórmula optativa elegida en general y la obligatoria para los diferendos. En nuestra opinión se deberían precisar algunas cuestiones con mayor detalle, para que la cláusula compromisoria sea efectiva. Veamos:

Es acertado que la inclusión de la **cláusula compromisoria sea facultativa de los constituyentes de la sociedad**, y en consecuencia deba ser prevista en forma expresa en **el contrato constitutivo**. Pero en ese caso se debe imponer:

- i. **la determinación del tribunal donde las partes deberán someterse;**
- ii. **la forma de designación de los árbitros en el caso que el tribunal elegido no lo prevea,**
- iii. **el procedimiento o trámite con arreglo al cuál se ventilará la cuestión,**
- iv. **una multa para quienes incumplan la constitución del tribunal.**

Es acertado también el sometimiento obligatorio en el caso de oferta pública y de los operadores.

La opción por **declinar la jurisdicción arbitral** y someterse a la judicial, exigen mayores precisiones, a saber:

- i. **Entre los legitimados activos se indica al “...accionista, inversor o destinatario de la oferta pública...”. Debe reemplazarse la indicación del accionista, por socio.**
- ii. En la opción del socio, inversor o destinatario de la oferta pública como legitimado activo de la acción, debería prever la ley

hasta cuando puede éste optar, a cuyo efecto es menester prever un plazo para notificar extrajudicialmente, o en sede administrativa, dicha elección previo a la promoción de la acción. Podría también la ley simplemente adoptar la fórmula que el “...estatuto debe prever las condiciones para el ejercicio de la opción”.

iii. Siendo la sociedad actor, o cuando la jurisdicción arbitral es solicitada por otro legitimado activo (socio, inversor, etc.) que involucre a quien podía declinar la jurisdicción, también debe prever la ley hasta cuando puede declinar la jurisdicción.

iv. El sentido de exigir que los plazos para ejercer la opción sean claros, sea que los prevea la ley, o que deban incluirse necesariamente en el estatuto, tiene como finalidad evitar cualquier dilación en la promoción de la acción definitiva, y que nunca se someta a revisión judicial el ejercicio de la declinación o de la opción. La experiencia del juicio sobre cada actuación arbitral, especialmente la constitución del tribunal, es variada y frecuente entre nosotros.

v. Litis consorcio. No es justa la fórmula utilizada para el litisconsorcio. Por la forma de incorporar al litisconsorte, da la impresión que debe someterse a la decisión de quien hubiere iniciado la acción (sea por mayor número de acumulaciones o prevención), y no deja margen para que opte por la vía judicial si desea declinar la arbitral. debe ser previsto.

vi. La ley debe prever como requisito a incluir en la cláusula arbitral, las siguientes posibilidades: (i) renuncia a la revisión posterior en cualquier otra sede, aún cuando ello tiene un limitado alcance en lo que respecta al “recurso de nulidad”<sup>7</sup> que prácticamente en todas las jurisdicciones es admitido contra los laudos arbitrales, en condiciones restrictivas, (ii) posibilidad de una apelación ulterior, en cuyo caso se deberá prever el tribunal competente al efecto.

## **V.- EL DECRETO 677/01 Y EL ARBITRAJE**

El Dto. 677/01 que delega en los Tribunales Arbitrales de las Bolsas de Comercio o entidades autorreguladas, dirimir ciertas cuestiones vinculadas con sociedades autorizadas a la oferta pública, a la cotización y negociación abierta de los valores por ellas emitidos.

---

Este decreto auto-denominado régimen de transparencia en el mercado de capitales, incorpora una novedad en el derecho argentino, al imponer un arbitraje cuasi forzoso para las sociedades que cotizan en nuestros mercados de valores.-

Repasando las distintas clases de arbitrajes, debemos recordar que el conocido como voluntario es el que ha nacido por la inserción de una cláusula compromisoria en un contrato o derivado de un acuerdo celebrado espontáneamente entre dos o más partes. Se convierte en obligatorio luego de haberse firmado esa cláusula o ese pacto, o, como cuando surge de una disposición legal, como ocurría en el Código de Comercio cuyos artículos 448 y 449, en los que establecía que las cuestiones entre socios de sociedades comerciales, debían ser resueltas por Arbitraje.-

