

LA RESURRECCIÓN DEL ARBITRAJE SOCIETARIO

ARIEL A. DASSO

RESUMEN

El arbitraje es un medio de composición de conflictos de carácter privado. En materia comercial lo consagró el primer Código de Comercio de 1859 de la Provincia de Buenos Aires, se mantuvo en su reforma de 1889 pero fue derogado por la ley 19.550 que impuso con términos no suficientemente claros el procedimiento sumario, judicial.

No obstante ello en materia mercantil se mantuvo con el nombre de “pericia arbitral” o meramente “peritos” en puntuales hipótesis (arts. 128, 179, 456 y 476) fue reinstalada en el ámbito del derecho positivo por el decreto delegado 677/01: art. 38, y consiguientemente involucrado por un duro ataque de constitucionalidad realizado contra el mismo.

El Anteproyecto de Reformas a la LSC del 2003 varía fundamentalmente el criterio para la solución de los conflictos societarios e instala expresamente la posibilidad contractual o estatutaria del juicio de árbitros o de amigables componedores para las sociedades cerradas.

En tanto que para las sociedades cotizadas o habilitadas a la oferta pública lo consagra obligatoriamente salvo el derecho de los accionistas o inversores a optar por la jurisdicción oficial y también impone su valuación en caso de controversia por árbitros peritos salvo disposición de otras reglas por el contrato o estatuto.

El arbitraje aparece inducido por dos factores de importancia determinante, uno hace a su esencia pues tiende a satisfacer la confidencialidad que constituye siempre un factor altamente deseable por los sujetos involucrados en el conflicto societario dada la trascendencia inevitablemente negativa de su existencia.

El otro aspecto es (por lo menos así lo deseamos) coyuntural, se relaciona con la manifiesta insatisfacción del interés de los justiciables, trabados por las dilaciones en las tramitaciones de los conflictos en la jurisdicción oficial ante Tribunales superados por la magnitud de los litigios y la carencia de estructura material y recursos humanos.

I.- INTRODUCCIÓN

La institución del arbitraje se pierde en la niebla de los tiempos. Y su instalación guarda correspondencia con el grado de credibilidad y eficiencia de la jurisdicción oficial.

La revolución francesa lo instaló como *"el medio más razonable de determinar las contiendas entre los ciudadanos"* por ley del 16 de agosto de 1790. Fue cayendo también en el descrédito para resurgir en el clásico movimiento pendular de las instituciones en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales.

En nuestro país fue establecido en el Código de Procedimientos en el art. 814 cuyo texto implicaba su vigencia consagrada en el Reglamento de Justicia de 1813¹.

Es clásica la definición de BETTI: *"El acuerdo directo entre las partes interesadas, acerca de la formulación de los términos de una litis, que se refiere a una relación sometida a su poder de disposición, para remitirla al juzgamiento de un tercero, particular, -unipersonal"*

¹ COLOMBO, CARLOS: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", ed. Abeledo Perrot, 1969, p. 1279; J.A. 27-313.

o colegiado- acuerdo que sustrae la litis a la jurisdicción del Estado".²

Entre nosotros es de frecuente cita la definición de CAIVANO: "*Jurisdicción privada, instituida por voluntad de las partes o de la ley, que desplaza la potestad de juzgar hacia órganos distintos del Estado invistiéndolos de facultades jurisdiccionales semejantes para un caso concreto, (v. gr.: por voluntad de las partes: el Tribunal General de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires o el Comité de Arbitraje del Mercado de Cereales o del Colegio Público de Abogados, etc. - En cambio por voluntad de la ley: el sistema nacional de arbitraje de consumo)*".³

En el primer Código Comercial de 1859 -Provincia de Buenos Aires- convertido en Nacional en 1862, se instaló el arbitraje en materia comercial (art. 448 y 449) y perduró en la reforma de 1889 aún cuando supeditado a las reglas del contrato en tanto éstas podían determinar su no aplicación y por vía jurisprudencia se llegó a la negación en múltiples hipótesis.

La hoy vigente Ley de Sociedades Comerciales 19.550 de 1972 lo derogó (art. 385) y estableció imperativamente la exclusiva competencia de la jurisdicción estatal en materia societaria (art. 15).

Sin embargo, dos circunstancias, una eminentemente operativa y la otra de índole legal lo reinstalan en la consideración de la actualidad del derecho societario argentino.

Por un lado se da en la sociedad argentina el lamentable fenómeno del deterioro en la actividad jurisdiccional del Estado.

La emergencia que afecta a todos los sectores no es extraña al funcionamiento de la justicia y, la proliferación de causas, el abarrotamiento de los tribunales comerciales por la atención de los concursos preventivos y quiebras que alcanzan niveles antes no conocidos, la limitación de las estructuras judiciales, estancadas sin aportes económicos inexorables para atender a su funcionamiento, carentes de actualización por vía de los medios informáticos imprescindibles, han reclamado auxilios que por la vía del arbitraje la descompriman de sus

² BETTI, EMILIO: "*Diritto Processuale Civile Italiano*", p. 37.

³ ZAMENFELD, VÍCTOR Y CAIVANO, ROQUE "*El arbitraje en materia societaria*", E.D. 194-152.

intolerables cargas que las tornan incapaz de satisfacer la demanda de los justiciables.

Coetáneamente, es decir en tiempo reciente, el Decreto 677/01 llamado de “Régimen de Transparencia de la oferta pública” o de “Gobierno Corporativo”, en su art. 38 modifica el art. 15 de la Ley de Sociedades Comerciales, el cual según se dijo, consagra desde 1972 específicamente el procedimiento judicial sumarísimo para los conflictos societarios⁴.

