

El arbitraje como método de solución de conflictos entre los socios

Santiago María Cardozo

Sumario

En esta ponencia se sostiene que en los conflictos societarios, cualquiera sea este, puede someterse a arbitraje su decisión, aún cuando el conflicto pueda versar sobre normas de orden público, lo que contraría el art. 1649 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación.

Esta propuesta se funda, en 6 argumentos:

Primero en la autonomía de la cláusula compromisoria, reconocida en el art. 1653 del Código Civil y Comercial de la Nación; lo que implica que aunque el contrato fuese nulo, contrariando o no el orden público societario, la cláusula compromisoria subsiste y por lo tanto las partes en virtud de dicha autonomía podrían recurrir al Tribunal de Arbitraje para buscar la solución del conflicto.

Segundo en el principio de la competencia de la competencia reconocido en el art. 1654 del Código Civil y Comercial de la Nación, que consiste en reconocer que el Tribunal de Arbitral es competente para determinar si efectivamente un conflicto es de su atribución o no. De modo que aún cuando en el conflicto societario pueda estar involucrado el orden público es el Tribunal el que entenderá primero en la solución del conflicto, disponiendo si efectivamente es competente o no lo es.

Tercero en la posibilidad de revisión judicial de los laudos dictados por los Tribunales de Arbitraje, conforme lo dispone el art. 1653 del Código Civil y Comercial de la Nación. Es que nunca el orden público se verá violado ni afectado desde que todo laudo, sea de amigable componedor o de derecho, y aún cuando las partes hayan renunciado a su facultad de recurrir; es revisable judicialmente ya sea por la acción de nulidad (si hay renuncia a recurrir) o mediante un recurso de apelación ordinario si no se ha renunciado esta facultad. Y con tal revisión se asegura una solución que nunca podrá estar reñida con el orden público.

Cuarto en la interpretación de lo que debe entenderse por orden público en materia de arbitraje a la luz de las controversias excluidas previstas en el art. 1651 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que considerando tales controversias excluidas, resulta posible interpretar que lo que se pretende excluir del arbitraje es la materia jurídica en la que esencialmente rige el orden público y no en los conflictos en los que esencialmente rigen intereses particulares.

Quinto en la imprecisa noción de lo que se entiende por orden público societario y la posibilidad de que cualquiera de las partes en el contrato de arbitraje (y societario) pueda sustraerse del tribunal de arbitraje acordado, con la alegación de la violación de alguna norma imperativa o interpretada como de orden público societario.

Sexto, en otras razones de índole práctico tales como la especialidad que pueden tener sobre un tema los árbitros siendo esa la razón de la elección de estos para dirimir los conflictos, o la confidencialidad que se les asegura a las partes en el proceso de arbitraje, teniendo en cuenta que la idea es respetar la voluntad de las partes y el arbitraje no es una carta abierta para la violación del orden público, máxime teniendo en cuenta la posible revisión judicial ya aludida.

Ponencia

En estas líneas propongo el interrogante acerca de si en el amplio ámbito del derecho societario, el arbitraje como método adversarial de solución de conflictos tiene alguna limitación, a la luz del concepto de arbitraje en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

¿Podemos someter a un Tribunal de Arbitraje cualquier conflicto societario?.

Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación en el 1649 al definir el arbitraje expresamente adopta lo que ya la doctrina y jurisprudencia decía sobre el particular: *“Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público”*.

Alude así en la definición al carácter contractual del arbitraje, y a la materia arbitrable, es decir a los conflictos que pueden someterse a conocimiento y decisión de un Tribunal de Arbitraje.

El principio es que todo conflicto de intereses privados, o disponibles, constituye materia susceptible de ser tratada y resuelta mediante Arbitraje.

Ello porque se trata de derechos disponibles. Si bien el principio resulta claro, la situación ha provocado no poca discusión, dada la limitante de que no se encuentre comprometido el orden público.