Pero este arbitraje obligatorio puede ser forzoso o no forzoso. En este sentido, no es forzoso si las partes pueden renunciar a él, y sea en forma expresa o en forma tácita. Se da esta última forma de renuncia cuando alguien que está vinculado a un arbitraje por una cláusula compromisoria, es demandado ante la justicia ordinaria o estatal y no opone una excepción de competencia, quedando sujeto por tanto a esta última jurisdicción. Y por lo tanto ambas partes han renunciado al derecho: uno al demandar ante la justicia ordinaria, y el otro al aceptar la jurisdicción.-

También es del caso hacer la aclaración de que existen dos tipos de arbitraje: El Arbitraje ad hoc y el Arbitraje administrado o institucional.

El decreto 677 se refiere a un arbitraje institucional o administrado, por que dispone que las cuestiones a las que se refiere se han de dirimir ante los tribunales arbitrales que deben crear las entidades autorreguladas. Por otro lado, las sociedades que cotizan en una Bolsa u otro mercado autorregulado autorizado son las únicas que quedan sometidas al sistema del decreto, por lo que su régimen queda a un ámbito y a una esfera muy específica vinculado con operaciones realizadas con títulos o valores negociables que se cotizan o negocian en esos mercados, lo que pone un marco a la aplicación de ese decreto. Estas sociedades abiertas han sido previamente autorizadas por la Comisión Nacional de Valores, que como resulta de la ley 17.811, es la autoridad federal dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, que ejerce el control estatal en todo lo que se refiere a la negociación pública de valores negociables.

Ahora bien, el arbitraje obligatorio impuesto por el Decreto es parcialmente forzoso por lo siguiente: el artículo 38 –que es el que fundamentalmente se refiere a este arbitraje- establece que es una

obligación de las compañías cotizantes a someterse al arbitraje institucional, que, sin embargo, no es obligatorio para los accionistas o inversores vinculados con esas sociedades, los que pueden optar por recurrir a la justicia ordinaria y estatal.- Esto significa que resulta ser forzoso para la sociedad emisora de los valores negociables, pero no para los accionistas e inversores.

Al hablar la ley de **accionistas** e **inversores** alguna doctrina trata de establecer una diferencia entre unos y otros diciendo que los **accionistas** tienen un “**affectio societatis**” por el que están vinculados en forma más o menos **permanente con** la sociedad y los **inversores** aunque sean también accionistas ingresan al mercado de capitales con miras de hacer una operación especulativa y no están comprometidos con el quehacer de la empresa y buscan sólo obtener una rentabilidad a través de la diferencia de precio. La ley no establece ninguna diferencia vinculada con la intención o permanencia de los accionistas y regula las sociedades abiertas y cerradas bajo un mismo tipo. La distinción es atinada ya que la oferta pública o la cotización no siempre se refiere a acciones, sino que también pueden ser las obligaciones negociables.-

Esta disposición quiebra la naturaleza del arbitraje nacido en la espontánea voluntad y el libre albedrío de las partes que optan por él. En este caso al convertirse para la sociedad emisora en forzoso, sus principios pueden ponerse en duda y de allí la crítica que le hicieron autores como Segovia y Malagarriga.-

La mala imagen de este método se ha debido a la judicialización del arbitraje ya mencionado impuesto por el Código de Comercio en materia de sociedades, derivada de la naturaleza ad hoc del mismo, que impone la necesidad **de recurrir a los tribunales ordinarios, ante la renuencia de una de las partes para constituir el tribunal o para acordar** los términos del compromiso, con la demora que producen los trámites y recursos propios de todo juicio, lo que aparejó un verdadero **caos jurisprudencial al respecto y redundó, en definitiva, en un desprestigio enorme al arbitraje.**

Este escenario ha cambiado actualmente porque se ha hecho presente en los últimos años, el Arbitraje institucional o administrado, que no presenta los inconvenientes del arbitraje ad hoc que preveía el Código de Comercio. Al respecto pueden mencionarse como ejemplos el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, que cuenta ya una antigüedad de cuarenta años y los más recientes Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Rosario, de Córdoba, de Bahía Blanca, a los que se recurre cada vez con mayor intensidad.