Si bien por definición esta limitado al ámbito de las sociedades abiertas o cotizantes, adopta el arbitraje obligatorio las que deben someter sus conflictos al Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires.

La derogación del art. 15 que produce el decreto, aplicable según se dijo al ámbito exclusivo de las sociedades abiertas, impone la intervención de la justicia arbitral y además califica a los árbitros para resolver conforme al principio de equidad, constituyendo al laudo con la majestad de la inapelabilidad⁵.

El **Decreto 677/01**, pone en obra la delegación de las facultades legislativas dispuestas en el art. 1 de la Ley 25.414 en los términos del art. 76 de la Constitución Nacional y, como toda norma de derecho de

⁴ Decreto 677/01. Artículo 38. — 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. Del mismo modo deberán proceder las entidades autorreguladas respecto de los asuntos que planteen los accionistas e inversores en 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.

⁵ El Decreto 677/01 ha sido atacado por doctrina y aún en casos judiciales declarado inconstitucional. En este aspecto aparece vulnerando el art. 18 de la Constitución Nacional vinculado a la garantía del juez natural **FERNÁNDEZ, HÉCTOR**: “*Conflictos actuales en sociedades y concursos*”, Acerca de la inconstitucionalidad del art. 38 del Decreto 677/01 y de la necesidad de la reforma del art. 15 L.S., ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 233 y ss.

la emergencia debe guardar compatibilidad con las bases y plazos para su ejercicio que habrán de estar impresos en la ley delegante en un todo de acuerdo con la norma constitucional aludida.

Pero la **ley delegante 25.414** en su art. 1, II, e), vedó la modificación y suspensión del Código de Comercio –también de los Códigos Civil y de Minería–, lo cual, genera un severo cuestionamiento doctrinario por conceptuar en principio contrarias a las bases de la delegación aquellas normas del decreto 677/01, que afectan, derogan o modifican o suspendiendo la ley de sociedades que como es notorio forma parte del Código de Comercio, norma de rango superior⁶.

La objeción se extiende también a un amplio contenido paralelo reflejado en las cuestiones denominadas de orden público las cuales, no son susceptible de arbitraje por no ser objeto posible de transacción (art. 737 CPCCN) tales aquellas referidas a la indemnización civil del daño causado por un delito, la validez o nulidad de matrimonio, las que versen sobre cosas fuera del comercio o no puedan ser objeto de transacción, las relativas a la patria potestad, autoridad marital, estado de familia, filiación, intereses pecuniarios subordinados al estado de una persona y los derechos eventuales a sucesión o sobre la sucesión de una persona viva (art. 842 a 848 del Código Civil)⁷.

Sobre la base de la extensión del concepto de orden público y su aplicación en el caso de involucrar los intereses generales de la sociedad, entendida como colectividad o agrupación humana, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares se sostiene que en el Derecho Societario, que vascula sobre reparto de poderes y responsabilidades entre socios administradores y terceros en la explotación empresarial y las normas de tipicidad son rigurosas y concretan el orden público económico en su moderna concepción de dirección de economía y social de protección de socios y terceros, lleva a la descalificación del arbitraje pues su límite no podría ir más allá de las relaciones de las que son sujetos las partes en la litis, no pudiendo alcanzar a socios y terceros, que no fueren partes.

Así pues por sobre las razones de la inconstitucionalidad del de-

⁶ ANAYA, JAIME LUIS: "Los límites de la delegación legislativa", E.D. 196-775.

⁷ FENOCHIETTO – ARAZI: "Código Procesal Civil y Comercial – Comentado y Concordado", ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, t. 3, p. 508.

creto 677/01 dado su insuficiencia en el orden normativo jerárquico, y la doble sobreactuación legal proyectada al campo del orden público y al derecho de la emergencia estaba instalada en la evaluación doctrinaria la imposibilidad de someter al juicio arbitraje acciones como la nulidad de asambleas, de la sociedad, la desestimación de la personalidad jurídica, entre otras⁸.

Pero antes hagamos una breve introducción al ámbito conceptual del arbitraje, el que hemos ya insinuado a través de las definiciones de BETTI y CAIVANO.

II.- MÉTODOS HETEROCOMPOSITIVOS

Es menester advertir que –además del arbitraje– otros métodos heterocompositivos de conflictos, procuraron aliviar la actividad jurisdiccional del Estado.

Por un lado la ley 24.573 (B.O. 27/10/1995), estableció la mediación y conciliación obligatoria con carácter previo a todo juicio⁹.

La “mediación” aparece como un procedimiento de promoción de comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia y tiene su fracaso en el ámbito del conflicto societario es reconocido en forma casi unánime¹⁰.

Otra fórmula de heterocomposición aparece luego en la Ley 24.635 (B.O. 3/5/1996), que establece la instancia obligatoria de “conciliación laboral” e introduce el arbitraje voluntario en caso de fracaso de la instancia de conciliación, estableciendo como estímulo o incentivos que los empleadores que celebren tales acuerdos conciliatorios o se sometan a la instancia arbitral, se beneficiarán con la preferencia de los programas de empleo y formación profesional a cargo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Ley 24.635: 57).

Ambos procedimientos, prescindiendo de su cuestionable efica-

⁸ FAVIER DUBOIS, EDUARDO (h) – RAISBERG, CLAUDIA:, op. cit., p. 44.

⁹ Con excepciones respecto de causas penales, de familia, capacidad, intereses del Estado Nacional, medidas de amparo, *habeas corpus* o *interdictos*, cautelares, preliminares o anticipadas, juicios sucesorios y voluntarios, concursos preventivos y quiebras y laborales.