Por ejemplo, que ocurre si en un contrato donde se ventilan derechos privados y disponibles, se pacta una cláusula de ajuste prohibida expresamente por La Ley siendo tal prohibición de orden público. Ciertamente ello no le quita al Tribunal de Arbitraje jurisdicción, pues esencialmente estamos en presencia de intereses privados o disponibles, con la salvedad de que el Tribunal deberá respetar esas normas de orden público por no ser disponibles.

En rigor de verdad, el arbitraje así concebido no es más que la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad y le caben las mismas limitaciones que a tal principio. Queda de este modo excluida, la posibilidad de someter a árbitros toda materia o rama del derecho en la que esté involucrado principalmente el orden público. Por tal motivo no puede ser sometido a arbitraje convencional, lo que es materia penal, o de familia, o sucesiones, o los contratos con cláusulas predisuestas, etc..

Corresponde analizar si en el derecho societario, esencialmente privado y disponible, es posible someter al arbitraje todo conflicto societario, o si existe alguna limitación para comprometer en árbitros, teniendo presente la exigencia de que en los conflictos no se encuentre comprometido el orden público.

Adelantamos nuestra conclusión de que independientemente de lo que se considere como orden público societario, y las consecuencias jurídicas que se deriven contra el acto violatorio de ese supuesto orden público, puede someterse a arbitraje todo conflicto societario sin limitación alguna:

1.- Autonomía de la Cláusula Arbitral

El codificador haciéndose eco de lo que doctrina y jurisprudencia ya decían en forma unánime, reconoce el principio de la Autonomía del Contrato de Arbitraje. El arbitraje es un acuerdo de voluntades autónomo e independientemente del, o de los contratos o relaciones que se deciden someter a arbitraje.

Tal acuerdo es el origen y legitimación de la jurisdicción de cualquier Tribunal Arbitral (obviamente aludimos al arbitraje convencional y no al denominado forzoso o legal).

Ahora bien puede ocurrir, como generalmente ocurre, que el contrato de arbitraje se limite a una cláusula arbitral en la que las partes pactan dirimir sus diferencias ante el Tribunal de Arbitraje, definiendo ahí con mayor o menor detalle aspectos del arbitraje al que se someten (de derecho o de amigables compondores, institucional o ad hoc, procedimiento, etc.).

¿Qué ocurre con una cláusula de este tenor en un contrato en el que las partes discuten la nulidad o validez del contrato? Y si tal nulidad estuviera fundada en una supuesta violación de una norma que podría de orden público?. La cláusula arbitral ¿Es independiente del resto del contrato?.-

Nos vemos en la necesidad de expedirnos en términos generales no sin recordar que la casuística puede ser de una riqueza que exija en algún caso concreto excepcionar este principio general.

Entendemos que la cláusula compromisoria es independiente del contrato en el que fue pactada, que incluso pudo pactarse aparte, y tal es el tratamiento que corresponde dar. Así lo ha dispuesto el Código Civil y Comercial de la Nación en su Artículo 1653, *El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.*

En efecto de no ser así bastaría con que una de las partes discutiera la validez del contrato para que entonces se judicialice el caso y se sustraiga de la voluntad de las partes de someterlo a arbitraje, burlando así la competencia y jurisdicción a la que las partes decidieron libremente someterse.

Por otro lado la autonomía de la cláusula arbitral se ve abonada por la distinta naturaleza jurídica de un contrato (de sociedad en el caso) respecto de la cláusula compromisoria.

En efecto en el contrato en general se pacta lo que las partes entienden justo en orden a las prestaciones a cargo de cada una de ellas, y la cláusula compromisoria no alude a estas prestaciones ni a la justicia del contrato. Es un acuerdo referido a un modo de superación de los conflictos. Su finalidad y razón de ser de ninguna manera refiere al contrato y sus prestaciones, es esencialmente distinta.

Es que si aún las normas contractuales tendientes a reglar los derechos de las partes pueden algunas ser nulas sin afectar el resto del contrato, con mayor razón en el caso de cláusula compromisoria.

También hay que recordar el principio de la subsistencia de los actos jurídicos, por lo que la nulidad o anulabilidad de estos es la excepción, y por ello si el acto es divisible la nulidad de una de sus partes no afecta la validez de las otras partes. En este sentido conforme el principio de la subsistencia de los actos jurídicos, existe autonomía a la cláusula compromisoria con independencia del contrato.