Esto significa que el legislador ha creído que ha llegado el momento de confiar en estos tribunales institucionalizados atribuyéndoles una jurisdicción especial, que, en el caso, resulta ser obligatoria y semi forzosa, similar a la del Estado. Es decir, que se ha confiado en los tribunales arbitrales institucionales de las bolsas y demás entidades autorreguladas, en razón de que, hasta ahora, han dado buenos resultados, a lo que se une el hecho de que por tratarse de tribunales creados por Bolsas que tienen mercado de valores adheridos, se ha cosechado experiencia en materia de sociedades cotizantes o abiertas.-

La Comisión Nacional de Valores ha reglamentado el citado artículo 38 imponiendo a las Bolsas o mercados autorregulados la creación de éstos tribunales arbitrales, pues algunos carecen de ellos, por lo que deberán reformar sus estatutos o dictar los reglamentos necesarios para instalarlos y hacerlos operativos. En el caso de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, teniendo en consideración que ya cuenta con su tribunal arbitral, el Consejo Directivo ha dictado una resolución por la que se dispone que dicho tribunal es el que ha de entender en la resolución de los conflictos derivados del decreto 677, extendiéndole así la competencia para entender en los supuestos contemplados en dicha norma.-

En ésta se establecen varios supuestos de arbitraje. El principal de ellos está en el artículo 38 que dice: El artículo 38 del Decreto establece lo siguiente: Arbitraje. Dentro del plazo de SEIS (6) meses contados desde la publicación del presente Decreto, las entidades autorreguladas deberán crear en su ámbito un Tribunal Arbitral permanente al cual quedarán sometidos en forma obligatoria las entidades cuyas acciones, valores negociables, contratos a término y de futuros y opciones coticen o se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores. **Quedan comprendidas en la Jurisdicción arbitral 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.-

**Debe resaltarse que quedan comprendidas en ésta jurisdicción arbitral todas las acciones derivadas de la ley 19.550,** o sea que está dando una competencia especial a los tribunales arbitrales, sustrayendo de la competencia de los jueces ordinarios todas las cuestiones emergentes de la ley de sociedades, vinculadas con las sociedades cotizantes, para trasladarla a aquella jurisdicción. Aclara la extensión de ésta jurisdicción al decir que

quedan comprendidas dentro del arbitraje las acciones vinculadas con las impugnaciones a las resoluciones de los órganos sociales, a las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos. Vale hacer la salvedad de que cuando el Decreto habla de todas las acciones derivadas de la ley 19.550, no se hace alusión a las que específicamente la ley de sociedades menciona en su articulado, sino que se refiere a toda y cualquier acción emergente de una relación societaria con las sociedades que cotizan, aclarando, para mayor precisión, que también quedan comprendidas las acciones de impugnación de las resoluciones de sus órganos, ya se trate de decisiones asamblearias como del directorio.- Esta aclaración es, sin embargo, meramente ejemplificativa, desde que, el marco general es la aplicación de todas las relaciones vinculadas con las sociedades.

Esta jurisdicción arbitral obligatoria y forzosa, no solamente se refiere a las sociedades que cotizan, se refiere también a los agentes que actúen en su ámbito, en todo lo que se refiere a sus relaciones con sus comitentes.-

De la interpretación del decreto debemos entender por extensión que también quedan sujetas a la jurisdicción arbitral no solamente las compañías emisoras de valores negociables sino también los operadores en cuanto realicen estos tipos de operaciones quedando por tanto sujeto a la jurisdicción del T.A. Institucional de la Bolsa los conflictos entre agentes o entre éstos y un comitente.

La jurisdicción arbitral es forzosa para los conflictos entre las sociedades emisoras y los agentes, no siendo tal para los accionistas o inversores en conflicto con la entidad o con el agente quienes pueden optar por acudir a los Tribunales ordinarios.-

También quedan sujetas a la jurisdicción arbitral no solamente las compañías emisoras de valores negociables sino también los operadores en cuanto realicen esos tipos de operaciones.