¹⁰ Cabe recordar que cobra importancia en la legislación de emergencia Ley 25.561:11, decreto 214/02: 8 y Ley 25.582.

cia, mostraron la alborada de las formas de composición, al margen de la vía de la jurisdicción estatal¹¹.

III.- CLASIFICACIONES DEL ARBITRAJE

El arbitraje –en sus distintas especies- permite la elección libre de jueces a personas con todo el conocimiento jurídico o técnico y evita la de los peritos judiciales lo que significa economía de tiempo y dinero¹².

Según el *origen* el arbitraje se distingue en *Nacional* o *Internacional*; según la *forma* de elección puede ser *institucional* u *obligatorio* establecida por la ley tal cual se expone en el Anteproyecto de Reformas de la Ley de Sociedades Comerciales: art. 15, 4to. párr., para las sociedades cotizadas, o bien *libre*, como se establece en el mismo Anteproyecto, en el art. 15, 2do. párr., para las sociedades cerradas.

IV.- LAS TRES ESPECIES DEL SISTEMA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

IV.1.- JUICIO ARBITRAL

Según el sistema del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, libro VI, el genero proceso arbitral admite un triple módulo (o especies) regulado en sendos títulos: El Título I trata el “Juicio Arbitral”: art. 736 a 765, que permite el sometimiento por convención en el contrato, antes o después de juicio de instancia judicial la dilucidación por juicio arbitral de toda cuestión entre partes con excepción de cuestiones que no puedan ser objeto de transacción (art. 736 y 737). Los árbitros serán nombrados por las partes pudiendo el tercero ser

¹¹ Para CARNELUTTI es “equivalente jurisdiccional”. Para PRIETO CASTRO “procedimiento parajudicial” (COLOMBO C. “Código Civil y Comercial de la Nación”, ed. Abeledo Perrot, 1969, t. IV, p. 812, cita a ambos y lo conceptúa como “*sustitutivo de la jurisdicción*”).

¹² ARAZI – ROJAS, p. 604 y ss: El arbitraje asegura también la eficiencia del fallo aún cuando ello, en cuanto a la definitividad del mismo depende del desarrollo de este mecanismo adversarial que está sujeto a lo que al efecto realicen las partes: CSJN, 29/4/97, ED 174-284.

designado por ellas o por los mismos árbitros en tanto estuvieran facultados para hacerlo y en defecto de acuerdo por el juez competente (art. 743). Deben laudar dentro del plazo establecido en la cláusula compromisoria o en el compromiso bajo apercibimiento de pérdida del derecho a los honorarios y responsabilidad por daños y perjuicios (art. 756). El procedimiento puede ser libremente establecido en la cláusula compromisoria o en el compromiso o bien en un acto posterior de las partes (art. 751). Les está vedado medidas de compulsión o ejecución las cuales deben ser requeridas al juez (art. 753). El laudo arbitral es susceptible de los recursos admisibles respecto de sentencias judiciales salvo que hubiesen sido renunciados en el compromiso (art. 758).

IV.2.- JUICIO DE AMIGABLES COMPONEDORES

El Título II, regula el “Juicio de amigables componedores”, (art. 766 a 772). Mientras el “juicio arbitral” es realizado por árbitros que deciden la controversia conforme a derecho (*de iure*) los amigables componedores actúan “*según equidad*” (art. 766)¹³.

A diferencia del juicio arbitral el procedimiento de amigables componedores se realiza sin sujeción a formas legales. Los componedores reciben los antecedentes que presentan las partes, requieran explicaciones y dictan sentencia según la clásica forma de verdad, sabida y buena fe guardada o leal, saber y entender (art. 769).

El plazo para dictar la sentencia es de tres meses a contar de la

¹³ CALAMANDREI PIERO: “*Derecho Procesal Civil*” en “Istituzioni di Diritto Processuale Civile” - Trad. Figueroa Alfonso, ed. México, 1997, p. 4: Define el alcance de la contraposición, entre **jurisdicción de equidad** y **jurisdicción de derecho**. La actividad del juez de equidad, que crea el derecho para el caso singular, es más compleja y más comprensiva que la del juez de derecho, que aplica al caso singular, el derecho creado por el legislador: en el juicio de equidad, la creación del derecho y su aplicación al caso concreto tiene lugar en el mismo momento, con un acto único; en el juicio de derecho, el mismo camino se realiza en dos etapas, la primera por obra del legislador, la segunda por obra del juez; de suerte que se puede decir que la jurisdicción de equidad concentra en sí, actuando caso por caso, la función creadora del derecho que en el sistema de la legalidad está sustraída al juez y reservada al legislador. Es principio fundamental de nuestro ordenamiento, basado sobre el sistema constitucional de la legalidad, el de que *al pronunciar sobre la causa, el juez debe aplicar las normas del derecho*: y, precisamente para el fin supremo de definir la legalidad, se halla instituida en el vértice de la jerarquía judicial, la Corte Suprema de casación que, “como órgano supremo de la justicia, asegura la exacta observancia y la uniforme interpretación de la ley, la unidad del derecho objetivo nacional, el respeto de los límites de las diversas jurisdicciones”.

última aceptación (art. 770) y el laudo de los amigables componedores solo es recurrible por haberse pronunciado fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos por vía de nulidad dentro de los cinco días de notificado (art. 771).

IV.3.- PERICIA ARBITRAL

La tercera especie de proceso arbitral está normada en el Tít. III, art. 773 bajo el nombre de “Pericia Arbitral” la que procede en caso de cuentas de difícil comprobación para resolver exclusivamente cuestiones de hecho precisamente determinadas y sobre los cuales los peritos árbitros deben tener especialidad.

El compromiso constará sólo de los nombres de los otorgantes y árbitros, hechos sobre los que recaerá el laudo salvo que ello resulte de la misma resolución judicial que ordene la pericia arbitral.