En consecuencia podemos aludir a una primer conclusión consistente en que en virtud de la autonomía de la cláusula arbitral, frente a un contrato societario nulo, o a alguna cláusula nula, o a alguna decisión o acto jurídico

nulo, con fundamento en la violación de normas societarias consideradas de orden público (y en consecuencia indisponibles); es el mismo Tribunal de Arbitraje previsto en el contrato de Arbitraje, el que decidirá sobre tal nulidad, teniendo plena competencia y jurisdicción para ello.

2.- Competencia de la Competencia

Otro de los principios existentes en el contrato de arbitraje es el denominado “competencia de la competencia”, consistente en que todo tribunal de arbitraje es competente para determinar su propia competencia. Dice el Artículo 1654 del Código Civil y Comercial de la Nación: *Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.*

El principio general es que el Tribunal de Arbitraje es Competente para entender en un asunto en el cual se haya discutido precisamente su competencia. Frente a este planteo es el propio Tribunal, como si fuera un juez o tribunal estatal, el que debe resolver positiva o negativamente su competencia.

Este principio es reconocido ya por nuestra Corte Suprema de Justicia al declarar que subsiste la cláusula compromisoria y sus consecuencia aún en frente al concurso de una de las partes³⁰⁶.

Que el Tribunal sea competente para decidir sobre su ámbito de atribuciones o competencia es razonable. Hoy prácticamente es uniforme la jurisprudencia en tal sentido.

A modo de ejemplo podemos citar lo ocurrido en los autos “Uriburu Sanguinetti Ingeniería Construcciones S.R.L. s/concurso preventivo”. El Tribunal donde radicaba el Concurso, le solicita al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, por aplicación de lo dispuesto en el art. 21, inc. 1° de La Ley 24.522 la remisión de los autos “Uriburu Sanguinetti Ingeniería Construcciones S.R.L. c/Hotel Internacional Iguazú S.A.”, allí en trámite (v. fs. 876 y 884/886). El tribunal arbitral, ratificó su competencia para conocer en el litigio y resistió el pedido de remisión al juzgado donde tramita el concurso de la actora, invocando para ello la aplicación al sub lite de lo establecido en el art. 134 de La Ley 24.522 (v. fs. 781/783 y 881, respectivamente).

³⁰⁶ “La Nación S.A. c/ La Razón S.A.”, 01-01-88, LL 1989-B-476. “Energomachexport S.A. c/ Establecimientos Mirón S.A.”, 11/07/96, LL 1997-A-6, ambos citado por Roque J. Caivano, op. cit.

En el mismo sentido de admitir la competencia de la competencia ha expresado la Sala D, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Dres. Gerardo G. Vassallo - Juan J. Dieuzeide - Pablo D. Heredia): “2. *Es sabido que, por principio, incumbe al propio tribunal arbitral resolver sobre su competencia; regla esencial en esta materia que se expresa bajo la fórmula “competencia - competencia” y cuyo efecto positivo se extiende en dos planos, legitimando al tribunal arbitral a resolver sobre la validez del acuerdo arbitral y si la causa está comprendida o no en el acuerdo arbitral. Y aunque esa decisión puede quedar sujeta a revisión judicial posterior, es decir, que la regla no atribuye al tribunal arbitral la exclusividad, sino la prioridad para decidir sobre la competencia, tal situación depende de la normativa aplicable en cada caso (Rivera, El arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia de su Corte Suprema, Academia Nacional de Derecho, 2007, agosto, 1)*”³⁰⁷.

En conclusión, si en un contrato societario, o decisión societaria o acto jurídico societario, que estuviera sometido a Arbitraje, se pretendiese discutir la incompetencia del Tribunal por estar involucrada normativa de orden público, es el propio Tribunal de Arbitraje el que decidirá a la postre sobre su competencia calificando o no la normativa como de orden público y determinando si la normativa que se pretende como de orden público implica su inhibición o si, por el contrario, está obligado a expedirse adoptando una decisión final.

