

NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE ARBITRAJE EN DERECHO SOCIETARIO

WALDO VÁZQUEZ GUIJO

PONENCIA

Se propone, *de lege ferenda*, la aplicación sistemática del arbitraje como medio de solución de conflictos societarios, sin distinción de tipos sociales o materias, salvo pacto expreso en contrario establecido en el contrato social o estatuto.

FUNDAMENTOS

1. Introducción

El arbitraje como instrumento técnico-jurídico ha venido desarrollándose desde la Antigüedad y la Edad Media con resultados diversos. En nuestro país, a pesar de los inconvenientes y dificultades que presenta el aparato jurisdiccional del Estado, parece haber cierta reticencia con respecto al reconocimiento de este instituto como método eficaz de solución de conflictos.

El objeto del presente trabajo es ubicar al arbitraje, como herramienta necesaria, a los efectos de facilitar la rápida, justa y económica solución de conflictos societarios, y al mismo tiempo plantear la necesidad de una legislación apropiada que ajuste este valioso instrumento a los requerimientos actuales, en la convicción de que constituye uno de los métodos más adecuados a los fines propuestos.

2. Antecedentes nacionales

El Código de Comercio conforme el texto de la reforma de 1889, que modificaba el régimen obligatorio de 1862 en esta materia, establecía un régimen optativo de jueces arbitradores, solamente para cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición. El arbitraje se aplicaba, salvo que en el contrato de sociedad se hubiere estipulado lo contrario (art. 448). El art. 449 disponía: "Las partes

interesadas los nombrarán en el término que se haya prefijado en la escritura, y en su defecto, en el que señalare el Tribunal competente. No haciendo el nombramiento dentro del término señalado, y sin necesidad de prórroga alguna, se hará de oficio por el Tribunal, en las personas que a su juicio sean peritas e imparciales para entender en el negocio que se disputa”.

La redacción del viejo código provocó no pocos inconvenientes, y fue criticada por su ambigüedad y por las omisiones en la regulación del instituto, sin embargo el arbitraje en esa época parecía un instrumento posible pero no necesario. Seguramente no se daban otras condiciones que ahora sí, en el ámbito de la jurisdicción pública. Ello sumado al escepticismo de su eficacia provocó el distanciamiento que se daría posteriormente con la sanción de la ley 19.550.

La Ley de Sociedades de 1972, no reguló el arbitraje y sus modificaciones posteriores —ley 22.903 y complementarias— no alteraron la posición original de la nueva legislación societaria. Ello no implica que no se pueda recurrir al arbitraje, cuando así lo pacten los socios en el contrato o estatuto social mediante una cláusula compromisoria. Sin embargo se refleja la preocupación de la comisión redactora en cuanto a la brevedad que deben tener los procedimientos relacionados con los conflictos societarios, al establecer en el art. 15 el carácter sumario del proceso cuando la ley dispone o autoriza la promoción de acción judicial. Aunque latente la cuestión de la rapidez que el régimen societario requiere en la solución de sus controversias, parece aquí apartarse de la jurisdicción arbitral para acercarse a la estatal. La omisión de la regulación de la figura del arbitraje, refuerza esta idea.

Esta omisión nos deja frente a la legislación adjetiva en esta materia, con la regulación del Libro VI, Títulos I y II del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, relativos al juicio arbitral y de amigables compondores, respectivamente, según textos de la ley 22.434.

El Código Procesal dispone (art. 736) que toda cuestión entre partes, con excepción de aquellas que no pueden ser objeto de transacción bajo pena de nulidad (art. 737), puede ser sometida a la decisión de jueces y árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. Agrega que la sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior.

3. *Situación actual*

En este punto es importante destacar la experiencia transmitida por el Dr. Jaime Anaya, del Tribunal de Arbitraje Permanente de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (“Uncitral y el Futuro Derecho Comercial”, pp. 89 a 103), en sus treinta años de funcionamiento. Afirma, el citado autor, que si bien se

trata de un Tribunal de Arbitraje General, se han planteado casos específicos de derecho societario evidenciando un cambio en los últimos años, respecto del objeto de los litigios.

A esto se suma el hecho que la Inspección General de Justicia, en 1987 y 1988, dio conformidad a estatutos de sociedades anónimas que incluyen la cláusula compromisoria a efectos de recurrir al método del arbitraje en caso de conflictos (ob. cit.).

