

¿Y si volvemos al arbitraje obligatorio para resolver conflictos societarios?

Pedro Daniel Cagna¹.

Palabras claves: *Arbitraje – Sociedades - Conflictos societarios – Eficiencia - Jurisdicción.*

Sumario:

El arbitraje ha tenido un recorrido histórico oscilante en Argentina: inicialmente obligatorio en el Código de Comercio de 1862, perdió ese carácter en la reforma de 1889, influenciado por corrientes que favorecieron la justicia estatal. A pesar de ello, el arbitraje ha resurgido en las últimas décadas, impulsado por la globalización y la necesidad de métodos alternativos de resolución de conflictos. En el ámbito societario, el arbitraje resulta especialmente idóneo por su flexibilidad, celeridad y especialización. Permite a los socios definir árbitros, procedimiento y recursos, alcanzando soluciones más rápidas y menos costosas que la vía judicial. Si bien el árbitro carece de imperium y depende del Poder Judicial para la coerción, constituye un instrumento complementario al sistema judicial y no un rival.

El arbitraje societario obligatorio favoreció la preservación de empresas familiares y la solución eficiente de disputas internas. Su exclusión de la Ley de Sociedades obedeció a la falta de cultura arbitral y al recelo judicial. Hoy, el Código Civil y Comercial (arts. 1649 a 1665) reconoce su validez y promueven su uso.

La propuesta central es reinstaurar el arbitraje obligatorio para conflictos societarios, reformando la Ley 19.550 para exigir cláusulas arbitrales en contratos y estatutos. Ello reforzaría la continuidad de las sociedades, reduciría la litigiosidad judicial y alinearía a la Argentina con prácticas modernas y eficientes en derecho comparado.

"El más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo". (Platón. Diálogos...)

Introducción

El arbitraje ha seguido un recorrido histórico zigzagueante, atravesando períodos de gran valoración y aceptación, influenciados no sólo por las circunstancias económicas y sociales de cada época, sino también por las concepciones del Estado y del Derecho vigentes. En los sistemas jurídicos cerrados —como ocurrió con la codificación civil inicial, elaborada bajo la concepción iluminista que pretendía fijar en dichos cuerpos normativos un ordenamiento integral, definitivo e inmutable— quedaba excluido del ámbito del Derecho todo aquello que no tuviese origen en la predeterminación estatal. En cambio, la codificación comercial, siguiendo la tradición de las ordenanzas que la precedieron, se configuró como una recopilación y consolidación de regímenes provenientes de fuentes consuetudinarias, abiertas a la recepción de las prácticas mercantiles. Precisamente, la aceptación del pluralismo de fuentes y de modelos jurídicos explica tanto la temprana acogida del arbitraje en el derecho mercantil como su vigorosa expansión actual, impulsada por la irradiación de su frecuente utilización en el comercio internacional.

En este contexto, la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos surgidos entre los socios, así como entre éstos y la sociedad, fue considerada desde antiguo como connatural a la naturaleza de tales vínculos. De allí que se le atribuyera el carácter de medio necesario para resolverlos, hasta llegar a consagrarse como obligatorio el arbitraje en los diferendos endosocietarios, en tiempos en que sólo se reconocían las sociedades por partes de interés, tradicionalmente denominadas sociedades de personas.

El arbitraje y su naturaleza mixta.