3.- Revisión Judicial de los Laudos

Una de las diferencias entre el Arbitraje de Amigables Compondores y de Arbitros de Derecho, reconocidas en la doctrina, jurisprudencia y los Reglamentos de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, y el de la Bolsa de Comercio de Mendoza, es que en ausencia de pacto expreso de las partes, las decisiones adoptadas por un Tribunal que lauda como arbitro iuris es recurrible por ante la justicia ordinaria como si se tratase de un fallo de primera instancia, y que el laudo de amigables compondores es irrecurrible ante la justicia, aunque susceptible de ser atacado de nulidad. En ambos casos es revisable aunque con distinta amplitud

El nuevo Código Civil y Comercial, en su Artículo 1656, refiere a la revisión de los laudos arbitrales expresando que: *El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribu-*

³⁰⁷ “Harz Und Derivate y Otra c/Akzo Nobel Coatings SA y Otras s/Organismos Externos, en fecha 28/10/2009, citado por IJEditores como Cita IJ-XXXVII-545.

nal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifestamente nulo o inaplicable.- En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje. Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.

La redacción de este Artículo no es lo suficientemente clara pues hubiese sido importante que se reconociera las consecuencias de los dos tipos de arbitraje aludidos y las consecuencias en materia de recurribilidad que existe entre uno y otro.

Es que la facultad de recurrir un laudo es materia disponible, alcanzada por el principio de autonomía de la voluntad, en consecuencia las partes pueden expresamente limitar o pactar sobre esta posibilidad de recurrir el laudo, pues con ello no se afecta garantía constitucional alguna. Dicho pacto podrá contener la renuncia a recurrir el laudo, pero nunca tal renuncia implicará imposibilidad de discutir la nulidad del laudo (lo que es irrenunciable).

En el caso de revisión de los laudos por vía de apelación (recurso renunciable) esta revisión es más amplia, pues al igual que la apelación ordinaria, el Juez de Segunda instancia podrá revisar el contenido de lo resuelto. En el caso de que la revisión judicial sea por vía de la interposición de la nulidad del laudo, entonces la revisión va a ser más restringida pues se limitará a tratar la existencia de las causales de nulidad y decidir la invalidez total o parcial del laudo.

Los laudos dictados en el marco de un proceso de amigables componedores, son irrecurribles en principio por vía de apelación, y solo son impugnables por vía de la acción de nulidad que es bastante más acotada, precisamente porque las causales de nulidad que afecten el laudo, son de orden público y no son materia disponible.

En el caso de arbitrajes de derecho, siendo en principio apelables, el Tribunal de Alzada tiene mayores facultades de revisión, pudiendo ciertamente expedirse sobre la nulidad del laudo, pero la jurisdicción de este Tribunal se extiende no solo a la nulidad sino al contenido del Laudo. Si el recurso de apelación fuese renunciado entonces queda la vía impugnativa de la acción de nulidad, al igual que en el caso de los arbitrajes de amigables componedores.

La acción o recurso de nulidad, deberá ser resuelto por el juez que hubiese entendido en el conflicto en caso de que no hubiese existido el acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, y la decisión del juez no podrá revisar el contenido del laudo, sino la existencia de alguna causal de nulidad declarando nulo total o parcialmente el laudo.

A modo de ejemplo de lo pactado en una cláusula compromisoria referido a la renuncia a interponer recursos de apelación, cabe mencionar algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

En el caso Cartellone, reconoce nuestro máximo Tribunal la licitud de la renuncia a recurrir el laudo arbitral: *“Al respecto es menester examinar los alcances de la renuncia de las partes a apelar la decisión de ese tribunal. Si bien ello implicaba, en principio, una cuestión disponible conforme al principio general enunciado en los arts. 1197 y 19 del Cód. Civ., corresponde considerar las normas que, también con categoría de principios, establece el mismo código en relación a la renuncia de derechos...”*

... no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable (Fallos: 292:223)³⁰⁸.

