

LA SITUACIÓN LEGISLATIVA ARGENTINA FRENTE A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

A SITUAÇÃO LEGISLATIVA DA ARGENTINA FRENTE AOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS

MARTA G. PARDINI

Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Profesora de grado y posgrado, Universidad de Buenos Aires (UBA), Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Senior Executive Program, ESADE Business School, Barcelona, España. Doctoranda Universidad de Valencia, España. Especialista en Derecho Societario.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar la situación en la Argentina usando los métodos de resolución de conflictos en asuntos corporativos, a través del análisis de la legislación vigente en este sentido y las posibilidades de éxito para renovar y ampliar la legislación vigente, la verificación de los beneficios de ser interpuesto por la expansión de una ley de arbitraje comercial, específicamente en un tema que merece ser abordado en beneficio de la sociedad, sus socios, sus directivos y todos los que tienen vínculos con una entidad que, en el conflicto, puede estar en riesgo de manera que incluso poner en peligro su supervivencia.

PALABRAS CLAVE: conflictos societarios; Los mecanismos de resolución de conflictos.

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a situação Argentina na utilização dos métodos de resolução de conflitos em matérias societárias, passando pela análise da legislação vigente a este respeito e as possibilidades de sucesso para reformar e ampliar a legislação em vigor, verificando-se os benefícios a serem trazidos pela ampliação de uma legislação de arbitragem empresarial, especificamente sobre um assunto que merece ser dirigida para o benefício da sociedade, seus parceiros, seus administradores e todos aqueles com laços com uma entidade que, no conflito, pode correr riscos de tal forma que até mesmo pôr em perigo a sua sobrevivência.

PALAVRAS CHAVES: Conflitos societários; Mecanismos de resolução de conflitos;

1. INTRODUCCIÓN

En ocasión de presentar mi anterior trabajo en UNICURITIBA¹, se realizaron algunas apreciaciones generales sobre la situación del Derecho societario en Argentina y, fundamentalmente, sobre el estado de conflictividad por el que atraviesan muchas de las sociedades comerciales que funcionan en nuestro país, teniendo en consideración las características esenciales de las mismas, las particularidades que revisten su constitución y estructura, la elección del tipo social y la conformación personal, entre otros rasgos distintivos.

Se advirtió oportunamente que es mayoritaria en el mercado la actuación de las sociedades anónimas, de las cuales más del noventa y cinco por ciento reviste la condición de sociedad cerrada o “de familia”, y un importante porcentaje –que puede llegar a superar la tres cuartas partes de esa masa de sociedades- lo constituyen sociedades de dos socios, que cuentan con capital social mínimo, directorios unipersonales y carecen de sindicatura u órgano de fiscalización.

Por tanto, es simple concluir que estas sociedades representan el mayor entramado de estructuras que explotan emprendimientos de pequeña, mediana y en muchos casos también de gran envergadura. Significan indudablemente una parte esencial de la economía argentina, representan un aporte sustancial al Producto Bruto Interno y emplean en conjunto una gran cantidad de trabajadores hasta absorber cifras realmente de importancia².

Esa relación con la economía nacional es similar en otros países americanos y europeos, en los cuales la participación de las mismas en las cifras de sus respectivos PBI oscila entre el 70 y el 99%, por lo que se trata evidentemente de un fenómeno que debe ser atendido con toda prioridad por los Estados, dentro de sus políticas públicas y de los programas de gobierno que atiendan a proteger esa economía, brindando a toda la ciudadanía que participa de la misma –representada por los socios de las sociedades titulares de dichas empresas, los trabajadores, los terceros con los que se vinculan (clientes, proveedores, competidores, etc.), las instituciones bancarias con las que operan, etc.-, las herramientas necesarias para un desarrollo del sistema cada vez mejor.

Sin lugar a dudas, el normal funcionamiento de las sociedades comerciales consideradas una base fundamental del progreso de un país, debe alcanzarse a través de políticas adecuadas, de legislaciones consistentes y de una serie de mecanismos aptos para resolver, en su caso, los conflictos que pueden suscitarse en su seno.