Ya casi nadie discute que la naturaleza del arbitraje es mixta, contractual y jurisdiccional, ya que supone un acuerdo de voluntades entre las partes de una controversia en virtud del cual le encomiendan a un tercero la misión jurisdiccional de resolverla. Por ello es que prestigiosa doctrina basada en una prolífica cultura arbitral ha manifestado *"el arbitraje es, en una de sus acepciones más puras y precisas, un contrato..."* y al afirmar esto se *"...busca subrayar que el arbitraje no es, por encima de todas las cosas, o exclusivamente, un proceso o procedimiento y que no solamente las normas jurídicas procesales o procedimentales...del Código de Procedimiento Civil, lo regulan. El régimen jurídico del arbitraje también se halla en las normas jurídicas sustantivas del Código Civil y del Código de Comercio"*². Y lo que es más, conforme a dicho autor, si bien no es posible negar la existencia de una visión procesal del

² SILVA ROMERO, Eduardo, "El arbitraje examinado a la luz del derecho de las obligaciones", "El Contrato de Arbitraje", Legis Editores S.A., Colombia, 2005, p. Xv y ss.

arbitraje, dicha visión debe estar subordinado al derecho de las obligaciones y de los contratos en general. Si el acuerdo de arbitraje —que comprende tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral— es un contrato, se encuentra regido por principios y requisitos contractuales cuya interpretación permite superar confusiones emergentes de una perspectiva meramente procesal del arbitraje.

Su legislación en Argentina.

El Código de Comercio de 1862, también impuso la actuación de árbitros o arbitradores para la solución de todos los conflictos "que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición" (art. 511). Apunta Malagarriga que el sistema del Código de 1862, era el del Código de Comercio español, el cual a su vez se inspiró en las Ordenanzas francesas de 1673 y en la Ordenanzas de Bilbao, fundamentándolo estas últimas en la conveniencia de evitar "pleitos largos y costosos, capaces de arruinar a todos", fuesen decididas sumariamente por dos o más personas prácticas³.

Posteriormente, con las reformas al Código de Comercio en 1889, el arbitraje societario perdió su carácter de obligatorio. Señala al respecto Anaya que si bien se mantuvo en los arts. 441 y 448 las disposiciones de los textos de 1862, se supeditaba el arbitraje obligatorio a la inexistencia de una convención en contrario⁴. En la adopción de tal temperamento ejerció una decisiva influencia el pensamiento de Segovia —que no sentía aprecio por el instituto—, y se encontraba a tono con la tendencia mundial imperante en ese momento en el sentido del abandono del arbitraje obligatorio (v.gr., Francia, Bélgica, Suiza, Portugal, Brasil) y en ciertos casos de su rechazo (Inglaterra y Estados Unidos)⁴.

Es a partir de entonces que en Argentina comenzó el declive del arbitraje en general y del societario en particular, trasladándose la resolución de disputas de contenido patrimonial casi exclusivamente a los jueces estatales. Así, el arbitraje pasó a ser un instituto solo previsto —en forma deficiente— en los códigos procesales, el que fuera visto con recelo y prejuicios por comerciantes, empresarios, litigantes en general y abogados. También contó con la desconfianza de los jueces estatales respecto a la jurisdicción de los "jueces" particulares, en el olvido de que la jurisdicción no es un atributo exclusivo de los jueces del Poder Judicial, sino que los árbitros y amigables componedores también la ejercen —aunque limitadamente al carecer de *imperio*, más no así de la atribución de conocimiento y decisión—, cuyos fallos o laudos tienen su fuente en la voluntad de las partes —en el caso del arbitraje facultativo— y gozan de la misma eficacia que las sentencias judiciales (tal como lo prevé el art. 499, CPCCN).

En otras palabras, al decir de Morello, "el arbitraje no suscitó demasiadas adhesiones y enamoramientos, viéndoselo como un "personajes extraño"⁵.

En los últimos tiempos, este antiguo sistema de resolución de conflictos ha ido experimentando paulatinamente un notable avance a nivel internacional. A raíz de ese desarrollo creciente del comercio internacional en un mundo cada vez más globalizado, y su aceptación en los usos y prácticas en nuestro país — particularmente a partir de su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación en el Libro III, Título IV, Capítulo 29, arts. 1649 a 1665.