En el mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “Pestarino de Alfani, Mónica A. c/Urbaser Argentina S.A.” y “Cacchione, Ricardo C. c/Urbaser Argentina S.A. s/Recurso de Hecho **Fecha:** 11-03-2008, donde sostuvo el Tribunal: *“Que el caso se trata de un recurso interpuesto directamente contra una decisión adoptada por un tribunal arbitral cuya jurisdicción para intervenir en la presente controversia ha sido libremente convenida por las partes, las que, además, han renunciado expresamente a interponer recursos judiciales. En tales condiciones, sólo resulta legalmente admisible la intervención de los jueces mediante la vía prevista en el art. 760, 2º párrafo del C.P.C.C.N., en cuyo marco si se configurasen los extremos previstos en el art. 14 de La Ley N° 48, cabría admitir la intervención de esta Corte. Por ello, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito de fs. 161. Notifíquese y, oportunamente, archívese.” Ricardo L. Lorenzetti - Carlos S. Fayt - Enrique S. Petracchi - Juan C. Maqueda - Carmen M. Argibay.³⁰⁹*

³⁰⁸ “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidroeléctrica Norpatagónica S.A.”, 1/06/04, Citado por IJEDITORES

³⁰⁹ “Pestarino de Alfani, Mónica A. c/Urbaser Argentina S.A.”. De Fecha: 11/3/2008 citado por IJ EDITORES como Cita: IJ-XXVII-292; “Cacchione, Ricardo C. c/Urbaser Argentina S.A. s/Recurso de Hecho Fecha: 11/3/2008, citado por IJ EDITORES como Cita: IJ-XXV-657.

Cabe citar además un fallo que arroja mucha claridad sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y su posterior revisión, dictado por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Dres. Gerardo G. Vassallo - Juan J. Dieuzeide - Pablo D. Heredia), en fecha 8/08/2007, al resolver sostuvo entre otras cosas que: “6) *Ingresando, ahora, en el examen de la queja que denegó el recurso de apelación y nulidad articulado por Gasnor S.A., corresponde recordar, ante todo, que la administración privada de justicia que implica el arbitraje no es ajena a cierto control judicial, el cual no es susceptible de ser suprimido totalmente, en razón de una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos como el de “promover la justicia” y también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa -cumplidos ciertos recaudos- a los laudos arbitrales. A todo evento, la mayor o menor amplitud del control judicial depende de la misma voluntad que dio origen al arbitraje: de máxima extensión, si las partes cuentan con el recurso de apelación por no haber renunciado a él o limitado a ciertos ámbitos eminentemente formales en el supuesto de que los contratantes hayan renunciado a aquella apelación y sólo dispongan del recurso de nulidad del laudo arbitral (C.S.J.N., 17/11/94, C. 950. XXIV. “Color S.A. c/Max Factor Sucursal Argentina s/Laudo Arbitral s/Pedido de Nulidad del Laudo”, Fallos 317:1527, voto del juez Boggiano),...*

7) *... es evidente que la renuncia voluntaria al derecho de acceso a los recursos contra un arbitraje no puede de suyo ser considerada como contraria al orden público, ya que no involucra la renuncia a ningún derecho constitucionalmente amparado, sino a un derecho de base legal como es el de la posibilidad de revisión por una instancia superior (conforme, González Quiroga, M., ob .cit., págs. 356, N° 353), cabiendo recordar en ese sentido que la garantía de la doble instancia no tiene jerarquía constitucional en juicios civiles (conforme CSJN, 11/04/06, H. 45. XXXVII. “Hojman, Rubén E. s/Concurso Preventivo s/Inc. de Revisión Promovido por Giannella, María C.”)...*