El Dto. 677/01 dice expresamente que en todos los casos los reglamentos societarios deberán dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores en conflicto con la entidad o con el agente, para optar por acudir a los tribunales judiciales competentes. Accionistas e inversores tienen la alternativa de recurrir a los Tribunales Ordinarios, para las sociedades emisoras o los agentes la jurisdicción arbitral es forzosa.-

## **VI.-CONCLUSIONES:**

Como vemos, el arbitraje societario tiene una vasta tradición en el derecho mercantil, con exteriorizaciones concretas en antiguos ordenamientos. En nuestro país, fue inclusive impuesto por el legislador, aunque su aplicación práctica se vió disminuida por la interpretación jurisprudencial que aparece hoy contrariando la tendencia a extender la práctica del arbitraje para resolver conflictos comerciales.

El esquema prevaleciente hace cincuenta años, que propiciaba un reducido margen de aplicación del arbitraje y la intervención –a nuestro juicio exagerada- de los tribunales judiciales, fue cediendo ante la comprobación de su ineficacia. Hoy se reconoce que esa función tutelar del Poder Judicial debe limitarse a lo estrictamente indispensable para resguardar las garantías esenciales, revalorizando la autonomía de la voluntad de las partes. Tal evolución puede comprobarse a través de la mera comparación de los criterios imperantes a mediados del siglo con el texto y el espíritu de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL de 1985. Aun cuando la evolución había comenzado, tomamos la publicación de la Ley Modelo como punto de partida en el cambio de algunos tradicionales criterios, por la influencia que ha tenido en la modificación de las legislaciones sobre arbitraje.-

Bueno es recordar que este modelo de Ley, preparado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, tiene como propósito servir de base para que los países puedan adoptar sus reglas como normas de derecho positivo interno. La decisión de trabajar en este sentido se justificó en que muchas legislaciones internas proveían soluciones inadecuadas: trababan innecesariamente el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y cercenaban excesivamente las facultades de los árbitros.

Una muestra de esta evolución puede verse en la legislación española. La tradicional Ley de Arbitraje de 1953 fue reemplazada en 1988 por un texto que se inspira en las concepciones modernas y que sigue los principios rectores de la Ley Modelo de UNCITRAL.

Con los antecedentes históricos mencionados y a la luz de la tendencia actual, no se comprende porque en nuestro medio se menoscaba la validez del acuerdo arbitral en materia societaria, como si la sociedad fuese un personaje extraño que no puede sujetarse a reglas contractuales, como si un especial status legal se impusiera a los acuerdos que la establezcan.

No dejamos de admitir que la prevención contra el arbitraje puede encontrar su origen (y hasta su justificación) en malas experiencias. Desde luego que ha habido arbitrajes en los que la imparcialidad e independencia de los árbitros fue dudosa o la decisión resultó manifiestamente injusta. En tanto actividad humana, el arbitraje no está exento de la posibilidad de que aparezcan vicios que opaquen su funcionamiento. Sin embargo, nos parece que la solución no es eliminar el arbitraje como método, sino corregir los desvíos que puedan producirse, mediante los instrumentos que a tal efecto existen en la legislación.

En síntesis, es nuestra opinión que en materia de conflictos societarios, cualquiera fuese el instrumento en que se inserte el acuerdo arbitral, deberá estarse a su plena aplicación, con la extensión y alcances que se desprenda en cada caso de su análisis particularizado y despojado de preconceptos. La comprensión de este concepto hace al futuro de una actividad mercantil sana y eficaz, de vital importancia para la actividad económica del país, especialmente en momentos como los actuales en que se arrojan inmerecidas dudas sobre el futuro de la Nación.-

La función de control del Poder Judicial con relación al arbitraje es la consecuencia necesaria de reconocer la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. Porque si bien el Estado admite que particulares ajenos a su estructura detentan esta función (que tiene ciertas connotaciones públicas), lo hace a condición de que sus propios órganos tengan la facultad de verificar, cuanto menos, la regularidad y legalidad de las decisiones arbitrales. La existencia de esas facultades de control judicial no es discutible y se justifican por los efectos de cosa juzgada que se reconoce a los laudos: no sería lógico que el Estado comprometa la cooperación y el auxilio de los tribunales judiciales para ejecutar forzosamente los laudos arbitrales (que ponga su *imperium* al servicio de los árbitros), sin reservarse la atribución de revisar que lo decidido por aquellos reúna las condiciones

mínimas indispensables para merecer esa protección legal. Lo que, en todo caso, puede ser materia de análisis y discusión es la extensión o el alcance de esas facultades.