Contrato de arbitraje: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

El acuerdo arbitral es el contrato en virtud del cual 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, pudiendo asumir entonces la forma de cláusula arbitral —también denominada cláusula compromisoria— o de compromiso arbitral. (conf. Art. 1469 del CCyCN). La cláusula arbitral o compromisoria es el contrato por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia futura. En este caso las previsiones de las partes se referirán sustancialmente a la determinación de cuáles conflictos serán resueltos por el arbitraje.

A su vez el compromiso arbitral es el contrato por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia ya existente. Puede reconocer su causa en una cláusula arbitral preexistente o ser el resultado de un acuerdo entre las partes posterior a la aparición del conflicto. En la práctica la mayor parte de los arbitrajes reconocen como causa la existencia de una cláusula arbitral, esto es, anterior al conflicto; y es que por lo común si las partes quieren un arbitraje, lo ideal es que lo prevean antes de que nazca el conflicto, porque después será mucho más complejo y difícil (aunque no imposible) acordar el modo de resolver sus disputas.

El CCyCN admite la posibilidad que el compromiso arbitral puede ser celebrado aun cuando ya exista un proceso judicial en trámite, siempre que no haya sentencia definitiva. En una ocasión me tocó intervenir en un conflicto societario de enorme complejidad, nuestro Código Procesal Civil y

Comercial vigente desde el 1 de noviembre de 2023, prevé procesos por audiencias, llegado el acto de la audiencia, propuse a las partes la posibilidad de someter el mismo a arbitraje institucional a través del

³ MALAGARRIGA, Carlos C., Tratado elemental de derecho comercial. Comerciantes - Sociedades, Tea, Bs. As., 1951, t. I, p. 236. ⁴

ANAYA, Jaime Luis, Arbitraje societario, "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As.", Año LL, Segunda Epoca, N° 44, 2006, p. 314.

⁴ ANAYA, Jaime Luis, Arbitraje societario, cit., p. 314

⁵ MORELLO, Augusto Mario, El arbitraje: sus desafíos, Lajouane, Bs. As., 2005, p. 9.

Centro de Mediación y Arbitraje de la FET (Cemafet) de la Federación Económica de Tucumán, a fin de un análisis más detenido de la propuesta se dispuso pasar a un cuarto intermedio la misma para que las partes pudieran analizar la propuesta, con lo que luego en otra audiencia las mismas en dicho acto acordaron el sometimiento del conflicto al arbitraje.

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. Aunque no existe ninguna disposición que indique el momento para adoptar un acuerdo aunque como he dicho es preferible incorporarlo antes de que surja el conflicto, pues cuando éste ya se produjo pueden generarse complicaciones y dilaciones para la celebración del mismo (generalmente por parte de quien no le conviene la vía arbitral por la celeridad en su tramitación).

Arbitrabilidad en materia societaria. Regla general

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., CCC). 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 y por tanto no transables.

El instituto del Arbitraje posee la ventaja de que son los interesados los que pueden definir su contenido, elegir el árbitro o la institución que va a decidir, su trámite, la ley aplicable y los recursos admisibles. La solución entonces se alcanza en forma rápida y menos onerosa que recurriendo a la vía judicial.

De todos modos el arbitraje como institución establecida en la sociedad por voluntad de la ley, a pesar de tratarse de una actividad jurisdiccional no es autosuficiente, y ello significa que en determinados casos necesitará de la cooperación del Poder Judicial, ya que a pesar de estar dotado de la "jurisdictio" y habilitado como tercero imparcial a dirimir los conflictos haciendo actuar a la ley en el caso concreto, carece de la "coertio" y del "imperium". Es por tal razón que necesitará el apoyo de los "jueces".

Arbitraje y Poder Judicial.