Porque a pesar de que muchas de las controversias provenientes de las relaciones intrasocietarias obedecen a hechos naturales de la vida de las personas, como pueden ser el matrimonio, el divorcio o la muerte de un socio, la incorporación de

¹ “Algunas consideraciones sobre el Derecho Societario Argentino”, Revista Jurídica, v.2 n° 29 (2012).

² Sin contar el aumento que tuvo en los últimos años el empleo público en Argentina, se puede decir que hasta el año 2008, las empresas a cargo de sociedades anónimas concentraban casi el 70% del empleo útil.

familiares políticos o herederos de un socio fallecido, las graves desavenencias entre los integrantes de la sociedad, o tantos otros, no es menos cierto que hay muchos problemas derivados de deficiencias legislativas y, en el peor de los casos, de una ausencia absoluta de normas referidas a determinadas materias.

En virtud de la extensión que podría llevar el análisis de cada uno de los preceptos que, a nuestro entender, la ahora Ley General de Sociedades –antes Ley de Sociedades Comerciales, número 19.550- debiera modificar y/o incorporar a su texto, nos parece importante analizar cuanto menos, y en una abreviada exposición, cuál es la situación en la que se encuentra nuestro país respecto a los métodos de resolución de conflictos que debieran existir paralelamente a la instancia judicial en manos de los órganos jurisdiccionales estatales, y qué posibilidades existen de reformar y ampliar la legislación vigente, lamentándose que esa discusión no se haya dado correctamente en el ámbito de la modificación integral del Derecho Privado argentino que acaba de salir a la luz con la promulgación de la Ley 26.994 que diera lugar al Código Civil y Comercial que entrará en vigencia el 1º de enero de 2016.

2. LA SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO ARGENTINO

2.1. En materia de conflictos societarios, la Ley 19.550 que se mantiene como régimen especial dentro del nuevo Código, solo se refiere al tema en su artículo 15, en donde se establece que *cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de acción judicial ésta se sustanciará por procedimiento sumario, salvo que se indique otro*, es decir, simplemente se contempla la posibilidad de acudir a la Justicia para ejercer los derechos emanados de esta Ley, y, eventualmente, dirimir esos conflictos.

Lo cierto es que recurrir al sistema judicial para intentar resolver las controversias que afectan a los socios, a los administradores y a la sociedad comercial –y que, por lo que ya dijimos, tienen indudables efectos frente a esas partes, frente a terceros en general y, en definitiva, frente a la economía nacional-, es en la mayoría de los casos una tarea infructuosa.

En efecto, podemos reclamar ante los tribunales estatales cuantos derechos asigna la Ley General de Sociedades: por ejemplo, se pueden impugnar de nulidad acuerdos sociales o se puede demandar por remoción y responsabilidad a un administrador infiel; pero eso no significa que la promoción de esas acciones o el dictado de una sentencia en cada una de esas causas implique la resolución del conflicto que separaba a las partes.

Además, el tiempo que insume llegar a una decisión judicial definitiva generalmente atenta contra la solución buscada; por el contrario, la sucesiva promoción de acciones judiciales no hace más que potenciar el conflicto.

Mientras una sociedad anónima, por ejemplo, celebra año tras año una asamblea de accionistas pasible de ser impugnada, cada proceso judicial que se inicia con esas impugnaciones tiene una duración que puede oscilar entre cinco y diez años; por lo

cual, si no se resuelve a tiempo el problema que originó el primer juicio, lo único que tendremos es un crecimiento exponencial de expedientes judiciales en trámite mientras los conflictos entre los socios y la sociedad continuarán indefectiblemente vigentes.

En la Ley General de Sociedades no existe ninguna norma vinculada al modo de resolver esos conflictos, a pesar de haber existido varios proyectos de reforma legislativa –inclusive el que diera forma al nuevo Código Civil y Comercial- que buscaron incorporar el tema sin resultado positivo.

