

ARBITRAJE SOCIETARIO

JORGE ALBERTO ROBIOLO

PONENCIA

- 1) Atento a la no prohibición del arbitraje en la normativa societaria, ha dejado a criterio de las partes su adopción, por el principio de la libertad contractual.
- 2) Se propicia la adopción de la cláusula compromisoria en contratos y estatutos, quedando a criterio de las partes el alcance, y en su caso, el grado de limitación en su determinación.
- 3) Debe aceptarse el arbitraje en materia societaria sin restricciones, ante el expreso sometimiento de las partes, capaces y facultadas para hacerlo, en la cuestión patrimonial en pugna, lo cual afianzará el sistema, neutralizado precisamente al considerárselo inaplicable por su carácter de excepción.
- 4) El arbitraje institucional es medio idóneo en la solución de los conflictos societarios, permitiendo su conciliación, tan necesaria a la convivencia societaria, hoy imperiosamente requerida en la actividad económica del país.

FUNDAMENTOS

“En la medida que la ley autoriza a los sujetos de derecho a constituir su propio juez, mediante la sujeción a árbitros, y que el tema del diferendo verse sobre materia patrimonial perteneciente a sujetos capaces, no se entiende por qué la competencia de la llamada “jurisdicción arbitral” soporta la minusvalía de ser apreciada restrictivamente”.

“La llamada ‘jurisdicción arbitral’ objetivamente debe ser juzgado su alcance como la competencia de cualquier otro oficio judicial”.

*Disidencia del Dr. Alberti en Exproso Albión S.R.L. v. Mercado de Tedesco, Rosa R., CNCiv. y Com., Sala D, 2/9/76.*¹

¹ JA, 1977 I -590.

Hemos citado como cabeza de la presente ponencia, las meditadas palabras del Dr. Alberti, por considerarlas que ellas ubican la cuestión en su justo límite, permitiendo con mayor fluidez la adopción del Instituto, en la solución de los *conflictos societarios*.

1. *Antecedentes*

Recordemos brevemente distintos aspectos del *arbitraje*, acaecidos en el pasado y presente, para diagnosticar el futuro.

En materia societaria el Código de Comercio, en su origen estableció imperativamente la intervención de *jueces arbitradores*, para la solución de *todas las cuestiones que se suscitaban entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación y partición*.

La reforma de 1989 (art. 482) morigeró la rigidez del sistema, incluyendo la posibilidad de estipular lo contrario, en el contrato de sociedad.

La utilidad del instituto, y el alcance de la disposición, originó acalorados debates doctrinarios y jurisprudenciales.²

La crítica estuvo basada en que se trataba de un engranaje más pesado y más caro que la justicia, ante el debate previo sobre constitución del tribunal, bases del arbitraje, proceso utilizado, recursos ante la vía judicial, etc.,³ y sin perjuicio de su bondad, la práctica revelaba sus inconvenientes, propiciándose la abolición del arbitraje forzoso.⁴

La ley 19.550 derogó el art. 482 del Cód. Civil, y estableció el procedimiento aplicable en la promoción de la acción judicial (art. 15).⁵ *Atento a la no prohibición del arbitraje en la normativa societaria, ha dejado a criterio de las partes su adopción, por el principio de la libre contratación.*

Durante los años posteriores a la sanción de la ley escasamente se trató —en el país— la cuestión del arbitraje en materia societaria, salvo para destacar la derogación del sistema anterior, si bien la jurisprudencia se hizo eco de contratos, donde se había pactado su adopción,⁶ los cuales fueron gradualmente modificados, a través de la adecuación al nuevo régimen legal.

² FERNÁNDEZ, R. L.: *Código de Comercio Comentado*, t. I, vol. 2, Bs. Aires, 1970, p. 1227.

³ ZAVALA RODRÍGUEZ, C. J.: *Código de Comercio Comentado*, t. I, Depalma, Bs. Aires, 1959, p. 559.

⁴ SIBURU, J. B.: *Comentario del Código de Comercio Argentino*, t. V, Bs. Aires, 1933, p. 328.

⁵ NISSEN, R. A.: *Ley de Sociedades Comerciales*, t. 1, Bs. Aires, 1982, p. 116.

⁶ MAN, A. C. - PARDINI, M.: *Ley de Sociedades Comerciales*, t. 1, Ad-Hoc, Bs. Aires, 1991, p. 107.

