

Arbitraje societario: Impacto del Código Civil y Comercial en la materia. Necesidad de una regulación expresa en la LGS

Humberto G. Vargas Balaguer

Sumario

1. El arbitraje es un instituto que a lo largo de la historia, y en naciones con las más diversas culturas jurídicas, ha demostrado ser una eficiente herramienta para dirimir controversias en forma pacífica, siendo una alternativa de gran utilidad en los conflictos de naturaleza societaria. Por tal razón, en países europeos de similar idiosincrasia a la nuestra, como Italia y España, se verifica una repotenciación del arbitraje en la materia a través de una legislación específica que le otorga seguridad.

2. Con la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC), el ordenamiento societario argentino perdió la oportunidad de contar con una regulación expresa sobre arbitraje.

3. El CCyC recepta el arbitraje en general en el Libro III, Título IV, Capítulo 29, arts. 1649 a 1665, que de un modo directo o indirecto repercute en el arbitraje en materia societaria.

5. En esta ponencia, se examinan algunas cuestiones vinculadas al arbitraje societario, desde el punto de vista de las sociedades cerradas, lo cual se realiza a la luz de la nueva normativa que trae el CCyC sobre el arbitraje en general y la forma en que impacta en el derecho societario.

Asimismo, se realizan propuestas de *lege ferenda* sobre el tópico, ante la conveniencia de una regulación específica en el ámbito societario.

1. Situación del arbitraje societario en el derecho argentino

En nuestra legislación no existe una regulación del arbitraje en materia societaria. Pese a ello, su implementación es plenamente lícita.

El Anteproyecto elaborado por la Comisión de Reformas Decreto 191/2011, preveía una completa regulación del arbitraje societario mediante

la incorporación de los arts. 15 *bis*, 15 *ter* y 15 *quater* a La Ley 19.550 (LGS), pero –lamentablemente– no fueron incluidos por sugerencia del Poder Ejecutivo Nacional.

2. Delimitación objetiva de lo arbitrable en materia societaria

El acuerdo arbitral celebrado en el marco societario, en tanto es un contrato, se rige por el principio de la autonomía de la voluntad (arts. 958, 959 y conc., CCyC). En virtud de ello, la arbitrabilidad en materia societaria debe ser tenida como regla y la no arbitrabilidad como excepción, surgiendo sus límites de lo pactado en el acuerdo de arbitraje y en las normas imperativas de orden público, al ser éstas indisponibles.

Tal premisa también se aplica al derecho privado en general, en donde prácticamente todos los conflictos pueden ser sometidos a arbitraje, salvo las materias excluidas por el art. 1651 del CCyC.

En cuanto a los requisitos para la arbitrabilidad en materia societaria, que a su vez configuran su límite objetivo, son³⁸⁷:

- *Conflicto societario*: El objeto del arbitraje debe ser un verdadero litigio societario entre las partes. Para saber su alcance es necesario examinar el convenio o la cláusula que lo regula.

- *Derechos disponibles*: El objeto del arbitraje debe ser un derecho disponible relativo a asuntos societarios.

- *Derechos intrasocietarios*: El objeto del arbitraje deben ser derechos disponibles relativos a la relación societaria, es decir, derechos que tengan por objeto la sociedad o los que nazcan o sean conexos a ella.

En suma: El objeto del arbitraje debe versar sobre conflictos societarios de derechos disponibles relativos a la relación social.

Dentro de las controversias societarias que pueden ser objeto de arbitraje se pueden mencionar, entre otras: impugnación de decisiones asamblearias; acción de responsabilidad contra directores y síndicos; exclusión de socios; transmisión de participaciones sociales; valuación de participaciones sociales: ésta última mediante pericia arbitral en los términos del art. 773 del CPCCN.

³⁸⁷ Ntro., “El arbitraje societario a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”, RDCO, N° 275, Nov./Dic. 2015, p. 1817.

3. El acuerdo arbitral en el arbitraje intrasocietario

3.1. Forma

El acuerdo arbitral, que puede exteriorizar a través de una *cláusula compromisoria* o de un *compromiso arbitral*³⁸⁸, deber ser por “escrito” según lo establece el art. 1650 del CCyC –al igual que el art. II.1. de la Convención de Nueva York–.

Aclara el referido art. 1650 que el acuerdo puede constar como cláusula compromisoria en el mismo contrato principal o en un acuerdo o documento separado (“acuerdo independiente” o “estatuto” o “reglamento”). Respecto a la “referencia” a que alude en su segundo párrafo, es similar a la redacción del art. 7º, párrafo 6), de La Ley Modelo UNCITRAL.