2.2. En el año 1995, debido al alto grado de conflictividad reflejado en la judicialización de numerosas causas existentes sobre todo en los tribunales de todos fueros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se sancionó la Ley 24.573 de Conciliación y Mediación, cuyo artículo 1º instituyó con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se dijo iba a regir por las disposiciones de esa Ley, estableciéndose un procedimiento que debía promover, según rezaba textualmente esa norma, “la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia”. No obstante algunas excepciones previstas puntualmente en el artículo 2 de esa Ley, el proceso de mediación prejudicial obligatoria no se eximió para las acciones derivadas del contrato de sociedad comercial.

La mediación impuesta obligatoriamente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires se mantiene vigente³, y se extendió a otras jurisdicciones del país. Sin embargo, el instituto no resulta ser una herramienta eficaz a la hora de resolver esas controversias y puede afirmarse que en la temática societaria no colaboró para reducir la promoción de acciones judiciales ni mucho menos para morigerar los conflictos entre las partes.

Podemos realizar algunas críticas y advertir que la forma en que se legisló la mediación, con carácter obligatorio, va a contramano de uno de los principios esenciales de los sistemas alternativos de resolución de conflictos o ADRs⁴, esto es, la autonomía de la voluntad; también podemos cuestionar la falta de especificidad de la norma en la materia societaria, la falta de especialidad de los mediadores, o el hecho que su regulación genérica apartada de la Ley de Sociedades no atiende concretamente a los problemas provenientes de un contrato de sociedad. Más allá de eso, reiteramos que, por diferentes motivos, la mediación así prevista no permitió disminuir ni los conflictos societarios ni la cantidad de juicios iniciados permanentemente en la sede de los tribunales de comercio.

2.3. Por último, debemos referirnos a la situación argentina en el ámbito del arbitraje, como otro de los modos alternativos al judicial con que puede contarse para resolver disputas de esta naturaleza.

³ Ahora a través del régimen establecido por la Ley 26.589, modificatoria de la anterior.

⁴ HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys S., “**Mediación para resolver conflictos**”, Ed. AdHoc, 3ª reimpresión, 2008, págs.29 y ss; Caivano, Roque J., “Arbitraje”, Ed. AdHoc, 1ª reimpresión, 2008, págs. 23 y ss.

Argentina no tiene una Ley de arbitraje; ni a nivel local ni a nivel internacional. Si bien han existido proyectos legislativos para adoptar la Ley Modelo de Naciones Unidas (UNCITRAL), los intentos no han prosperado.

A cambio de eso, cada uno de los códigos de procedimientos en materia civil y comercial de cada una de las jurisdicciones en las que se divide el país, tiene previsto procesalmente el arbitraje o juicio arbitral. Y también, como veremos, el nuevo Código Civil regula el instituto como uno de sus contratos.

En la Ciudad de Buenos Aires se aplica el denominado Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que a partir de su artículo 736 contempla el arbitraje y establece que “toda cuestión entre partes excepto las mencionadas en el artículo 737 podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior”. El artículo 774 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires prevé lo mismo.

La única excepción que la Ley contempla al arbitraje la dispone el artículo 737 (ídem artículo 775 en la Provincia de Buenos Aires), que dice que “no podrán comprometerse en árbitros bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción”.

En lo demás, toda la normativa relacionada al arbitraje no hace referencia específica al arbitraje societario.

Por lo analizado hasta aquí, puede concluirse que no existen normas especiales que contemplen en materia societaria la posibilidad de resolver conflictos emanados de un contrato de sociedad.

Y esto es así, a pesar de que originariamente, la arbitralidad societaria era la norma general frente al recurso judicial.

Efectivamente, en su versión original, el Código de Comercio argentino disponía el sometimiento imperativo de los conflictos societarios al arbitraje⁵, atribuyendo las fuentes de estas normas a las Ordenanzas de Bilbao y al Código de Comercio Español de 1829⁶. Comentando las normas de nuestra legislación, el profesor Lisandro Segovia opinaba que el arbitraje era un medio excelente para terminar las cuestiones con economía de tiempo y dinero, aunque reconocía que en el ámbito local la figura no funcionó porque los árbitros terminaban actuando como abogados de parte de quienes los designaban⁷.

En 1889, ese Código –hoy derogado- fue reformado pero el arbitraje se mantuvo 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

⁵ Artículos 504, 511 y 512 del texto año 1859.