Y aunque, ciertamente, lo precedentemente expuesto no signifique, de ninguna manera, que la renuncia a los recursos contra un laudo arbitral implique, a la vez, una renuncia de las partes a hacer valer el orden público que pudiera estar involucrado en el caso laudado, ya que el control judicial del orden público es irrenunciable y las partes mediante la renuncia indicada no pueden escapar del mismo (conforme González Quiroga, M., ob. cit., págs. 665, N° 670), no menos verdadero que ello es que, dentro de tan especial escenario, la demostración de una afectación al orden público debe ser clara e indubitable por parte de quien alegue su existencia, y no el resultado de genéricas postulaciones ... admitir otra cosa o siquiera flexibilizar ese criterio interpretativo, podría conducir a dejar indebidamente de lado,

sin razones valederas, la regla según la cual corresponde al juez respetar la renuncia -a la jurisdicción natural, en general, y a la posterior revisión por los jueces del Estado, en particular- sin atender a posteriores retractaciones que solapadamente puedan intentar las partes como consecuencia de una resolución adversa, desnaturalizando el instituto del arbitraje al privarlo de uno de sus más preciosos beneficios (conforme, CSJN, Fallos 325:2893, voto de los jueces Boggiano y Nazareno).

4.- ¿Qué se pretende decir al mencionar el orden público como limitante en el Código Civil y Comercial de la Nación?

El Código Civil, luego de definir el contrato de arbitraje refiriendo el concepto a la materia arbitrable (derechos disponibles y que no esté comprometido el orden público) menciona materias excluidas. En tal sentido expresa el art. 1651, “*Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias: a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; b) las cuestiones de familia; c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e) las derivadas de relaciones laborales. Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.*”

La enumeración refiere más bien a ramas del derecho, como lo son el derecho de familia, o el derecho de los consumidores, o el derecho laboral, en los que está comprometido el orden público excluyendo en los contratos que involucren tales ramas de la posibilidad de someter a arbitraje.

Pero en las ramas del derecho denominado privado donde no está involucrado el orden público como lo es el derecho societario es evidente que todo es materia arbitrable.

5.- Existe el orden público societario?. En caso de que se considere que existe: ¿Ello impide someter al juicio arbitral algunos de los conflictos societarios con fundamento en tal orden público?

Dado que el Código Civil y Comercial (siguiendo lo que la doctrina y jurisprudencia entendían como arbitraje) establece como limitante de la materia arbitrable al orden público, se torna imperioso ahondar en este concepto para saber si en materia societaria existe ese orden público limitante de la autonomía de la voluntad

La conceptualización de lo que debe o puede entenderse por orden público, es diversa. Los autores adoptan posturas filosóficas para su conceptualización. Creemos que lo más preciso es considerar al orden público como la concreción en el derecho positivo de la noción de bien común como causa fin del Estado y en consecuencia el orden público se aplicaría a toda norma cuya violación afectase ese bien común.

Si bien el concepto en la teoría puede ser comprensible, la dificultad estriba en determinar su existencia en la práctica y más aún la dificultad en materia societaria, habiéndose vertido las opiniones más diversas. Sin embargo más que conceptualizar el orden público, todos sabemos que cuando se menciona tal término lo que se pretende es que la norma sea imperativa, sin posibilidad para las partes y aún para el juez de apartarse de dichas normas.

Entendemos que en materia societaria el principio que rige es el de la autonomía de la voluntad, en consecuencia tal es la regla y cualquier limitación debe interpretarse restrictivamente por su carácter excepcional.

Sin entrar en una casuística cabe preguntarse que ocurriría si en un estatuto social se insertaran disposiciones que implicasen alguna violación o disminución de los derechos de los socios que pudiesen considerarse inderogables; tales como el derecho de voto, el de suscripción preferente, el de recesso, el de acrecer, el derecho al dividendo, el de asistir a las asambleas, el derecho a liquidar la sociedad, el derecho a que la acción circule libremente, entre muchos otros derechos políticos, económico y patrimoniales. ¿Puede un conflicto generado en estas violaciones someterse a un tribunal de arbitraje?

Entendemos que en todos estos casos, no obstante tratarse de normas imperativas, las mismas pueden ser aplicadas e interpretadas y eventualmente solucionado un conflicto por un tribunal de arbitraje, pues en lo fundamental el derecho societario es materia disponible, y si en algún momento el tribunal debiera invocar normas de orden público, ello no invalida su actuación, habida cuenta que en última instancia todo laudo es revisable por la justicia, ya se trate de arbitraje de amigables componedores o de derecho, y con más razón será revisable si el laudo hubiese sido dictado en violación a alguna norma de orden público. Con lo cual el respeto al orden público está asegurado.