El laudo debe pronunciarse salvo acuerdo de partes o resolución judicial dentro de un mes a contar de la última aceptación.

La característica dirimente de la “*pericia arbitral*” respecto de la “*pericia judicial*” en su carácter vinculante, pues la decisión judicial debe ajustarse a lo establecido en la pericial arbitral en todo lo relacionado con las cuestiones de hecho laudadas (art. 773).

V.- EL ARBITRAJE A NIVEL INTERNACIONAL

El reciente ingreso a la consideración del arbitraje en nuestras prácticas jurídicas proviene de la vía internacional, la que reconoce una bisagra en la ley 23.619 (B.O. 14/11/1988) sobre aplicación en el país de laudos extranjeros.

Hasta entonces la República Argentina se había manifestado adversa al sistema de arbitraje internacional establecido en la convención de New York de 1958, pero a partir de la última ley referida se advierte el cambio de la tendencia, que se consolida con la ley 24.322 (B.O. 17/06/1994) que adhiere a la Convención Interamericana sobre el Arbitraje Comercial Internacional de la Organización de los Estados Americanos.

La ley de modificación de arbitraje de la Unión de las Naciones en el art. 7 inc. 2º), establece un procedimiento singularmente elástico. Bastará con introducir la pretensión con forma de reclamación o demanda y la jurisdicción arbitral estará consagrada con una contestación aún cuando la misma no niegue la demanda.

Tal sistema es aplicado por la American Arbitration Association con sede en New York.

En el MERCOSUR el protocolo de Brasilia consagró el arbitraje, pero recién el ulterior protocolo de Buenos Aires de 1994 mereció la ratificación de nuestro país por ley 24.669 (B.O. 2/08/1996).

VI.- VEDA DE LA IMPOSICIÓN DE OFICIO

Los Tribunales Arbitrales concebidos como institutos de carácter privado, constituidos por árbitros, singular o plural, a los que las partes transfieren la potestad de resolución de controversias a través de una resolución llamada laudo¹⁴, aparece constitucionalmente sustentable asentada en el subyacente fundamento de la autonomía de la voluntad plasmada en el art. 1197 del Código Civil y referida a la disponibilidad jurídica que tienen las partes sobre sus bienes¹⁵.

¹⁴ CARNELUTTI, FRANCISCO, "Sistema de Derecho Procesal Civil", traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, t. I, p. 208, Ed. UTHEA, Buenos Aires, 1944: piensa que "el arbitraje representa el tránsito de la solución contractual a la judicial del litigio; ROSENBERG, LÉO, "Tratado de Derecho Procesal Civil", p. 585: "los tribunales arbitrales son de carácter privado y están constituidos por uno o más jueces árbitros, a los que se transfiere, por declaración de voluntad y en lugar de los tribunales estatales, la resolución de controversias de derecho civil. También su resolución, llamada laudo, es un acto privado; pero tiene efectos de derecho público. Son Tribunales arbitrales únicamente las instituciones llamadas por voluntad privada a la resolución de controversias, y cuyas tareas, constitución y procedimiento son determinados libremente por las partes; no ejercen jurisdicción estatal"

ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, "El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses", LL, 1986-E, 1005: "el arbitraje es un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega exclusivamente si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante la cual aceptan plantear su litigio al árbitro y, eventualmente, acatar su decisión" (cit. p. PAGANOTTO, MARÍA LUCIANA: *2el arbitraje y el Concurso Preventivo*", LL 2003-A, p. 1193: contiene un breve desarrollo del instituto con particular referencia al fuero de atracción respecto del mismo en hipótesis de concurso preventivo o quiebra, cuyas notas constituyen una útil referencia pues en ellas se esclarecen las más destacadas posiciones de la doctrina al respecto.).

¹⁵ CSJN, 29-VIII-940, J.A. 962-II-517 (COLOMBO, C., op. cit., p. 1280, párr. 5 b).

La jurisdicción oficial no tiene facultades para imponer el arbitraje si la ley no lo dispone conforme un antiguo fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, del 16- VIII- 956, J.A. 957-II-9, N° 96 (C- 1280)¹⁶.

Sobre tal base resulta particularmente relevante la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 16/6/1961, J.A. 962-II-515 declarativa de la constitucionalidad del convenio de jurisdicción arbitral convenido por las partes.

En este punto, es menester particularmente por la implicancia de la jurisdicción arbitral y su sometimiento o no al fuero de atracción concursal la diferencia entre los sistemas que distinguen entre "*cláusula compromisoria*" y "*compromiso*".

Por *cláusula compromisoria* se entiende el acuerdo contractual de someter a arbitraje los litigios que puedan surgir de una determinada relación jurídica. Por *compromiso*, en cambio, se define la sujeción concreta de determinada cuestión.

Así en el derecho germano el arbitraje solo se aplica como figura genérica del compromiso¹⁷.

En cambio en nuestro derecho y conforme a las normas del CPCCN, el arbitraje puede pactarse o preconstituirse en el contrato mismo o establecerse en acto sucesivo¹⁸.

La nota caracterizante de la llamada "*cláusula compromisoria*" es la inexistencia de una controversia **actual** en tanto la estipulación de arbitraje respecto de una controversia **presente** constituye el compromiso.

Es atributo de la cláusula compromisoria su accesoriadad respecto del contrato en que se estipula; constituye una promesa que autoriza a exigir judicialmente el otorgamiento del compromiso el cual

¹⁶ El Juez BUTTY en 1ª Instancia, al momento de determinar el valor del reembolso decidió la designación de un perito judicial. Dijo con claridad que frente a la necesidad inexorable de conocimientos técnicos que el juez no tiene "*ni tiene porque tener*", tal fórmula aparece impuesta por la especialidad del cometido. Sin embargo ambas partes apelaron el procedimiento electo por el juez y la Cámara Nacional de Apelaciones lo revocó. Constituye a despecho de la actitud adoptada por las partes que determinó la revocatoria, un precedente de indudable utilidad, que confirma en la práctica aquellas posiciones de doctrina que lo postulan.