3.2. Instrumentación del acuerdo

a) *Estatuto o contrato social*

El acuerdo arbitral en una sociedad puede estar presente desde su inicio en su estatuto o contrato social o puede ser introducido posteriormente, ya sea de manera preventiva o cuando se haya producido una controversia y se acuerde su inclusión en el estatuto o en el contrato para resolver el litigio por este medio.

En el caso de que se quiera adoptar una cláusula arbitral en una sociedad ya constituida, se requerirán las mayorías exigidas para la modificación del contrato o estatuto según el tipo (sociedades por parte de interés: unanimidad, salvo pacto en contrario; SRL: art. 160; SA: art. 244, cuarto párrafo). Esta modificación no faculta al ejercicio del derecho de receso por parte de los socios disconformes o ausentes, pues no se alteran elementos esenciales del acto constitutivo ni configura una causal de las establecidas por el art. 245; tampoco es una decisión que entrañe incremento en las obligaciones sociales o responsabilidad de los socios en los términos del art. 160³⁸⁹. No obstante, y

³⁸⁸ La cláusula compromisoria (o cláusula arbitral) es el convenio por el que las partes se comprometen a someter a un árbitro los litigios futuros que puedan surgir entre ellos, que tengan su causa en el contrato en el que se encuentra inserta. El compromiso arbitral, en cambio, se perfecciona cuando existe un conflicto actual, que ya ha surgido.

³⁸⁹ En Italia, para la introducción o supresión sucesiva de la cláusula arbitral se requieren mayorías calificadas y, además, los socios ausentes o disidentes pueden ejercer el derecho de separación. Al respecto, el art. 34, apartado sexto, del D. Leg. 5/2003

dado que es posible establecer otras causales de las fijadas por ley, conforme art. 89³⁹⁰, se podría introducir la opción de que en caso de adoptar una cláusula arbitral durante la vida de la sociedad, los socios disconformes con ella podrán receder.

b) Otros documentos societarios

El acuerdo de arbitraje también se puede encontrar en otros documentos societarios.

Así, en los pactos de socios o de sindicación de acciones se suelen concertar cláusulas arbitrales para dirimir los conflictos que se susciten, pero estos acuerdos, como toda convención parasocial, solo son válidos entre las partes firmantes, siendo inoponibles a la sociedad, a los terceros y a los socios no sindicados. Sin embargo, aun cuando la regla es la inoponibilidad a la sociedad de lo pactado en el acuerdo de sindicación, existen matices que deben ser analizados en el caso concreto.

También es común —y de suma utilidad— prever en un Protocolo Familiar el arbitraje como sistema extrajudicial de resolución de conflictos. Pero para su oponibilidad frente a terceros, la cláusula se deberá incorporar al contrato o estatuto de la sociedad, o inscribirse como reglamento interno en el Registro Público de Comercio (art. 5 y 167, LGS); de lo contrario, solo tendrá eficacia interna³⁹¹.

italiano, dice expresamente: “*Las modificaciones de la escritura constitutiva, que introduzcan o suprima la cláusula compromisoria, deberán ser aprobadas por los socios que representen al menos 2/3 del capital social. Los socios ausentes o disidentes podrán, dentro de los 90 días siguientes, ejercitar el derecho de separación*”. Entendemos que este criterio no es de aplicación en nuestro derecho y resulta desproporcionado en el contexto de la legislación societaria argentina, pues no supone un cambio estructural o sustancial en las bases del acto constitutivo de la sociedad, ni se traduce en perjuicio para los socios o privación de sus derechos.

³⁹⁰ HALPERIN, Isaac, *Sociedad anónima*, 2ª edición, Depalma, Bs. As., 1978, p. 627; ROITMAN, Horacio, *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, La Ley, Bs. As., 2006, t. IV, p. 146; NISSEN, Ricardo Augusto, *Ley de sociedades comerciales*, 2ª edición, Ábaco, Bs. As., 1997, t. 4, p. 21. En contra de la posibilidad de ampliar el espectro de las causales legales: VERÓN, Alberto Víctor, *Tratado de las sociedades anónimas*, La Ley, Bs. As., 2008, t. III, p. 960.

³⁹¹ Ntro. “Las Sociedades de Familia y el Protocolo Familiar”, *La Voz del Foro*, Año VII - N° 52 - Sept.-Dic. 2008, Publicación del Foro de Abogados de San Juan.