Por entonces se publica la obra de Zaldívar -Manovil-Ragazzi -Rovira,⁷ donde se efectúa un prolijo análisis de la cuestión, destacando que *la carencia de disposiciones legales específicas al arbitraje en materia societaria y la circunstancia de que la jurisprudencia existente además de referirse a un sistema hoy derogado, arts. 448 y 449 del Cód. de Comercio, es contradictoria y no siempre aparece bien fundamentada, hace difícil el análisis del tema.*

Es a partir de la década de 1980 cuando se intensifica —en nuestro país— el estudio del arbitraje local o nacional, en materia mercantil, precedido por una vasta experiencia a través de la actuación de *centros de arbitraje*, como en el caso del Tribunal General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, iniciado en 1963, entidad que como la de Rosario, nuclea a las Cámaras Arbitrales de Cereales, las cuales han desarrollado su labor durante este siglo, con seriedad y prestigio, constituyéndose en antecedentes valiosos en la consideración de la cuestión en análisis.⁸

Es bien sabido que la doctrina procesalista, en el análisis de los códigos de rito, ha efectuado importantes aportes en el estudio del Instituto.⁹

En esencia se ha ido elaborando una corriente doctrinaria, en pos del arbitraje doméstico para su adopción en el campo del derecho privado y económico en general, *como medio alternativo y complementario a la labor judicial.*¹⁰

A partir de la presente década, toma verdadera fuerza, la opinión que destaca la imperiosa necesidad de descomprimir la labor judicial, propendiendo a la adopción de sistemas alternativos, como la *mediación y/o el arbitraje*, a los cuales no es fácil acostumbrar a los abogados litigantes, que crecieron y desarrollaron su quehacer profesional en base a las enseñanzas recibidas en la Universidad, donde se trató al *arbitraje*, como procedimiento excepcional y restrictivo y de aplicación preferente en el pasado.¹¹

⁷ "Cuadernos de Derecho Societario", t. III, vol. cuarto, Bs. Aires, 1976, p. 427.

⁸ JELONCHE, E. I.: "El arbitraje ante la Bolsa de Comercio de Buenos Aires" y "Proposiciones para una mejor aplicación del Arbitraje Comercial", Jornadas Rioplatenses de Derecho Comercial, San Isidro, 1976.

⁹ ALSINA, H.: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal, Civil y Comercial*, Bs. Aires, 1943, t. III, p. 794. PALACIO, L. E.: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Bs. Aires, 1977, p. 447. MORELLO, A. M.: *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, en colaboración con otros autores, pp. 1969/70.

¹⁰ CAIVANO, R. J.: *Arbitraje*, Ad-Hoc, Bs. Aires, 1993. MORELLO, A. M.: *Contrato y Proceso - Aperturas*, Bs. Aires, 1990.

¹¹ CUETO RÚA, J. C.: *La Rutina de los Abogados y la Crisis de los Tribunales del Estado*, DyE Universidad Austral Rosario, 1995, p. 39.

Por su parte, el Poder Ejecutivo Nacional elevó en fecha 31/10/91, el proyecto de ley sobre *arbitraje*, el cual no fue considerado por el Congreso.¹²

La preocupación del caso en materia societaria se plasmó en los importantes trabajos presentados en el V Congreso de Derecho Societario realizado en 1992, recomendándose:

- 1) El arbitraje institucional como una alternativa complementaria del servicio de justicia, dado que no sustituye a los tribunales judiciales estatales.
- 2) Los árbitros deben ser personas de prestigio y especialistas en la materia.
- 3) *De lege data*: la inclusión en los contratos sociales y sus modificaciones de la cláusula compromisoria, delimitando las cuestiones que se someterán al Tribunal arbitral.
- 4) *De lege ferenda*: reformar el art.15 de la Ley de Sociedades a los fines de incluir el arbitraje para la solución de los conflictos societarios.
- 5) Ratificar los tratados internacionales sobre la materia.
- 6) Propiciar una legislación nacional de arbitraje.
- 7) El arbitraje como medio idóneo para resolver las cuestiones que se susciten como aplicación del tratado del Mercosur.
- 8) Propiciar la cultura del arbitraje, con los siguientes alcances: a) formación profesional, b) preparación universitaria y c) divulgación a nivel de los potenciales usuarios del servicio.¹³

Anaya manifiesta en 1994 que: "Entre los casos más recientes llevados a conocimiento del Tribunal (de la Bolsa de Buenos Aires) están prevaleciendo cuestiones de derecho societario", agregando:

"Y creo de especial interés señalar que en 1987 y 1988 la Inspección General de Justicia dio conformidad a estatutos de Sociedades Anónimas que incluyen la cláusula compromisoria en términos sumamente amplios, lo que se trata de un verdadero giro en la materia".