Es importante también apuntar las expresiones del Dr. Julio César Cueto Rúa ("Uncitral y el Futuro Derecho Comercial", pp. 58 a 60), quien explica los factores de la debilidad y limitación del arbitraje en nuestro país, basados, por un lado, en el entrenamiento que reciben los abogados sobre la base presupuesta de que el Estado y sólo el Estado crea normas obligatorias con intervención de los poderes Legislativo y Ejecutivo; y por otro, en el interés de los clientes de una tramitación dilatada de los conflictos, favorecidos por la situación económica, política y social del país. Este autor, sostiene que, en la actualidad, estos factores y la realidad nacional están cambiando, debido a la estabilidad económica y la eliminación de la inflación y también la crítica situación de la justicia argentina. Para este autor, el arbitraje puede ayudar a descongestionar los juzgados actualmente colmados de su tiempo y espacio.

En las circunstancias actuales, pues, se dan las condiciones necesarias para que el arbitraje societario ocupe el lugar que le corresponde, y para ello es preciso establecer un régimen apropiado y adecuado a esta materia en particular, que abarque la totalidad de las cuestiones de la vida de las sociedades, sin exclusiones de materias.

4. *Legislación comparada*

En la mayoría de los países el arbitraje está legislado en los Códigos de Procedimientos Civiles (Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Portugal, Holanda, Noruega y los países latinoamericanos entre ellos el nuestro). En otros (Suecia, Inglaterra, España —recientemente—), está regulado por leyes especiales. Chile regula el arbitraje en la Ley Sobre Sociedades Anónimas (art. 125) de octubre de 1981.

La regla general de que todos los derechos pueden someterse a arbitraje, presenta excepciones, que sustraen del ámbito de su competencia las cuestiones en las que está involucrado el orden público o el interés de terceros.

Así la Ley española de arbitraje, n° 36/1988, dispone en su art. 1° que "mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho". El art. 2° establece: "No podrán ser objeto de arbitraje: ...b) las

materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición...”.

La ley n° 18.046 sobre Sociedades Anónimas (1981), de Chile, regula el arbitraje referido exclusivamente a este tipo societario, en el art. 125 establece que el o los árbitros conocerán las materias a que se refiere el n° 10 del art. 4° de la presente ley, que menciona los recaudos que debe expresar la escritura de la sociedad: “...10) La naturaleza 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”.

5. Límites de competencia del arbitraje. Orden público

Tal como se encuentra legislado el arbitraje en nuestro Derecho (Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, arts. 736 y ss.), al igual que en la Ley de Arbitraje española y la regulación para las sociedades anónimas chilenas, el instituto está reservado sólo a las cuestiones de los intereses privados.

Como afirma Solá Cañizares (ob. cit., p. 349), en el fondo de todas las normas nacionales que regulan el arbitraje, late como principio fundamental el de la renunciabilidad de los derechos subjetivos privados.

En efecto, el art. 737, de nuestro código procesal, dispone que no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción. Por su parte, el art. 844 del Cód. Civil prescribe que no pueden ser objeto de transacción las cosas que están fuera del comercio, y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención.

Cabe aquí señalar que el problema de la determinación del ámbito de las normas imperativas o de orden público, es atinente a toda transacción, sea extrajudicial, judicial o arbitral, sin embargo, por una cuestión de “postura mental”, a mi juicio discriminatoria, somos más proclives a pensar en la afectación de la imperatividad o del orden público por parte de un laudo que por parte de una sentencia judicial. De todas formas, nuestro tema es el arbitraje y desde este punto de vista debemos recordar las dificultades que plantea la falta de precisión en la determinación del ámbito de la imperatividad o del orden público.

En tal sentido, la problemática del orden público es considerada en cierta forma como un verdadero misterio. Lejos de axiomáticos los conceptos de interés general y orden público han sido materia de discusión doctrinaria. En cierta forma, y dadas las circunstancias actuales, entiendo llegado el momento de establecer si el arbitraje puede y debe aplicarse a la resolución de los conflictos en el área del derecho societario. Aún en las cuestiones en las que parece verse afectado ese orden público.

Como se apuntó más arriba, las condiciones para que esto se dé, es decir, estabilidad económica y política, y extrema dilación de los procesos sometidos a la jurisdicción pública, son un hecho concreto hoy. Entonces resta: 1°) establecer los valores de los conceptos que limitan la utilización del arbitraje en todos los conflictos de esta materia; y 2°) proponer la sanción de una ley específica en este campo.

Para definir el *primer punto*, es necesario tener en cuenta que el "orden público" supone una valoración subjetiva de su contenido. Tomando las palabras y las citas de los Dres. Susana C. Navarrine y Rubén O. Asorey, en su trabajo "Arbitraje" (LL, pp. 53 a 55), "todavía hoy la cuestión de saber si tal disposición legal es de orden público o no, depende casi exclusivamente de la opinión o concurrencia de cada cual" (Arminjon, *Precis de droit international privé*, p. 154).