¹⁷ "*Perlas de Mir o Mir Chaubell*", CN.Com. Sala B, 8/6/88 LL. 1989-E, p.423.

¹⁸ SCHÖNKE: "*Derecho Procesal Civil*", p. 373, cit. p. Colombo op. cit., p. 1281 en nota 1. C. Civ. A 13/4/1956 en J.A. 956-III-198.

constituye a su vez ejecución de la cláusula compromisoria e importa exclusión de la competencia de jurisdicción oficial aunque no se haya otorgado el compromiso (Cam. Com., 8/4/924, J.A. 12-574), resultando improcedente que la jurisdicción oficial se declare sustituida de oficio (Cam. Civ., 2ª, 1/10/924, J.A. 14-481)¹⁹.

VII.- NATURALEZA DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

Cotejan en doctrina dos teorías:

1) **Contractual**, sostenida por Rocco, U. en su "*Trattato*", I, 128, Satta, "*Diritto Procesuale Civile*", 6ta. Ed., 631, Japiot, *Traité*, 631.

Esta teoría contractual se divide: 1) *pura*: postula que el laudo es obligatorio como lo son los contratos y 2) *derivada*, según la cual el laudo es una obra de lógica jurídica, análoga al dictamen del jurista o a la pericia técnica en materias formas y personas admitidas por la ley y que pasan a constituir materia prima de una sentencia del Estado²⁰.

2) La otra predica postula la naturaleza **jurisdiccional** del arbitraje sobre el postulado de que quienes juzgan, a pesar de estar nombrados por las partes, reciben de la ley el poder de juzgar²¹.

Las principales diferencias: en la jurisdicción oficial el justiciable tiene derecho a someter toda cuestión que requiera tutela, en tanto en la arbitral solo aquellas no expresamente prohibidas (art. 768 CPCCN). En la jurisdicción oficial la decisión tiene fuerza ejecutoria, en cambio la arbitral es ejecutable solo por la jurisdicción oficial (art. 499 CPCCN). En la jurisdicción oficial las formas están exigidas por la ley, en tanto en la jurisdicción arbitral rige el principio de la libertad de las formas (art. 778 CPCCN).

Las medidas cautelares, compulsorias, son propias de la jurisdicción oficial y no del arbitral. La jurisdicción oficial decide un objeto litigioso planteado en la litis en tanto que la arbitral lo hace sobre

¹⁹ ALSINA: Cód. Proc. Civ y Com. 1ª Edición, t. III, p. 806.

²⁰ CARNACINI: "*Arbitraje*", p. 18; C 1282.

²¹ CARNELUTTI: "*Sistema*", t. 1, p. 527.

puntos comprometidos específicamente en la cláusula compromisoria o en el compromiso.

La distinta función entre el juez, nombrado por el Estado, y el árbitro –por las partes– se refleja en “*sueldo*” para retribuir al primero, y “*honorarios*” en el caso del segundo.

VIII.- APLICACIÓN DEL ARBITRAJE AL CONFLICTO SOCIETARIO. LEY 19.550. DECRETO 677/01 Y ANTEPROYECTO DEL 2003

Según se dijo el Código de Comercio en su art. 448 consagraba la aplicación al ámbito del derecho societario.

La ley 19.550 de 1972 derogó el Tit. III del Código de Comercio aplicable a las compañías o sociedades e instauró el régimen que en el art. 15 establece como norma general del procedimiento la sustanciación por la vía del llamado procedimiento judicial sumario, salvo que se indique otro en el contrato o estatuto²².

La generalidad del texto dejó librado a la interpretación de doctrina y jurisprudencia el justo alcance o límites de la evidente libertad contractual o estatutaria para la consagración de la vía arbitral como forma de composición de los litigios societarios.

Sin embargo el debate encuentra una posición extrema en la legislación con la aparición del decreto 677/01 el que en su art. 38 adopta el arbitraje obligatorio para las sociedades cotizadas. Se sostuvo su inconstitucionalidad no solamente en función del rango inferior de la norma (decreto del Poder Ejecutivo) frente a la Ley Societaria (o Código de Comercio del que forma parte), y además en este mismo nivel de objeciones, la imputada exorbitancia del Decreto respecto del alcance de la delegación realizada en orden al art. 76 CN.

Por encima de éstas objeciones fundadas en la pirámide norma-

²² La reciente reforma del CPCCN eliminó el procedimiento sumario lo cual fortalece la posición doctrinaria que interpreta que la ley alude no al juicio sumario sino al procedimiento más breve pero compatible con la índole de la cuestión planteada (NISSEN RICARDO A.: “*Algunas cuestiones derivadas del art. 15 de la Ley 19.550*” ED 84-341). El Anteproyecto de modificaciones a la Ley de Sociedades Comerciales, determina la aplicación del procedimiento judicial más abreviado compatible con la naturaleza del conflicto.

tiva se advierten otras que ponen acento en el orden público que constituiría el subyacente común denominador del sistema de reparto de poderes y responsabilidades entre socios administradores y terceros en torno a la explotación empresarial y a las rigurosas normas de tipicidad las cuales no podrían sustraerse a la jurisdicción del Poder Judicial²³.

El Anteproyecto de Modificación a la Ley de Sociedades Comerciales del 2003, introduce otra vez el arbitraje societario pero, es de añorar en su Exposición de Motivos una específica referencia a tan importante innovación.