Otro documento societario en el que se puede incluir una cláusula arbitral es un reglamento interno que, por ejemplo, desarrolle disposiciones accesorias o pormenorizadas que deriven de las cláusulas estructurales del contrato constitutivo relativas al funcionamiento del órgano de gobierno o del órgano de administración. El mismo, para ser oponible y tener fuerza vinculante para todos los socios, debe inscribirse en el Registro Público de Comercio (arts. 5 y 167, LGS).

3.3. Eficacia subjetiva del acuerdo arbitral estatutario

Tanto los socios fundadores como los nuevos socios estarán sometidos automáticamente a los instrumentos contractuales que rigen el funcionamiento de la sociedad, ya que han expresado su voluntad de aceptarlos, con los derechos y obligaciones que ello conlleva, y si dentro de aquellos se encuentra un acuerdo arbitral, estarán vinculados por el mismo.

Distinta es la situación cuando se litiga para ser considerado socio, pretendiendo para ello la aplicación del procedimiento arbitral que consta en el estatuto o contrato social. En este caso, consideramos que no está incluido en el convenio arbitral pues éste es vinculante para la sociedad y para todos los socios, pero no para quien litiga en aras de ser reconocido como socio ya que de antemano no hay certeza de que lo será.

Al respecto, se debe tener en cuenta el principio general que sienta el art. 1021 del CCyC, de que el contrato solo produce efectos entre los contratantes, y la restricción del art. 1022 del CCyC, en el sentido de que el tercero no puede invocar el contrato. Además, en el supuesto de que se trate de acciones nominativas de una SA, la transferencia se deberá notificar por escrito a la sociedad e inscribirse en el libro de registro de acciones (art. 215, LGS), al tener la inscripción carácter constitutivo³⁹², y hasta tanto la misma no se efectivice no nacen los derechos concernientes al *status socii*; por ende, el adquirente no estará vinculado por el convenio arbitral.

3.4. Autonomía del acuerdo arbitral societario

El CCyC, en su art. 1653, recepta el principio de la autonomía del acuerdo arbitral, lo que implica que la eficacia del mismo es independiente del

³⁹² CNCom., sala B, 23/10/1996, “Guccerelli L.B. c/ Cita SA ECI”, ED, 158-7; CNCom., sala B, 23/9/1998, “Rodríguez, Marcela Silvia c/ Transportes Rodríguez Cozar y Cia. S.A. s/ sum.”, LL, 1998-E-706; CNCom., sala E, 2/10/1998, “Ramos M. c/ Editorial Atlántida SA”, ED, 181-121.

contrato principal que lo contiene, aclarando tal norma que “*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 materia societaria, ello se traduce en que la validez de la cláusula arbitral es independiente de la validez del contrato social en que se inserta.

Relacionado con este principio –aunque no se los debe confundir³⁹³– se encuentra el de que los árbitros son competentes para decidir sobre su propia competencia, cuando la misma es cuestionada; principio que se conoce como competencia/competencia (o *kompetenz-kompetenz* según lo bautizó la doctrina alemana).

Hasta la sanción del CCyC, nuestra legislación ritual no contenía disposiciones que hicieran referencia a la cuestión, por lo que existía una disparidad de criterios en la jurisprudencia (que, sin duda, dificultaba la plena operatividad del arbitraje). El nuevo Código vino a cubrir ese vacío con el art. 1654.

- ¿Puede un árbitro declarar la nulidad absoluta del contrato social en base a una cláusula arbitral?

Sin perjuicio de que el árbitro puede pronunciarse sobre la validez de la cláusula arbitral por el principio de competencia/competencia mencionado, surge el interrogante si frente a un caso de nulidad absoluta del contrato social corresponde a un árbitro o a un juez decidir al respecto, existiendo una cláusula arbitral en el contrato o en el estatuto.

En España la doctrina se encuentra dividida sobre la posibilidad de que sea un árbitro o un juez quien deba determinar la nulidad de la sociedad, con base en una cláusula arbitral incorporada en sus propios estatutos sociales³⁹⁴.

³⁹³ El principio de autonomía es de derecho sustantivo y el de competencia/competencia es procesal: CRAIG, Lawrence W. - PARK, William W. - Paulsson, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª edición, Oceana – ICC, 2000, p. 49, citados por Rivera, Julio César, *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2007, ps. 109/110.

³⁹⁴ MUÑOZ PLANAS, José María, “Algunos Problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, p. 436 y ss.; CAMPOS VILLEGAS, Elías, “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, nº 47-48, Collegi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, p. 51 y ss.