⁶ El artículo 299 establecía que “El régimen de las sociedades mercantiles se ajustará a los pactos convenidos en la escritura del contrato, y en cuanto por ella no se haya prescripto y determinado a las disposiciones siguientes”, y artículo 323: “Toda diferencia entre los socios se decidirá por jueces árbitros, háyase o no estipulado así en el contrato de sociedad”.

⁷ Citado al igual que Juan B. Siburu por Zavala Rodríguez, C., ob. cit. en nota 136, pág. 559.

jueces arbitradores, a no ser que se haya estipulado lo contrario en el contrato de sociedad”⁸.

Durante la vigencia de estas normas y hasta la sanción de la Ley 19.550, el arbitraje reunió tanto a seguidores como a detractores⁹; y también la jurisprudencia se expidió sobre las cuestiones que por entonces podían someterse a arbitraje. En tal sentido, se dijo que no era procedente el arbitraje que versare sobre la existencia de la sociedad o sobre la validez del contrato¹⁰; ni tampoco si se demandaba por rescisión el contrato¹¹. Pero el arbitraje se admitió durante la disolución de la sociedad y según lo autorizado por el artículo 448¹², salvo en los casos en los que la disolución se fundaba en el incumplimiento del contrato por el socio administrador¹³, o cuando se tratase del cumplimiento de la cláusula penal inserta en el convenio final de liquidación¹⁴. Y se vedó para casos de exclusión de socios.

Con la aparición de la sociedad de responsabilidad limitada introducida por la Ley 11.645, y en atención a que el Código de Comercio contemplaba expresamente la posibilidad de resolver conflictos societarios a través del arbitraje, fue común hasta 1972 incorporar a los acuerdos societarios la cláusula de sometimiento arbitral *ad hoc*. Sin embargo, los debates surgidos entre las partes sobre designación de árbitros, constitución de tribunal, procedimientos, desarrollo, período probatorio, incidencias, plazos y recursos, originaron la intervención de los tribunales jurisdiccionales por aplicación de la normativa procesal¹⁵.

De ese modo, y sumado al hecho de que hasta la década de 1960 –con excepción del Tribunal Arbitral de Obras Públicas- el arbitraje institucional no se había instalado en el país, este método fue poco a poco siendo dejado de lado.

Y así se llegó a la Ley 19.550 que reguló a todas las sociedades comerciales y que, definitivamente, abandonó las normas de los artículos 448 y 449 del Código de Comercio, estableciendo la regla del ya citado artículo 15 que, si bien no prohibió el arbitraje, contribuyó para darlo prácticamente por descartado.

Paralelamente, la jurisprudencia de los tribunales comerciales comenzó a declarar con más frecuencia y en forma reiterada como excluidas del arbitraje a cuestiones como: exclusión de socio en SRL, disolución, liquidación, rendición de cuentas, conflictos entre socio y sociedad, exhibición de libros, impugnación de las

⁸ En cuanto a la figura de los árbitros, el artículo 449 establecía que “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 haciéndose 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”.

⁹ Decía Zavala Rodríguez que “el arbitraje es el medio al que recurren los socios creyendo que enseguida solucionarán sus problemas, para convencerse luego que es un engranaje más pesado y más caro aún que el de la justicia”, *íd. cita anterior*.

¹⁰ CNCom., JA, t. 1944-IV, pág. 3; LL, t.32, pág. 644.

¹¹ CNCom., JA, t. 76, pág. 399; JA, t. 1945-III, pág. 274.

¹² CNCom., Sala B, JA, t. 1954-I, pág. 402; JA, t. 70, pág. 429; *íd.*, Sala A, JA, t. 1957-II, pág.9, nº 95 (síntesis de jurisprudencia); JA, t. 1952-I, pág. 283; JA, t. 1956-I, pág. 64, con disidencia de Isaac Halperín.

¹³ CNCom., LL, t. 37, pág. 488.

¹⁴ CNCom., Sala B, JA, t. 1955-III, pág. 66.