Puede inferirse en cambio alguna relación cuando alude, promediando la Exposición de Motivos, al Decreto N° 677/01 al cual califica como *“el paso más largo y bien sucedido en orden a la serie de reformas, que incursiona en la llamada transparencia de la oferta pública, en la disciplina de la oferta pública de títulos valores y en el régimen de sociedades emisoras, en otras palabras en el régimen de las sociedades autorizadas a la oferta pública”*.

Al respecto expone que la Comisión tuvo en cuenta los antecedentes como vía para su tarea a partir del criterio del mantenimiento de la sistematización vigente, agregando que *“ha sido su propósito ampliar los márgenes abiertos a la autonomía privada más allá de los que ya otorga la ley 19.550, pero dentro de lo que razonable y prudentemente lo permiten las circunstancias”*.

²³ **FAVIER DUBOIS, EDUARDO (h) – RAISBERG, CLAUDIA:** *“El arbitraje societario: Límites sustanciales personales y constitucionales al art. 38 del decreto 677/01”*, Segundo Congreso Argentino – Español de Derecho Mercantil, Iguazú, Misiones, 12 y 13 de junio de 2003., “Las sociedades comerciales, los administradores y los socios”, p. 44 y **ZAMENFELD, VÍCTOR:** *“El art. 38 del decreto delegado 677/01, aplicación y alcances”*, en el “VIII Congreso Argentino de Derecho Societario...”, Universidad Nacional de Rosario, 2001, t. II, p. 593, quien sostiene que el art. 38 vulnera la *“disponibilidad objetiva”*.

En el mismo orden y frente a la referida normativa, **ARECHA, MARTÍN:** *“Arbitraje y mediación en el derecho societario”*, en “Responsabilidad y Abuso en la actuación societaria”, Buenos Aires, 2002, ed. Ad Hoc, p. 21; **FERNÁNDEZ HÉCTOR:** *“Reflexiones acerca del decreto 677/01”*, en Revista de las Sociedades y Concursos, ed Ad Hoc, Buenos Aires, año 2002, N° 16, p. 15 y ss.; se pone de manifiesto que la regla del art. 56 LSC, da a lugar a la posibilidad de acciones del socio contra la sociedad cuyo resultado exceda a las partes y afecte a los otros a pesar de no haber participado en ella y que en función del art. 254 LSC, al extender la responsabilidad a los accionistas que hubieren votado favorablemente la decisión asamblearia nula proyectaría efectos a quienes no estuvieren comprendidos en el arbitraje. Esta propagación de efectos sólo esta prevista para procesos sustanciados en la jurisdicción oficial en los términos del art. 15 de la LSC, lo cual supone la exclusión del fuero arbitral, partiendo del presupuesto de que ciertas sentencias que afecten a sujetos que no participaron en la litis solo encuentran fundamentación en las garantías de la jurisdicción oficial.

Quizá pueda ser esta una referencia elíptica al tema referido a la derogación del art. 15 que queda sustituido por una nueva norma que introduce una modificación de particular relevancia con referencia al procedimiento privatístico impuesto al conflicto societario.

IX.- EL PROYECTADO NUEVO ART. 15 Y LA JURISDICCIÓN ARBITRAL²⁴

El nuevo artículo proyectado, trata el procedimiento aplicable a

²⁴ **Ley 19.500.- Art. 15 – Procedimiento: norma general** - Cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de acción judicial ésta se sustanciará por procedimiento sumario, salvo que se indique otro.

Anteproyecto: “ARTÍCULO 15.- Procedimiento. Arbitraje.- Cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de la acción judicial, ésta se sustanciará por el procedimiento más abreviado compatible con las características del litigio. En ningún caso queda sujeta a previos procedimientos alternativos de solución de conflictos, a menos que estén dispuestos por el acto constitutivo o estatuto.

Cláusulas compromisorias. Los contratos sociales o estatutos pueden incluir cláusulas que sometan los diferendos entre los socios o entre éstos y la sociedad al arbitraje o a la amigable composición.

Valuaciones. Arbitraje pericial. Salvo que el contrato o estatuto prevea otras reglas, las controversias a que den lugar las valuaciones de participaciones sociales, cuotas o acciones se resolverán por árbitros peritos. En tal caso quien impugne el precio atribuido por la otra parte, deberá expresar el que considere ajustado a la realidad.

Pero no estará obligado a pagar uno mayor que el afirmado por la contraparte, ni ésta a cobrar uno inferior al aseverado por el impugnante. Las costas del procedimiento estarán a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación arbitral.

Arbitraje en las sociedades que cotizan en bolsas o mercados. Las sociedades cuyas acciones u otros valores negociables coticen en bolsas de comercio o mercados de valores, quedan obligatoriamente sometidas a la jurisdicción de los tribunales arbitrales permanentes organizados por dichas entidades, respecto de todas las acciones derivadas de esta ley contra las sociedades o los integrantes de sus órganos, como también respecto de las acciones derivadas de otras leyes que rijan la emisión de los valores negociables cotizados y los derechos de sus titulares.

Quedan asimismo sometidas a este arbitraje las personas que efectúen oferta pública de adquisición de acciones o valores, respecto de los destinatarios de esas ofertas. Será competente el tribunal arbitral de la entidad que hubiese autorizado la cotización de la respectiva especie en los términos de los artículos 30 y 31 de la Ley N° 17.811 y, si hubiere más de una, el tribunal arbitral que hubiese estipulado la sociedad en las condiciones de emisión o, en su defecto, se aplicará el principio de prevención”.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es aplicable a las sociedades constituidas en el extranjero respecto de las acciones derivadas de las leyes que rijan su existencia y forma, incluidas las acciones de nulidad de disposiciones estatutarias o reglamentarias y de resoluciones sociales, así como las de responsabilidad social contra los integrantes de sus órganos y sus accionistas.