Caso contrario insistimos en que resultaría una simple estrategia de cualquiera de las partes el esgrimir la existencia de normas de orden público para sustraer de los tribunales de arbitraje convenidos, la decisión de las diferencias, violando lo pactado originariamente.

Es que si bien puede considerarse la existencia de un orden público societario, que dispone normas imperativas, nada impide que tales normas sean interpretadas y en su caso exigidas por un Tribunal de Arbitraje, pues no estamos hablando de un orden público como sinónimo o concreción del concepto

filosófico del bien común del Estado, sino de normas que el legislador ha considerado necesarias de respetar por razones de ordenación del sistema societario.

No debe confundirse la imperatividad de las normas con el orden público. No todas las normas imperativas son de orden público, pues este es un concepto más abstracto y por lo tanto difícil de precisar.

6.- Razones de índole práctica

Finalmente existen razones de orden práctico que sustentan la postura que pregonamos.

En tal sentido cabe mencionar que si entendemos que en materia societaria no podría someterse a arbitraje cuando esté comprometido el orden público societario, bastaría a cualquiera de las partes invocar alguna norma de orden público societario en un conflicto para sustraerse de la competencia del arbitraje.

También puede mencionarse la especialidad, que los socios pretenden al elegir que se diriman los conflictos por un Tribunal que ellos entienden resulta una autoridad para la materia de que se trate. (tal es la justificación del arbitraje de amigable componedor en que es tal la confianza que las partes tienen en la sabiduría del tribunal arbitral, que las partes se conforman con que lauden conforme su leal saber y entender e incluso a acatar este laudo sin recurrir, salvo nulidad). Tal es la esencia del arbitraje.

Otro tanto ocurre con la confidencialidad, pues es importante permitir a los particulares mantener secreto de sus operaciones y permitir solucionar por sí sus conflictos.

Nos dice la Dra. Ines Rauek de Yanzón, *“La incredulidad en la justicia y la falta de seguridad jurídica tanto legislativa como judicial, fue otra causal importante para que en la Argentina, se intentara “esquivar “ las vías judiciales (con resoluciones tendientes al valor justicia con fundamento legal) y tratara de adoptar la justicia de conciliación o privada (que otorga soluciones en equidad no necesariamente sujetas la orden de La Ley).*

Estos medios alternativos o justicia privada, (llamativos y utilizados de forma distinta por nuestra cultura legal), fueron rápidamente aceptados por algunos sectores jurídicos y vistos como una solución eficaz por sectores económicos.³¹⁰

³¹⁰ Inés RAUEK DE YANZÓN, op. cit.

En el orden interno, no debiera tratarse a la Justicia Ordinaria, y al Arbitraje, como dos modos de solución de conflictos que se opongan, ni se trata de pregonizar a favor del arbitraje como una especie de privatización de la justicia aludiendo a la crisis de esta. Se trata de proponer diversas alternativas de soluciones a las partes, que les permita obtener una rápida y justa solución de sus conflictos.

Para hablar del arbitraje no es necesario menoscabar la labor judicial, pues el arbitraje nunca podrá compararse con la grandeza de la función Judicial Estatal, que no solo tiene el imperium del Estado, sino que tienen regímenes de selección de sus magistrados que aseguran la calidad y probidad de los jueces, que tiene una serie de recaudos para que estos se dediquen exclusivamente a resolver conflictos, que tiene a su cargo una tarea esencial para la consecución del bien común y la paz social, que es la concreción de la justicia y no su declamación, etc..-

Por otro lado sería errónea una contraposición, pues, como el arbitraje requiere ineludiblemente la cooperación y armonía con el Poder Judicial, ya que en no pocas ocasiones los árbitros requerirán el apoyo de la justicia.

Y lo que es más, el Arbitraje siempre va a estar sometido al control del Poder Judicial, por la vía recursiva o de nulidad.