Por eso "se puede decir que hay tantas opiniones como autores han tratado el tema" (Pillet y Nibayet, *Manual de Derecho Internacional Privado*, p. 406) y al "variar su contenido en el tiempo y en el espacio, conjugándose ambos elementos en el momento de realización del acto, su aplicación resulta discrecional en manos de los jueces" (R. de Nova, *La jurisprudence ùilienne en matièere de conflicts des lois de 1935 a.1949*, p. 172).

Bielsa, por su parte afirmaba que "el concepto de bienes públicos no puede tomarse sino en sentido de bien del dominio público o afectado al uso público o al servicio público y sólo en cuanto se trata de su carácter jurídico (afectación, destino o enajenación)". Así se restringe la limitación de la materia arbitrable a la posibilidad de juzgamiento por árbitros de la afectación, destino o enajenación de bienes del dominio público. Se deja de lado la vieja y reiterada concepción que encontraba el límite del compromiso arbitral en lo que pueda afectar el orden público. Se deja de lado la vieja y reiterada concepción que encontraba el límite del compromiso arbitral en lo que pueda afectar el orden público o el ejercicio de la soberanía. (Navarrine...ob. cit., p. 53).

Entiendo que las circunstancias actuales de tiempo y espacio, y las condiciones antes descriptas son favorables para atravesar las anteriores limitaciones que sujetaban al arbitraje a aquellas cuestiones en las que sólo el interés privado de las partes estaba involucrado, para sumarle todos los conflictos que pudieren suscitarse en el ámbito societario.

En cuanto a la *segunda cuestión*, es preciso comprender la necesidad de la existencia de una legislación adecuada en materia societaria, que permita recurrir al arbitraje en conflictos de toda naturaleza, y en forma sistemática. La "Justicia" de cualquier especie, sea pública o privada, cuando dilata la solución de los conflictos, o llega tarde, no es "Justicia". Porque en ese caso, las circunstancias fácticas y jurídicas habrán cambiado y será necesario un nuevo ajuste a la situación creada por la dilación que seguramente no estará contemplada en la sentencia.

Ese objetivo no puede concretarse sin la aplicación sistemática del arbitraje en los contratos o estatutos sociales, de tal manera que las partes puedan pactar la solución de sus controversias a través de un tribunal arbitral cuyas previsiones deberán estar contempladas en ellos. En caso que se omitiera la referencia al arbitraje, éste se aplicará sistemáticamente a la solución de los conflictos que pudieran suscitarse. Sólo el pacto en contrario, podrá evitar el sometimiento a la justicia arbitral y entonces las partes tendrán la libertad de recurrir a la jurisdicción pública.

El laudo arbitral deberá ser dictado en el término de seis meses de manera que si transcurrido dicho plazo no se hubiere dictado el laudo, quedará sin efecto el convenio arbitral y expedita la vía judicial para plantear la controversia. Deberá ser obligatorio e irrecurable. Sólo se admitirá el recurso de nulidad cuando el laudo se hubiera dictado fuera de plazo, y en aquellos casos que tornan nulos los fallos judiciales por aplicación del Código de Procedimientos.

En este sentido cabe tener presente las palabras de la Dra. Ana I. Piaggi ("Otra Vez Sobre la Conveniencia de Adoptar La Ley Modelo de 1985 Sobre Arbitraje Comercial Internacional de Uncitral", ob. "Uncitral y el Futuro Derecho Comercial", p. 66), cuando afirma que "el juez no puede ni debe ser un revisor en segunda instancia de los árbitros, porque el procedimiento arbitral no es un seudo proceso judicial privatizado. La tutela judicial debe ser efectiva garantía del convenio arbitral; impidiendo a las partes incumplidoras acudir al procedimiento judicial si se hubiera pactado el arbitraje, cooperando con la adopción de medidas cautelares que permitan su normal desarrollo, frente a la pasividad de alguna de las partes o a su mala fe en la administración de las pruebas o de medidas provisionales que impidan la sustracción de activos que pongan en peligro la ejecución del laudo, y debe intervenir en temas puntuales con limitados recursos".

Por ello, la ejecución forzada de los laudos deberá estar contemplada en la regulación, para el caso de incumplimiento. Una vez firme el laudo arbitral, podrá obtenerse su ejecución forzosa, ante el Juez de Primera Instancia del lugar en donde se haya dictado, por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias firmes.

6. Conclusión

Con estas bases, y las correspondientes modificaciones a las normas de la Ley de Sociedades vigente que prescriben en forma excluyente la acción judicial (por ej. arts. 15, 17, 18, 37, 251, 252, 253, etc., L.S.), se permitirá incorporar al arbitraje en la solución de los conflictos societarios, y con ello la utilización de un valioso instrumento de administración de "Justicia". La experiencia y el prestigio de los miembros de los Tribunales Arbitrales institucionales ya existentes respaldan esta afirmación.