“Queda a salvo la aceptación de la jurisdicción arbitral por dichas sociedades.

Los accionistas e inversores en conflicto con la sociedad o con los integrantes de sus órganos, así como los destinatarios de la oferta pública pueden optar por la jurisdicción de los tribunales judiciales. En los casos de litis consorcio necesario, la acumulación se efectuará en el tribunal judicial o arbitral ante el cual se hubieren presentado mayor número de demandantes y en caso de igualdad se regirá por el principio de prevención”.

los conflictos societarios entre socios y entre estos y la sociedad distinguiendo al respecto entre las hipótesis de sociedades cerradas y sociedades cotizadas.

Respecto de las primeras establece como forma de debate y solución el “*procedimiento más abreviado que fuera compatible con la cuestión debatida*”.

Elimina pues la explícita referencia al “*procedimiento sumario*”, la cual, además no es apropiada pues provoca debate sobre si alude a una forma específica, la del “*juicio sumario*”, categoría ésta suprimida en la nueva redacción del CPCCN o a la más genérica de un procedimiento breve con elección diferida al juez según las circunstancias y peculiaridad de cada caso (arg. art. 319, 321 y cc. del CPCCN, según Ley 25.488 –B.O. 24/10/01-).

Como fórmula facultativa del contrato o estatuto establece la posibilidad de cláusulas compromisorias que remitan la sustanciación al procedimiento del juicio arbitral o de amigables compondores con lo que alude a aquellos institutos regulados en el Libro VI, títulos I y II del CPCCN²⁵.

La más importante modificación proyectada se advierte en torno a la valuación de las participaciones sociales, cuotas o acciones para las que se establece la competencia de “*árbitros peritos*”, salvo que el contrato o estatuto prevea otras reglas, con cuya expresión debe considerarse involucrada el concepto de pericia arbitral regulada en el art. 773 (Cap. VI, Tít. III del CPCCN), impuesto para el caso de cuentas de difícil comprobación (art. 516) para resolver exclusivamente cuestiones de hecho concretada expresamente²⁶.

²⁵ Ver *supra* Cap. II

²⁶ La adjunción del vocablo “*pericia*” a la decisión “*arbitral*” es definitorio de la naturaleza del procedimiento pues implica la sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en un arte u oficio que debe ser la condición de elección del perito.

La introducción de la *pericia arbitral* a los efectos de la valuación de las participaciones sociales, cuotas o acciones, encuentra claros antecedentes en el Código Comercial que la impone en el art. 128 cuando establece que los barraqueros y administradores de casas y depósitos cuando fueren obligados a pagar faltantes o perjuicios, deberán sujetarse a la tasación que de los mismos hicieren “*peritos arbitradores*”; en el art. 179 que decide la tasación por *peritos* de la indemnización que debe pagar el transportista conductor en caso de pérdida o extravío; en el art. 456 para el reconocimiento de los bienes objeto de ventas hechos sobre muestras o determinando una calidad conocida, en hipótesis de resistencia por el comprador para el recibo de los mismos declaran “*peritos*” si tal resistencia es procedente o no; en el art. 476 para la determinación de vicios, defectos, calidades de las cosas vendidas, es atribui-

Se trata entonces de peritos árbitros, que podrán –no necesariamente– ser designados en el contrato o en el estatuto, como cláusula compromisoria, en forma general y previa al conflicto o bien por las partes estrictamente involucradas en el acto mismo del conflicto.

Se aplican las reglas del juicio de amigables compondores que autorizan a decidir conforme las normas de derecho o principios de equidad.

Los peritos árbitros, deben tener especialidad en la materia de modo que cuando se trate de la valuación de partes, cuotas o acciones, habrán de tener aquellos conocimientos respecto de los que por su profesión tengan idoneidad técnica (contadores, evaluadores de empresa) y además que sean propios de la rama de comercio o industria de la que se trate.

X.-LA VALUACIÓN DE LAS PARTES, CUOTAS O ACCIONES: UN PASO HACIA EL VALOR REAL

La norma proyectada, hace así aplicable para toda hipótesis de valuación de participaciones sociales, cuotas o acciones, el principio

da a "peritos arbitradores" salvo estipulación en contrario.

A su vez el Código Civil, en materia de compra-venta establece que el *precio* de la cosa objeto del contrato debe ser necesariamente cierto (art. 1349, 1era. parte) pero queda referida su determinación al "*arbitrio de una persona determinada*", y cuando lo sea con referencia a otra cosa cierta (art. 1349, 2da. parte) y la persona o personas determinadas no quisieran o no llegaran a determinarlo, la venta quedará sin efecto. En este caso no existe nominación de la "*persona determinada*", pero se deduce del ordenamiento su función de *pericia arbitral* (art. 1350) (MACHADO: "Código Civil", t. IV, pp. 45 y 55).

También la LCQ, según versión Ley 24.522 art. 48 de 1995, consagra la intervención de un estimador del valor de la empresa, que si bien no está enumerado entre los funcionarios del concurso, es objeto de especial referencia en cuanto al modo de designación, remisión y forma de retribución (art. 262).

Esta tarea que puede ser desempeñada por personas jurídicas o por instituciones financieras o expertos, es la de la "*pericia arbitral*". Se trata de sujetos que poseen conocimientos técnicos ajenos al saber específicamente jurídico del juez, siendo auxiliares en la materia de su especialidad que formulan la tasación del valor ("*Pedro y José Martín S.A.*" – Juzgado de Procesos Concursales y Registros N° 3 de Mendoza, 22/05/1997, LL, 1997 - F, 183 con nota de DASSO ARIEL A.). La función de dicho perito tiene las características de dictamen definitivo propias del perito árbitro. Sin embargo, se lo caracterizó en ocasiones como "*perito judicial*", para negarle carácter vinculante a su dictamen.