¹⁵ ROBIOLO, Jorge A., “**Derecho Arbitral**”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 66 y ss.

resoluciones sociales¹⁶, etc., llegándose a restringir tanto su utilización como método alternativo de resolución de cuestiones suscitadas en el seno de una sociedad, que se estableció casi como una regla que la competencia arbitral era de excepción¹⁷.

Esto motivó, por ende, un sostenido abandono de cláusulas arbitrales y una adecuación de los contratos sociales a las pautas de la Ley. Con ello, se perdió también el régimen de autonomía de la voluntad para redactar las cláusulas contractuales, convirtiéndose el contrato original en una suerte de formulario tipo¹⁸.

Sin embargo, conforme fuera anticipado, a pesar de que la Ley 19.550 no contempla en forma expresa al arbitraje como uno más de los sistemas existentes para resolver conflictos, tampoco lo prohíbe; y siendo esto así, podría perfectamente pactarse un convenio arbitral entre los socios o en el mismo contrato social¹⁹.

El arbitraje ha tenido un importante apoyo doctrinario en distintos eventos académicos desarrollados sobre las sociedades comerciales en Argentina²⁰, en los que se insistió en el arbitraje institucional como una alternativa complementaria del servicio de justicia, sin que sea considerado una sustitución de los tribunales judiciales estatales; en la contemplación de cláusulas arbitrales en los contratos de sociedad pautadas con total libertad a fin de que el arbitraje pueda ser aceptado sin restricciones de ningún tipo; y en la recomendación de que los árbitros sean personas de prestigio y especialistas en la materia.

En el ámbito judicial, la mayoría de las Salas que integran la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (en su abreviatura, CNCom., y con asiento en la Ciudad de Buenos Aires) siguen evaluando la competencia arbitral en materia societaria con criterio restrictivo. Una de las disidencias más importantes expresó que “en la medida que la ley autoriza a sus sujetos de derecho a constituir su propio juez, mediante la sujeción a árbitros, y que el tema del diferendo verse sobre materia patrimonial perteneciente a sujetos capaces, no se entiende por qué la competencia de la llamada ‘jurisdicción arbitral’, soporta la minusvalía de ser apreciada restrictivamente”²¹.

En Argentina existen distintas instituciones que cuentan con tribunales de arbitraje, pero en función de su carácter permanente, puede destacarse el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, creado en 1963.

Debido a la confidencialidad que prima en los procesos arbitrales que se tramitan ante dicho Tribunal, no existen estadísticas oficiales sobre las cuestiones sometidas a

¹⁶ CNCom., Sala D, diciembre 22-1997, “Atorragasti, María Cristina c. Atorragasti, Bargués Piazza y Cía. SRL”, ED 181-155 y LL 1999-D, 750.

¹⁷ CNCom., Sala E, abril 28-2000, en autos “Nova Pharma Corporation SA c. 3MArgentina SA y otros s/ordinario”, ED, 194-151.

¹⁸ Las Normas de la Inspección General de Justicia vigentes en las décadas de 1980 y 1990, incluso, contenían en anexos modelos de contratos de sociedad clásicos, que simplemente tenían que ser completados con los datos específicos de cada sociedad.

¹⁹ RIVERA, Julio César, “**Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico**”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, pág. 173.

²⁰ Varias fueron las ponencias presentadas en las sucesivas ediciones del Congreso Argentino de Derecho Societario y Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, celebradas en 1992 en Huerta Grande (Córdoba), 1995 en Mar del Plata (Buenos Aires), 2001 en Rosario (Santa Fe) y 2004 en San Miguel de Tucumán (Tucumán).

²¹ Voto de Dr. Edgardo Marcelo Alberti, integrante de la Sala D, en autos “**Expreso Albión SRL c. Mercado de Tedesco, Rosa**”, JA, 1977-I, 590.

su consideración, en lo que hace a tipo de causas o partes intervinientes. Es sabido, empero, que no son numerosas las causas vinculadas al derecho societario que se arriman al mismo para obtener una solución de las controversias derivadas de esas relaciones. Puede mencionarse que han llegado al Tribunal de la Bolsa de Comercio, casos que involucran a sociedades cotizantes, en virtud de que el Decreto 677/01 del Poder Ejecutivo Nacional estableció en forma obligatoria el procedimiento arbitral para resolver conflictos desatados en esos entes²², y ello en la medida que no se ha conformado aún el tribunal cuya creación dispone esa norma.