"Atento a que la ley 19.550 remató este proceso al suprimir las reglas legales que regulaban el arbitraje, de ahí lo significativo que resulta este retorno al arbitraje, ahora por medio de las cláusulas compromisorias estipuladas en contratos de sociedad y en estatutos".¹⁴

¹² ROVIRA, R. L.: "El Futuro del Arbitraje como método alternativo para la solución de controversias", *ED*, 150-877. PALACIO, L. E.: "Requiem para el Arbitraje", *ED*, 154/943. LEONARDI DE HERBÓN, H. - FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S.: *Arbitraje Interno e Internacional*, Bs. Aires, 1994.

¹³ "Derecho Societario y de la Empresa", Córdoba, 1992, t. II, pp. 397/487 y conclusiones.

¹⁴ "El Arbitraje en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires" en UNCITRAL, y *El futuro Derecho Comercial*, Bs. Aires, 1994, p. 89.

A partir de julio de 1994 se ha puesto en funcionamiento el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Rosario, como Tribunal privado de conciliación, arbitramento y arbitraje, que tiene competencia para actuar en todo litigio que verse sobre materia transigible, advirtiéndose en la actualidad, en Rosario y zona de influencia la adopción de la cláusula compromisoria, en materia contractual y específicamente societaria.¹⁵

Durante 1995 Anaya, al comentar la disidencia del Juez Boggiano en el fallo de la Corte del 17/11/94, efectúa un meduloso estudio del *arbitraje*, recordando las amplias citas de jurisprudencia sobre el art. 448 del Cód. Civil, traídas por la doctrina en 1909.¹⁶

Últimamente debemos destacar que en forma *alternativa o secuencial* con el arbitraje se propicia la adopción de la *mediación*, como solución de conflictos propios del derecho privado, lo cual abre un campo por demás propicio a la materia societaria, según el alcance que al mismo se le atribuya.¹⁷

2. Alcance del arbitraje en materia societaria

Los criterios limitativos de la jurisprudencia han impedido la difusión del Instituto, antes de ahora.

En efecto, sobre la base de la *interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria* se ha rechazado sistemáticamente la adopción arbitral, sosteniéndose su *no* aplicación:

- cuando se trata de la exclusión de uno de los socios en una SRL;
- cuando se trata de la disolución, liquidación, rendición de cuentas, y restitución de sumas entregadas;
- cuando el conflicto se plantea entre un socio y la sociedad;
- cuando la cuestión planteada entre el socio y la sociedad versa en el cobro del saldo de la cuenta personal de aquél;
- cuando se demanda por disolución, liquidación, rendición de cuentas, exhibición de libros, restitución de la posesión del local social y daños y perjuicios.

Con los criterios expuestos y con la interpretación del entonces art. 448 Cód. Civil, considerándolo como norma restrictiva y de excepción, había quedado poco campo para el arbitraje societario.

¹⁵ "Reglamento y Disposiciones Complementarias del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Rosario", 1994.

¹⁶ "Recursos contra los laudos Arbitrales", *ED*, 161-514.

¹⁷ HIGHTON, E. I. - ÁLVAREZ, G. S.: *Mediación para resolver conflictos*, Ad-Hoc, Bs. Aires, 1995. GOZAINI, O. A.: *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*, Bs. Aires, 1995.

Téngase en cuenta que los casos planteados se han referido a sociedades de interés y de cuotas, en las cuales el elemento personal es relevante.

¿Qué decir entonces para el caso de las sociedades por acciones?, las cuales Halperín, interpretando el art. 448 Cód. Civil, excluía del ámbito arbitral, por considerar que no se daba el litigio entre los socios, presupuesto de la normativa legal.¹⁸

3. *Perspectivas actuales*

Consideramos que en la actualidad, pendiente la reforma el art. 15 de la L.S., incluyendo el arbitraje como solución de los conflictos societarios, los partícipes están legitimados para su adopción en el quehacer societario, con la amplitud o limitación que surja de su libre voluntad, y con las restricciones en materia no transigibles (arts. 842/49, Cód. Civil) o que afecten al orden público (art. 21, Cód. Civil).