La Ley 25.589 del 2002 introdujo reformas en el art. 48 y, entre otras, varía el sistema en forma explícita pues determina que el informe o juicio del "*evaluador*" no es vinculante, por lo cual queda caracterizada como medida de *prueba pericial*, quedando a cargo del juez la evaluación definitiva.

que está establecido en la LSC vigente en hipótesis de transferencia de cuotas de la SRL.

Cuando los socios o la sociedad (en caso de transferencia de cuotas) ejerciten derecho de preferencia pueden impugnar el precio propuesto por el adquirente expresando el que “*consideren ajustado a la realidad*”.

La sustanciación de la impugnación se regula por una fórmula de máximos y mínimos: el impugnante no estará obligado a pagar un precio mayor que el afirmado por la contraparte, ni ésta a cobrar uno inferior al afirmado por el impugnante poniéndose las costas del procedimiento a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación de los árbitros peritos.

El Anteproyecto también extiende el criterio del valor real que la LSC, aplica para la determinación del precio de transferencia de las cuotas de la S.R.L., a todo conflicto que, se genere en torno al precio de transferencia de partes de interés en las sociedades personalistas o de acciones de la sociedad anónima cerrada.

De este modo, en la forma en que la doctrina lo había auspiciado incorpora, el principio del “*valor real*” aún cuando, éste criterio no aparezca claramente plasmado cuando se trata de la hipótesis de recesso en la sociedad anónima, ni tampoco ahora, -por aplicación de un envío que a este sistema se realiza en materia de sociedades de responsabilidades limitadas- tampoco en ésta.

Diversamente cuando se trate de **sociedades cotizantes** los Tribunales Arbitrales permanentes de las Bolsas de Comercio o Mercados de Valores en que se realiza la oferta o cotización, tienen competencia **obligatoria**, pero los accionistas e inversores en conflicto con la sociedad o con los miembros de esos órganos y los destinatarios de la oferta pública pueden optar por los Tribunales Judiciales. (Anteproyecto: art. 15, 4to. y 5to párr.).

El sometimiento al arbitraje alcanza a todos los conflictos que se susciten con los destinatarios de las ofertas y es competente al Tribunal Arbitral de la entidad autorizante de la cotización pero **no alcanza a las sociedades constituidas en el extranjero** que estarán regidas por las leyes que regulen su existencia y forma, las que también se aplicarán para las acciones de nulidad estatutarias o regla-

mentarias o de resoluciones judiciales y las de responsabilidad social contra los integrantes de sus órganos y sus accionistas.

XI.- COLOFÓN

El Anteproyecto reivindica la función del Arbitraje en sus distintas especies -Juicio Arbitral, Juicio de Amigables y Pericia Arbitral- e implica una apuesta a la seriedad y transparencia de las instituciones privadas. Supera las objeciones al arbitraje que consagra el decreto 677/01: art. 38 en las sociedades cotizadas y lo instala como principio legal disponible para las sociedades comerciales cerradas, consagrando una de sus especies, la pericia arbitral, para la determinación del “*valor real*” de la participación social, cuotas o acciones.

El arbitraje cobra oportunidad en el particular escenario de la situación de emergencia legal existente en la República Argentina y cuya precariedad está definida por imperio de la ley 25.820: art. 3, hasta diciembre del 2004.

En ese ámbito de convulsión del derecho, la legislación de emergencia adopta perfiles propios que difieren de la de los tiempos de normalidad o aquellos a los que **BIDART CAMPOS** gustó llamar con afortunada nominación “*de paz y sosiego*”.

La emergencia crítica, declarada por las leyes 25.561 y 25.563, alcanza a la jurisdicción oficial.

Una marcada falta de actualización en las estructuras, carencia de medios y proliferación de cuestiones litigiosas han desbordado a los Tribunales de Justicia.

En este marco, la función del arbitraje privado, con origen convencional o institucional, esto es generado por voluntad de las partes o por la de la ley, constituye un factor de descompresión que sin lugar a dudas beneficiará a la administración de justicia entendiendo por tal el concepto general de composición de litigios.

El ámbito del derecho societario también se ha tornado copiosamente litigioso por cuanto las carencias prohíjan los pleitos.

Pero no es suficiente este sólo justificativo que calificamos como de necesidad operativa. Será menester también apostar a la madu-

rez que demanda la propia ley en el desafío a las conductas privadas depositando en manos de jueces no oficiales la dilucidación de conflictos la sagrada misión de dar a cada uno lo suyo.

Además, por último pero tan importante como aquello: el arbitraje satisface a través de la confidencialidad una necesidad que no puede cumplimentar la administración de justicia a cargo del Estado de la cual la publicidad es nota típica.

El hombre de negocios involucrado por la Ley de Sociedades, y la sociedad como persona jurídica necesitan de la confidencialidad para sustanciación y la solución del conflicto porque su trascendencia genera desprestigio y provoca desaliento entre todos quienes, vinculados a la actividad negocial de los sujetos en conflicto, quedarán sumidos en prevenciones negativas.

Apostar pues al arbitraje significa también exigir de la colectividad el acatamiento a conductas en las que la buena fe de juzgadores y justiciables (en el caso, árbitros y arbitrados) constituye condicoinante inexorable de su éxito, pero también una apelación demandante para la transparencia y corrección en la vida negocial, como forma inexorable para recuperar valores perdidos y eficacia diluída.