Teniendo en consideración que los justiciables que sometieron su conflicto a arbitraje lo sustrajeron voluntariamente de la justicia estatal y retomando la jurisdicción que a través de las Constituciones nacional y provinciales habían delegado en el Estado y la entregan, en ejercicio del derecho a la libertad también garantizado por dichas constituciones a jueces Ábitros particulares con idénticas facultades para juzgar que los jueces estadales a la sola excepción que carecen de el “imperium”, con que están investidos éstos últimos, derivado del poder soberano del Estado; esa revisión judicial debe limitarse solo y únicamente al marco restrictivo que permite el recurso de nulidad y el de inconstitucionalidad sólo en los casos taxativos en que son procedentes, limitados a los aspectos formales y nunca afectando a los substanciales del laudo.-

Desde luego, no sólo aprobamos la existencia de ese control, sino que creemos que, en su justa medida, opera en beneficio del sistema arbitral antes que en su perjuicio. En nuestra opinión, el control judicial respetando la voluntad de las partes es tan necesario como conveniente, para rodear al arbitraje de mayor seguridad y evitar posibles abusos o desviaciones de parte de los árbitros. Es claro, sin embargo, que ese control no puede derivar en una multiplicación de incidencias judiciales que priven al arbitraje de sus principales ventajas: celeridad y economía. El arbitraje requiere de una relativa autonomía que lo ponga a cubierto de intervenciones judiciales invasivas, pero no puede escapar de una razonable revisión que prevenga o solucione eventuales arbitrariedades en que puedan incurrir los árbitros dentro de los límites restrictivos apuntados.

Demostrado que existen diversos medios para lograr un pronunciamiento judicial sobre la validez o el alcance de la cláusula arbitral y que ese pronunciamiento constituye siempre la “última palabra” (sea porque la decisión es exclusivamente judicial, sea porque es final), es vital, para la seguridad del arbitraje, que el Poder Judicial mantenga un razonable equilibrio en las decisiones relativas a la arbitrabilidad o al alcance de las cláusulas arbitrales. Porque la utilidad del control judicial se desvanece cuando –por desconocimiento, prejuicios o antipatía hacia el arbitraje– se dejan de lado los principios y normas legales para admitir pretensiones motivadas por propósitos dilatorios o elusivos de lo libremente pactado.

En el tema que nos ocupa, esta última situación se produce cuando se argumenta que la arbitrabilidad de las cuestiones societarias o los efectos de las cláusulas arbitrales en esta clase de contratos deben ser interpretadas restrictivamente. Este razonamiento pierde de vista que, con excepción de las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones –respecto de las cuales podrían darse supuestos de conflictos que involucren cuestiones de interés general– las controversias que afectan a los socios (o a la misma sociedad) en entidades que no cotizan, tienen un carácter estrictamente patrimonial y disponible, en tanto únicamente puede afectar intereses puramente individuales.

No encontramos que exista ninguna diferencia sustancial entre el contrato de sociedad (y las cuestiones inherentes a su cumplimiento) y cualquier otro contrato comercial. Es cierto que el artículo 301, inciso 2º, de la Ley de Sociedades faculta a la autoridad de contralor a ejercer funciones de vigilancia en las sociedades anónimas no incluidas en el artículo 299 cuando lo considere necesario, en resguardo del interés público. Pero no es menos cierto que se trata de una norma de carácter absolutamente excepcional; tanto que requiere una resolución fundada de la autoridad, que justifique la intromisión del Estado en cuestiones eminentemente privadas.