De cualquier forma, es ilustrativo el dato respecto a la cantidad de sociedades que hacen oferta pública de sus acciones en nuestro país, las que no alcanzan siquiera a un centenar y hacen operaciones diarias que no pueden compararse con las cifras operadas en mercados internacionales. Si diferenciamos las sociedades cotizantes del resto de las sociedades que funcionan en nuestro medio, el porcentaje, como dijimos al comienzo de este trabajo, es ínfimo. De ahí que la norma antes referida –y a la que también puede criticársele la obligatoriedad que impone– no resulta relevante para la instauración del arbitraje como uno de los métodos posibles para resolver controversias en materia societaria.

No obstante no haber llegado a la instancia legislativa, puede señalarse como antecedente significativo el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales del año 2003 que, en punto a las acciones derivadas del contrato de sociedad, proponía modificar el artículo 15, transitar un proceso judicial más abreviado, derogar la instancia de mediación previa obligatoria, permitir el pacto de cláusulas compromisorias para dirimir conflictos entre socios y entre éstos y la sociedad, incorporar el arbitraje pericial para determinar valuaciones de participaciones sociales, cuotas o acciones, y mantener el arbitraje de sociedades cotizadas ante tribunales permanentes organizados por dichas entidades. Ese Anteproyecto no tuvo avance legislativo.

²² El Decreto 677 publicado el 28 de mayo de 2001 y dictado por el Poder Ejecutivo Nacional en virtud de la delegación de facultades efectuada por el Congreso Nacional mediante Ley 25.414, denominado “Régimen de Transparencia de la Oferta Pública”, dispone en su artículo 38 que “dentro del plazo de seis (6) meses contados desde la publicación del presente Decreto, las entidades autorreguladas deberán crear en su ámbito un Tribunal Arbitral permanente al cual quedarán sometidos en forma obligatoria las entidades cuyas acciones, valores negociables, contratos a término y de futuros y opciones coticen o se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores. Quedan comprendidas en la jurisdicción arbitral todas las acciones derivadas de la Ley N° 19.550 y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos. Del mismo modo deberán proceder las entidades autorreguladas respecto de los asuntos que planteen los accionistas e inversores en relación a los agentes que actúen en su ámbito, excepto en lo referido al poder disciplinario. En todos los casos, los reglamentos deberán dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores en conflicto con la entidad o con el agente, para optar por acudir a los tribunales judiciales competentes. En los casos en que la ley establezca la acumulación de acciones entabladas con idéntica finalidad ante un solo tribunal, la acumulación se efectuará ante el Tribunal Arbitral. También quedan sometidas a la jurisdicción arbitral establecida en este artículo las personas que efectúen una oferta pública de adquisición respecto de los destinatarios de tal adquisición”.

Y llegamos entonces al momento actual, en donde habiendo existido una nueva posibilidad para modificar la legislación societaria, nos encontramos frente a otra desilusión.

3. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

3.1. El 23 de febrero de 2011, por medio del Decreto 191/2011, el Poder Ejecutivo de la República Argentina creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de realizar las reformas necesarias al Código Civil y al Código de Comercio y producir un texto homogéneo en un mismo cuerpo normativo.

La iniciativa se fundamentó sosteniéndose que el sistema de derecho privado, en su totalidad, había sido afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas, que fueron desde la reforma constitucional del año 1994 hasta la sanción de otras Leyes dictadas en distintas materias.

La Comisión Redactora de este Proyecto se había propuesto realizar una significativa reforma a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, no tanto por su extensión sino por su incidencia. En tal sentido, y en lo que a nuestro tema principal respecta, la Comisión intentó innovar fuertemente en los métodos de resolución de disputas.