El arbitraje como método hetero compositivo de resolución de conflictos es sin duda una herramienta valiosísima que puede colaborar con el Poder Judicial en la solución de los mismos. Por ello sería ideal que la coexistencia entre ambas instituciones sea lo más fructífera posible. Los árbitros deben comprender las limitaciones que derivan de la falta de "imperium" y del orden público, y los jueces deben ejercitar sus atribuciones con prudencia, evitando interferir en cuestiones que legítimamente y por decisión incluso de quien se queja ante su sede, corresponden a los árbitros y obviamente prestando su apoyo cuando para el cumplimiento de las decisiones de los árbitros fuera menester el uso de la coerción solo aplicable por el Estado.

Es decir, la relación entre jueces y árbitros debe sustentarse en un criterio de complementación (no de Arbitro vs. Jueces) en el que el magistrado intervenga bajo determinadas condiciones, cuidando que se respete lo acordado por las partes y ejercer sus facultades con conciencia que de esa labor conjunta permitirá lograr una mejor solución para el caso concreto.

No es admisible que medie rivalidad, ya que el sometimiento de una cuestión a decisión de árbitros, no debe ser entendido como manifestación de desconfianza hacia los jueces, sino como el ejercicio de un derecho que la ley le otorga a quienes son parte en un conflicto, que por su naturaleza puede ser decidido por aquellos.

Dentro de este esquema, pensamos que la jurisdicción arbitral pactada debe mantenerse incluso cuando se ataca la validez general del acto jurídico en el que se incluyó el acuerdo, tal como lo dispone actualmente el CCYCN, en su art 1656.- “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 tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable. En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje” ...

En esta labor de complementación, el juez tendrá funciones de integración, de asistencia y de control. Tal como recuerda la jurista Marta Pardini: “En su versión original, el Código de Comercio argentino disponía el sometimiento imperativo de los conflictos societarios al arbitraje, atribuyendo las fuentes de estas normas a las Ordenanzas de Bilbao y al Código de Comercio español de 1829...”⁶. Luego, una vez modificado el Código de Comercio en 1889, el arbitraje persistió como modo de dirimir conflictos en el contrato de sociedad. Así lo establecía el artículo 448 que rezaba que “Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, serán decididas por jueces arbitradores, a no ser que se haya estipulado lo contrario en el

⁶ Pardini Marta “Conflictos en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”. Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni,)

contrato de sociedad”. Hasta aquí queda claro que con anterioridad a la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales de la República Argentina, los conflictos societarios se resolvían, como regla general, a través del instituto del arbitraje.

Y es que está muy bien que así sea, pues como lo señala el profesor Alfredo Bullard González “el sistema arbitral genera externalidades positivas al producir un conjunto de reglas más predecibles que las generadas en el ámbito judicial, y por esa vía se reducen los costos de transacción en la economía”⁷. La solución de los conflictos comerciales está relacionada con conocer los principios y las costumbres que rigen dicha actividad y el comercio. Es en virtud de ello, que siendo los comerciantes quienes mejores conocen el mundo de los negocios y teniendo en cuenta que los árbitros son elegidos por tener ese conocimiento, las decisiones de los árbitros tienden a -o deberían- ser, más predecibles que las de los jueces.

¿El regreso al arbitraje societario obligatorio?

Llegado a este punto y no perdiendo de vista que esta solo pretende ser una ponencia y no una charla o clase de arbitraje, debo precisar al respecto propuesta, teniendo en cuenta que el arbitraje promueve y establece métodos eficientes de resolución de conflictos que como bien dice Marchesini, cuando enseña que “la judicialización del derecho societario en pocas oportunidades permite a los jueces finalizar un conflicto entre socios, ello así, ya que los procesos judiciales solo atienden una pequeña parte de la cuestión que confronta a las partes”⁸.

La Ley 19.550 no incluyó al arbitraje en su articulado, la omisión probablemente obedeció a diversos motivos, entre los cuales mencionamos la falta de cultura arbitral, la tendencia de los tribunales estatales a restringir las materias objeto de arbitraje, razones también políticas y procesales. De lo que no cabe ninguna duda es que desde esa época y hasta hace pocos años el arbitraje, y específicamente el arbitraje societario, no formaba parte de la cultura jurídica argentina.