En Argentina, la LGS establece nulidades que acarrearán la invalidez del contrato social ya sea en forma total (v.gr., arts. 18, 19, 20, 32) o parcial³⁹⁵ (p.ej., arts. 13, 207, 240, 245); éstas últimas, por aplicación del principio del art. 389 del CCyC. La sanción de nulidad así prevista es por cuanto se ven afectadas normas de orden público societario o derechos inderogables de los socios³⁹⁶; por tanto, no pueden sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción, cfr. art. 387, CCyC.

Hechas estas consideraciones, y en respuesta al interrogante antes formulado, consideramos que de acuerdo a nuestra legislación la declaración de nulidad absoluta del contrato social (total o parcial) debe ser realizada por el juez y no por un árbitro, dado que estamos en presencia de transgresiones a normas imperativas de orden público, que no son materia de libre disposición por parte de los socios. Es decir, en este caso en particular no se cumple con un requisito indispensable del arbitraje societario, cual es el de la libre disponibilidad de los intereses de los socios. En consecuencia, al no ser materia disponible, no es susceptible de ser arbitrada.

4. Medidas previas

El art. 1655 del CCyC dispone expresamente que, salvo estipulación en contrario, “...*el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante*”.

De esta forma, se disipa cualquier duda sobre las facultades que poseen los árbitros de dictar todas las medidas cautelares que puede ordenar un juez estatal, como así también diligencias preliminares y de prueba anticipada.

Ahora bien, los árbitros carecen de *imperium*, por lo que necesitan para tal fin la colaboración de los jueces estatales; de allí el principio “el árbitro decide, el juez ejecuta”. Por tal razón, el citado art. 1655 expresa: “...*La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial...*”.

³⁹⁵ Señala BORDA, Guillermo A., en *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 5ª edición, Perrot, Bs. As., 1970, t. II, p. 404, que: “La nulidad de un acto puede ser completa o parcial. En el primer caso, todo él resulta ineficaz; en el segundo, sólo lo es la cláusula o disposiciones viciadas”.

³⁹⁶ HALPERÍN, Isaac, *Sociedad anónima*, cit., ps. 641/642.

En base al dispositivo legal en análisis, en el marco de una acción de nulidad de acuerdo asambleario (art. 251, LGS) existiendo acuerdo arbitral, el árbitro puede ordenar la suspensión preventiva de la resolución impugnada si se cumplen con los requisitos establecidos por el art. 252 de la LGS y con los propios de cualquier medida cautelar. También compete al árbitro disponer su levantamiento o modificación. Y en el caso de que la medida no sea cumplida, deberá prestar su apoyo un juez estatal para efectivizarla, al carecer los árbitros de *imperium*.

Otra medida cautelar que puede decretar un árbitro es la anotación de la litis impugnatoria en el Registro Público. Si bien la LGS no prevé esta cautelar, nada obsta a su procedencia por aplicación de los arts. 229 y 232 del CPCCN.

5. Revisión del laudo

Este es uno de los asuntos más polémicos de la nueva regulación y que mayores interrogantes plantea.

Dice el art. 1656, en su tercer párrafo: “*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*”.

En punto a la primera frase de la norma, destacamos que las causales de nulidad previstas en el CCyC se refieren a las nulidades de los actos jurídicos (Capítulo 9º, Título IV, Libro I), pero no tienen nada que ver con las causales de nulidad que contemplan los códigos procesales (arts. 760 y 761, CPCCN). Es decir, invocar una causal de nulidad de un laudo en base a las nulidades del CCyC, implicaría un razonamiento absurdo y sin operatividad en la práctica.

Por ende, en nuestra opinión, tal dispositivo no se debe interpretar de manera exegética y aislada –de lo contrario no habría solución–, sino de forma sistémica y “de modo coherente con todo el ordenamiento” (cfr. art. 2º, CCyC). Ello así, de la interpretación armónica de este Artículo con las normas específicas de los códigos adjetivos –que integran el ordenamiento jurídico general–, devendría procedente la invocación de las causales de nulidad previstas por aquellos.

Respecto a la segunda oración del art. 1656 –que no se encontraba en el Anteproyecto sino que fue agregada con posterioridad–, va en contra de una regla universal del arbitraje, que se remonta a sus mismos orígenes, cual es

el carácter definitivo, obligatorio e irrecorrible del laudo, salvo por vía del recurso de nulidad que es irrenunciable.