Si bien la Jurisprudencia ha continuado interpretando con criterio restrictivo al proceso arbitral, ha sostenido que: "*Reviste carácter forzoso, cuando las partes lo han convenido por una cláusula compromisoria.*"¹⁹

Sin perjuicio de que las transacciones deben interpretarse *estrictamente* (art. 835 Cód. Civil), y la interpretación de los actos que induzcan a probar la intención de renunciar debe ser *restrictiva* (art. 874), lo cierto es que la propia ley procesal (art. 736 C.P.N. y art. 416 C.P.S.Fe) reconocen al *Arbitraje*, como *legítimo procedimiento*, otorgando a los árbitros o arbitadores amplias facultades de carácter jurisdiccional, para llevar adelante el trámite sometido a su consideración.²⁰

Además, es fundamental tener presente, el *carácter negocial* del *acuerdo arbitral*, a través del cual las partes se someten libremente a la competencia de Tribunales Arbitrales, tengan o no carácter institucional, regulando su respectivo alcance. De ahí entonces, y en la medida que en los trámites arbitrales se protéja *el debido proceso* y consiguientes derechos y garantías constitucionales, sus Tribunales tienen competencia para entender en las cuestiones debatidas, con la amplitud del caso.²¹

Se aprecia que la ventaja en la adopción del sistema resulta al incluirlo en una *cláusula compromisoria*, pues no es sencillo obtener la conformidad

¹⁸ "Sociedades Comerciales - Parte General", Bs. Aires. 1966. p. 244.

¹⁹ CNCiv., Sala G, 14/8/90, ED, 141-121.

²⁰ RONDINA, H.: "Una Justicia Alternativa y Supletoria. Arbitraje - Composición - Juicio Arbitral", ED, 146/917.

²¹ La Nueva Constitución Nacional en su art. 42 expresa que: "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos".

para un *compromiso arbitral*, por todos los intervinientes, luego de acaecido el hecho generador, por motivos harto conocidos, esgrimidos erróneamente por los propios abogados y clientes, si bien se nota un cambio gradual en tales criterios, por los serios perjuicios derivados de largos litigios en la materia —por demás delicada— de las relaciones societarias, atentatorias a la propia empresa que se pretende tutelar.

Indudablemente que el tipo de sociedad, *de interés —por cuotas— por acciones*, y dentro de estas últimas, entre empresas *cerradas o abiertas*, influye en la consideración de la cuestión.

En las primeras es válidamente pactable la *cláusula compromisoria*, en relación a las cuestiones que se suscitan entre los socios y entre éstos y la sociedad, con las restricciones legales antes indicadas. Por lógica ante un "*compromiso arbitral*" la cuestión adquiere idéntico alcance, extendiéndose también a los conflictos con terceros.

El campo es por demás propicio en este tipo de sociedades, caracterizadas por el número reducido de sus participantes, vinculados por lazos que con frecuencia trascienden lo puramente comercial, para ubicarse en lo familiar o de amistad; la colaboración directa de los mismos, la administración y fiscalización en sus manos, su responsabilidad hacia terceros, esencialmente por las garantías contraídas en común, todo lo cual coloca el *riesgo empresarial* en cabeza de los mismos.²²

De ahí que una pronta solución a sus conflictos, es de vital importancia para la común-unió n que integran.

En lo atinente a las *sociedades de capital* (específicamente anónimas), es necesario recordar que ellas se estructuran a través de órganos de gobierno, administración y fiscalización, de carácter interno, necesarios de agotar, llegado el caso, para quedar expedita la vía judicial, independientemente de la vía administrativa.

Si bien la ley de sociedades remite a la acción judicial diversos conflictos de carácter societario (arts. 195, 200, 254, 274, 245 y conc.) se ha propiciado la *alternativa* arbitraria para la solución de los mismos.²³ Escurra-Viñuela, quien fuera Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona nos ilustra que en España se ha adoptado en *estatutos, cláusulas compromisorias*, para la interpretación de aquéllos, máxime en las *sociedades cerradas*.