Aun cuando pueda haber algunas cuestiones vinculadas con un conflicto societario que podrían calificar como de orden público, no puede desconocerse que, a la luz de lo dicho, esta condición será verdaderamente excepcional y requerirá que surja inequívocamente. Para ello, no bastará remitirse a axiomas preconcebidos como los del carácter excepcional del arbitraje, sino que será necesario que se argumente suficientemente, de modo tal que justifique un apartamiento de la regla general.

Por tanto, la cláusula arbitral contenida en un contrato de sociedad –acto típicamente comercial y privado, que genera obligaciones y derechos de contenido patrimonial y disponible– es vinculante para las partes y la interpretación de su extensión y alcance deberá hacerse con las mismas reglas que cualquier otra estipulación en él contenida, sin que sea dable, *a priori*, excluir determinadas controversias ni establecer una interpretación que restrinja el sentido de lo que las partes libremente convinieron.

- - - - -

Los árbitros deben de ser probos y tener una ineludible integridad ética, acendrado criterio de la equidad y conocimiento y conocimiento del derecho para que surja la esperanza de una justa resolución del conflicto que garantice el bien común y logre la paz social.-

## **BIBLIOGRAFIA**

- 1.- **ZAMENFELD, Víctor y CAIVANO; Roque L.:** “*El arbitraje en materia societaria*” en E.D. T. 194-152 (12/9/2001), Comentario al fallo de la CNCom, sala “E”, in re “Nova Pharma Corporation S.A. c/3M Argentina S.A. y otros s/ordinario”, 28/4/00.-
  
- 2.- **CAIVANO; Roque J.:** “*Jurisdicción Arbitral y Control Judicial, con referencia al arbitraje societario*”. Incluido en “Cuestiones Actuales de Derecho Empresario”, libro homenaje al profesor consulto Dr. Víctor Zamenfeld, ed. Errepar, julio de 2005, págs. 121/154.-
  
- 3.- **VANASCO; Carlos Augusto:** “*El arbitraje en el Decreto 677/01*”. Ponencia presentada por el autor en las Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales <http://www.bcr.com.ar/pagcentrales/publicaciones/documentos/tribunal/jornadas09.pdf>
  
- 4.- **ALBERTI; Edgardo:** “*Justicia y Arbitraje*”. Ponencia presentada por el autor en la “Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales”. Ver en <http://www.bcr.com.ar/pagcentrales/publicaciones/documentos/tribunal/jornadas03.pdf>
  
- 5.- **PASARO MENDEZ, Iago:** “*El arbitraje en las PYMES. Solución a los denominados “deudores profesionales”*”. El autor es Secretario General de la Asociación Gallega de Arbitraje, Mediación y Equidad. Ver en [www.arbitraje-asgame.org](http://www.arbitraje-asgame.org)
  
- 6.- **ANAYA; Jaime Luis:** “*Arbitraje Societario*” en L.L 2007 –C- (Sección doctrina diario del 21/5/2007)
  
- 7.- **ROITMAN; Horacio:** “*Proyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales*” Publicado en Análisis crítico del anteproyecto de reforma de la ley de sociedades comerciales, número especial de Jurisprudencia Argentina, 2004-III, 22/9/2004. Ver en [http://www.roitmanabogados.com.ar/esp/publicacion\\_esp/images/proyecto\\_de\\_reforma\\_LS%20.doc](http://www.roitmanabogados.com.ar/esp/publicacion_esp/images/proyecto_de_reforma_LS%20.doc)
  
- 8.- **AEADE** “*El arbitraje es la mejor fórmula de prevención y solución de problemas entre socios*”. Ver en [http://www.aeade.org/prensa/pdf/NP\\_Arbitraje\\_socios.pdf](http://www.aeade.org/prensa/pdf/NP_Arbitraje_socios.pdf)
  
- 9.- “Admisión de cláusulas arbitrales de solución de conflictos en estatutos sociales de Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada y en los contratos de colaboración empresarial regulados por la ley 19.550”. Ver en <http://www.mille.com.ar/mile-paginas/interes-general-resolucion-4-2001.htm>