Con un renovado texto, los artículos 15 y 15 bis, ter y quáter a incorporarse a la Ley 19.550, propiciaban unificar en todo el país el criterio para determinar el procedimiento aplicable a esas cuestiones, para superar las diferencias entre los códigos de procedimientos provinciales, introducir el arbitraje optativo para resolver controversias entre socios y entre los socios y la sociedad, e imponer como obligatorio el arbitraje en caso de venta de acciones cuando existiera restricción contractual a su transferencia.²³

En forma muy similar a la adoptada por el anterior Anteproyecto legislativo del año 2003, en esta ocasión la Comisión intentaba establecer para las contiendas societarias que debían decidirse mediante una acción judicial, que la misma se tramitara por la vía del proceso más abreviado en cada una de las jurisdicciones respectivas; que no resultara obligatorio el trámite de previos procedimientos alternativos de solución de conflictos; que se admitiera la inclusión de una cláusula compromisoria en los actos constitutivos de sociedades, contratos sociales o estatutos; que se permitiera determinar valuaciones de participaciones sociales, cuotas o acciones por medio de arbitrajes periciales, y que los árbitros pudieran disponer medidas cautelares, asegurativas y de intervención –salvo pacto en contrario-, con la

²³ VÍTOLO, Daniel Roque, **Las Reformas a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, Editorial Ad Hoc, 2012, pág. 21.

colaboración del juez estatal para el cumplimiento o ejecución de cualquier resolución arbitral, incluido el laudo final.

Todas esas disposiciones se proponían de manera concreta dentro del ordenamiento societario²⁴, sin perjuicio de las normas atinentes al contrato de arbitraje que como un contrato especial el Anteproyecto preveía en el cuerpo principal del Código, artículos 1649 a 1665.

Lamentablemente, la revisión del Anteproyecto por parte del Poder Ejecutivo significó la eliminación total de la propuesta en la Ley de Sociedades Comerciales que se intentaba mantener vigente aún frente a la derogación del Código de Comercio, conservándose solamente la regulación del arbitraje en el texto unificado del Código ya sancionado; normativa que, como veremos, no es suficiente para atender los conflictos societarios que pueden ser superados a través de una solución arbitral.

Así las cosas, habiendo prosperado el último Proyecto de Ley, quedó inalterado el ya transcripto artículo 15 de la Ley 19.550 y se perdió una excelente posibilidad de reformar la legislación societaria para incorporar herramientas tendientes a resolver la

²⁴ El Anteproyecto establecía los textos siguientes:

Art. 15 - *Procedimiento. Norma general.* Si en la ley se dispone o autoriza la promoción de una acción judicial, ésta se sustanciará por el procedimiento más abreviado compatible con las características del litigio. El procedimiento debe garantizar la defensa en juicio, amplitud probatoria y doble instancia. Recibida la demanda, en la primera resolución el juez debe decidir cuál es el procedimiento. En ningún caso la acción queda sujeta a previos procedimientos alternativos de solución de conflictos, a menos que estén dispuestos en el acto constitutivo, el contrato o el estatuto.

Art. 15 bis - *Arbitraje. Cláusula compromisoria.* El acto constitutivo, contrato social o estatuto puede incluir una cláusula compromisoria que someta en forma obligatoria los diferendos entre los socios, o entre éstos y la sociedad o los integrantes de sus órganos sociales, al arbitraje o a la amigable composición. En este caso se debe especificar:

- 1) el procedimiento por el cual se regirá el arbitraje;
- 2) la forma de designación de los árbitros;
- 3) la designación de una entidad que administre el arbitraje, y la previsión, para el caso que ésta desaparezca, de las reglas que se aplicarán;
- 4) la sede o domicilio del arbitraje; en su defecto se considera que es el domicilio de la sociedad;
- 5) los recursos que puedan interponerse contra el laudo, o los que se renuncien en su caso; si en el acto constitutivo, contrato o estatuto social no estuviera previsto el procedimiento que regirá el arbitraje o la entidad que lo administre, deberá sustanciarse ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio más próximo a su domicilio; si la cláusula compromisoria fuese ambigua, o no pudiesen ser designados los árbitros, deberá recurrirse a la vía judicial.