²² RONDINA, H. incluye entre la conveniencia de la materia arbitrable, *cuando sea preciso resguardar los contenidos éticos y afectivos entre parientes o socios* (op. cit.).

²³ GULMINELLI, R. L.: "Conflictos Societarios. Procedimientos Societarios, Administrativos, Judiciales y Arbitrales. Intervención de terceros". V Congreso de Derecho Societario, Córdoba, 1992. p. 419.

La Ley Chilena Nº 1804 de Sociedades Anónimas (22/10/81) establece en su art. 4º que la escritura de dicha sociedad debe expresar:

nº 10) *"La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador"*.

Por su parte el art. 125 de dicha ley dice:

*En los estatutos sociales se establecerá la forma como designaran el o los árbitros que conocerán las materias que refiere en nº 10 del art. 4º de la presente ley. En caso alguno podrá nominarse en ellas a una o más personas determinadas como árbitros. El arbitraje que establece esta ley es sin perjuicio de que, al producirse un conflicto el demandante pueda sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria.*²⁴

Por su parte México en su Código de Comercio incluye el arbitraje comercial regulándolo en los arts. 1415 al 1463 para la solución de las controversias que hayan surgido o pueda surgir entre las partes respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.²⁵

Dado la amplitud de sus términos tienen cabida los conflictos de carácter societario.

El Código de Comercio de Colombia determina en la constitución de la sociedad comercial que: *"Si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a la decisión arbitral o de amigables componedores, y en caso afirmativo la forma de hacer la designación de los árbitros o amigables componedores"* (art. 110, ord. 11).

Dicho Código regula específicamente el arbitramento, para las controversias susceptibles de transacción.²⁶

Para A. Ma. Lorca Navarrete:

"... el convenio arbitral abarca en su ámbito tanto a las relaciones jurídicas contractuales, como a las no contractuales, siendo estas últimas las que podrían surgir a consecuencia de la interpretación de los estatutos de una sociedad u otra persona jurídica".²⁷

²⁴ "Código de Comercio", Editorial Jurídica de Chile, edic. oficial actualizada a septiembre de 1983, p.705.

²⁵ "Código de Comercio y Leyes Complementarias", 59ª edic., Porrúa S.A., México, 1993.

²⁶ "Código de Comercio" compilado por J. ORTEGA TORRES, Bogotá, 1985.

²⁷ "Derecho de Arbitraje Interno e Internacional", Tecnos S.A., Madrid, 1989, p. 59.

En nuestro país existen antecedentes sobre la inclusión del acuerdo arbitral en estatutos de anónimas, en los primeros años de este siglo y durante los años 1987 y 1988 se han autorizado estatutos incluyendo *cláusulas compromisorias*.

En una importante gama de sociedades cerradas y más aún en las abiertas, su accionar se *estructura* más allá de *los estatutos*, por *acuerdos parasocietarios*,²⁸ de corriente aplicación, en los cuales se incluyen generalmente la "cláusula compromisoria", como en *los convenios de sindicación de acciones*, de tanta significación, (declarados como legítimos por el art. 331 de la ley uruguaya n° 16.060 de sociedades comerciales (4/9/89);²⁹ *transferencias accionarias, de paquetes de control, aportes irrevocables, aumentos de capital y operaciones de inversiones, etcétera*.

A la par, en el ámbito *propriadamente societario* vemos hoy en día con mayor frecuencia, acuerdos sobre *transformación, fusión, escisión, etc.*, donde el pacto arbitral resulta de sumo interés por las graves consecuencias que la dilación, en la solución del conflicto, puede acarrear.

Finalmente consideramos que a la *pretensión arbitral* es oportuna canalizarla a través del *sistema institucional*, pues por el mismo se disminuyen notablemente los riesgos de transformarse al caso en *engranaje más pesado*, permitiendo la *previa conciliación* tan necesaria a la *convivencia societaria*, hoy imperiosamente requerida en la actividad económica del país, evitándose el litigio, *fatal* para la empresa.³⁰

²⁸ FAVIER DUBOIS, E. M. (h.) y otros autores: *Negocios Parasocietarios, Ad-Hoc*, Bs. Aires, 1994.

²⁹ SIEGBERT RIPPE: *Sociedades Comerciales - Ley n° 16.060*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991. La ley 14.476 de 1975 derogó el Arbitraje forzoso en los conflictos entre socios.

³⁰ HALPERÍN, op. cit., p. 241.