Sin embargo, la cultura del arbitraje ha cambiado en los últimos años, no sólo por la ineficiencia del Estado para resolver los conflictos, sino también por la promoción y el estudio del arbitraje y más genericamente las denominadas Marcs (Métodos alternativos de resolución de conflictos) en las facultades de derecho del país. También la modernización del derecho ha adoptado en relación al arbitraje los principios más modernos en la materia lo cierto es que al día de hoy los tribunales son cada vez más proclives a aceptar la jurisdicción arbitral, y es que el país necesita promover métodos de solución de conflictos eficientes así es como en argentina el arbitraje viene madurando, lo que debe traer como consecuencia serias intenciones de los legisladores para que cada vez más los conflictos lleguen a buen puerto a través de un árbitro. En síntesis, resulta necesario volver en lo inmediato a ese instituto tan eficiente para resolver los conflictos societarios.

El arbitraje societario es un buen instrumento para preservar la vida de la empresa, más aún en nuestro país, donde un gran porcentaje de las sociedades son empresas de familia, que buscan siempre proteger los valores familiares.

En definitiva, proponemos sin pretender ser novedosos y como ya otros países lo han hecho⁹ la necesidad de reformar la Ley General de Sociedades, incluyendo que su articulado prevea que los conflictos provenientes del ámbito societarios deban someterse a la jurisdicción arbitral, siempre claro está que se trate de cuestiones transables. . Por qué no pensar así que el art. 15 de la Ley General de Sociedades podría ser redactado de la siguiente manera: “Toda diferencia entre los socios, o entre estos y la sociedad o los integrantes de los órganos sociales, deberá ser resuelta obligatoriamente mediante arbitraje. A tales fines las partes deberán incluir una cláusula compromisoria en el contrato social o estatuto”, en lugar del actual art 15, establece “Cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de acción judicial esta se sustanciará por procedimiento sumario, salvo que se indique otro”. Obsérvese incluso que los conflictos de esta naturaleza son sometidos a un proceso abreviado (como lo es el sumario) que no siempre resulta el más adecuado atento a la naturaleza y complejidad de ciertos conflictos societarios

Entiendo también que una futura reforma debería modificar el artículo 11 de la Ley 19.550 y establecer que el instrumento de constitución de una sociedad debe contener una cláusula arbitral. Y en idéntico sentido se debe agregar al artículo 10 de la mencionada ley que la cláusula arbitral también debe ser incluida en el edicto a publicar al momento de la constitución de la sociedad. Tal es así, que los

⁷ Bullard Gonzalez, Alfredo. Comprando Justicia. ¿Genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles? Perú. Ed. Themis - Revista de Derecho 53. 2007. Pág. 79.

⁸ Marchesini Gualtierio Martin. Arbitraje en las sociedades familiares, Argentina, “Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa”, año II, n° 4, ago. 2011

⁹ Así por ejemplo la ley de sociedades anónimas chilena, en su artículo 4, inc. 10 Ley 18046 establece: “La escritura de la sociedad debe expresar... 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”

órganos de control y registro no inscribirán contratos sociales que no incluyan en su articulado cláusulas arbitrales.

Como bien lo dice Schneider el arbitraje societario exhibe grandes ventajas, y concluye que “... hacia allí debemos ir: a la República Argentina le urge promover, desarrollar y sostener firmemente el arbitraje societario como piedra angular para resolver las disputas que allí se originan...”¹⁰.

¹⁰ Schneider Lorena R. El Arbitraje en disputas societarias. Buenos Aires. La Ley. Año LXXXVII Nro. 74. Tomo la Ley 2023-B. Jueves 20 de Abril de 2023,

En definitiva, ¿Y si volvemos al arbitraje obligatorio?, impuesto imperativamente por la ley como único procedimiento para la resolución de los litigios societarios, como lo hacía nuestro antiguo Código de Comercio.