En nuestro país, los únicos recursos indisponibles por las partes e insusceptibles de renuncia son la aclaratoria y la nulidad (art. 760, CPCCN)³⁹⁷. El resto de los recursos son válidamente renunciables y, de hecho, así se estila –en particular con el de apelación– en la mayoría de los arbitrajes a fin de evitar su “judicialización”.

Pero la última locución del art. 1656 abre las puertas para que cualquiera de las partes que haya tenido un laudo desfavorable acuda a la justicia por vía del recurso de apelación, para revisar el fondo de lo resuelto, atacando errores *in iudicando*, o sea, de juzgamiento. De tal manera, quedaría desnaturalizado el instituto de arbitraje, y se atentaría contra las bondades del mismo (entre otras, la celeridad en su tramitación). Al margen de lo expuesto, con una disposición de ese tenor y alcance, difícil es pensar que Argentina sea elegida como sede en arbitrajes internacionales.

Salvo, que se interprete que el término “impugnación” se refiere exclusivamente al recurso de nulidad, y que la frase “contrario al ordenamiento jurídico” alude solo a las causales específicas de nulidad de los laudos previstas en los códigos procesales. Cuestión ésta por demás dudosa, teniendo en cuenta la amplitud de la terminología empleada en el dispositivo y el significado que se le da en el uso común y legal.

6. Tipo de arbitraje ¿Por cual optar?

En nuestro ordenamiento legal existe libertad para elegir un arbitraje de derecho o de amigables componedores. El art. 1652 del CCyC, al igual que el CPCCN, recepta ambas clases. Ahora bien, en materia societaria, dado la alta especialización que se requiere para entender en los conflictos que se suscitan, es recomendable optar por árbitros *iuris*. De todas maneras, la citada norma –a diferencia de la solución del art. 766 del CPCCN– expresa que si nada se hubiera estipulado en el convenio arbitral acerca del tipo de arbitraje, se debe entender que es de derecho.

³⁹⁷ El sentido del recurso de nulidad es resguardar la garantía constitucional de la defensa en juicio, y su objeto no es examinar el fondo de lo resuelto, sino que el juez estatal controle que se hayan dado cumplimiento a determinados recaudos considerados fundamentales por la legislación para una buena administración de justicia

Asimismo, consideramos que es preferible acudir a un arbitraje institucional³⁹⁸, ya que las entidades administradoras cuentan con estructura y organización propia, sus árbitros son expertos en la materia y disponen de modelos de cláusulas compromisorias y de reglamentos preestablecidos que son fruto de la experiencia, lo que genera mayor certidumbre para las partes al saber a que atenerse en caso de que surja la controversia.

El nuevo Código, en su art. 1657, contempla expresamente el arbitraje institucional, estableciendo que el reglamento de la entidad elegida por las partes regirá todo el proceso arbitral e integra el contrato de arbitraje

No obstante lo dicho, es imposible determinar *a priori* y en abstracto, la conveniencia de un sistema respecto de otro, dependiendo de cada caso en concreto³⁹⁹.

7. Conclusión - Propuesta

En el campo societario, son indiscutibles las ventajas que ofrece la figura para resolver las disputas que se suscitan en el seno de las sociedades, lo que motiva a bregar por la instalación de la cultura del arbitraje.

Si bien la regulación del arbitraje en general en el CCyC permitirá una mayor difusión del instituto en nuestro medio e incorpora innovaciones (algunas de ellas no exentas de razonables y justos cuestionamientos, sobre todo el art. 1656 y las disposiciones que avanzan sobre asuntos de neto corte procesal), sus normas son insuficientes para las cuestiones societarias.

Por los motivos expuestos, consideramos que es necesario que nuestro ordenamiento jurídico societario cuente con una regulación específica sobre arbitraje, propiciando su incorporación a la LGS como un mecanismo –optativo– para dirimir conflictos entre los socios o entre éstos y la sociedad o los integrantes de su órgano de administración, adhiriendo a tal efecto a la normativa que proyectó la Comisión de Reformas Decreto 191/2011, en los arts. 15 *bis*, 15 *ter* y 15 *quater* de la LGS.

³⁹⁸ La Ley de Arbitraje española N° 60/2003, reformada por Ley N° 11/2011, en el art. 11 *bis*, referido al arbitraje societario, impone que el procedimiento debe estar administrado por una institución arbitral (es decir, prohíbe el arbitraje *ad hoc* en los conflictos societarios), y establece que la entidad arbitral -no las partes- es la que debe designar a los árbitros.

³⁹⁹ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, 2ª edición, Ad-Hoc, Bs. As., 2008, p. 71.