Cláusula compromisoria posterior. Son igualmente válidas las convenciones de arbitraje que celebren las partes en cualquier diferendo, aunque no se incluya una cláusula compromisoria en el acto constitutivo, contrato o estatuto social.

Art. 15 ter - *Valuaciones. Arbitraje pericial.* Salvo que el acto constitutivo, contrato o estatuto social prevea otras reglas, las controversias a que den lugar las valuaciones de participaciones sociales, cuotas o acciones se resolverán por árbitros peritos.

En tal caso, quien impugne el precio atribuido por la otra parte deberá expresar el que considere ajustado a la realidad.

Pero no estará obligado a pagar uno mayor que el afirmado por la contraparte, ni ésta a cobrar uno inferior al aseverado por el impugnante. Las costas del procedimiento estarán a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación arbitral.

Si no estuviere previsto en el acto constitutivo, contrato o estatuto social el procedimiento aplicable a la pericia arbitral, deberá sustanciarse ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio más próximo a su domicilio.

Art. 15 quáter - *Medidas asegurativas y compulsorias. Colaboración judicial.* Cuando por aplicación de esta ley o por convenciones de arbitraje se sometan diferendos al arbitraje, podrán los árbitros disponer medidas cautelares, asegurativas y de intervención, a menos que se las haya excluido expresamente en las cláusulas compromisorias. Podrá preverse la exigencia de notificación previa a la otra parte para ser escuchada antes de adoptar la medida.

Colaboración del juez estatal. De ser necesario para el cumplimiento o ejecución de cualquier resolución del tribunal arbitral, incluido el laudo final, así como para el de las medidas asegurativas y compulsorias previstas, o las de ejecución que se hayan dispuesto, los árbitros deben requerir la intervención del juez estatal y éste deberá prestar el auxilio de la jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral.

problemática existente en las relaciones de las partes que componen un contrato de sociedad. Ya hemos advertido que, no obstante no estar prohibido, con la redacción de esa norma ya desde el año 1972 la Ley de Sociedades Comerciales dio prácticamente por descartado el arbitraje como mecanismo para resolver conflictos derivados del contrato de sociedad.

Frente al texto legal vigente y la jurisprudencia restrictiva que caracterizó prácticamente a todos los tribunales de comercio del país durante muchos años, la implementación de un procedimiento arbitral por medio de una reforma legislativa era lo más esperado, y sobre todo teniendo en consideración la situación existente en muchos países de la región en donde el arbitraje se encuentra en pleno desarrollo, se ampara en leyes arbitrales especiales y en prestigiosas instituciones que lo administran.

No se entienden los motivos por los cuales la legislación societaria argentina sigue siendo renuente a incorporar expresamente al arbitraje como una de las tantas formas posibles para resolver controversias internas y para disminuir el grado de conflictividad que, como vimos, afecta a todo el entorno y puede hacer peligrar la actividad económica de un país.

Esto no se condice, además, con la manera en que se ha implementado la mediación y se la ha incorporado a la legislación local, conforme fuera referido con anterioridad. Si partimos de la premisa que en los métodos de resolución de disputas que son alternativos, opcionales o extrajudiciales, el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra siempre presente y significa casi la garantía excluyente de que el mecanismo funcione mejor, no puede compartirse en esta materia que la mediación instaurada desde el año 1995 obligue a todo aquél que intente iniciar cualquier acción judicial derivada del contrato de sociedad a tramitar previamente y en forma obligatoria un proceso de mediación. Y que, por otro lado, no se legisle sobre el arbitraje societario.

Debemos pues preguntarnos por qué no brindar a los futuros justiciables todas las herramientas posibles para poder resolver sus conflictos, mediante cualquier procedimiento que ellos mismos contemplen en el contrato constitutivo o en el estatuto de la sociedad, entre los cuales debería admitirse el arbitraje. El interrogante no encuentra respuesta en nuestro ordenamiento legal.

3.2. Es en ocasión de celebrar el contrato de sociedad cuando las partes se hallan en la situación ideal para pautar normas que aplicarán como la Ley misma – según lo dispone el artículo 1197 del Código Civil-, que regirá sus relaciones hacia adelante y que serán aptas para resolver, en su caso, las diferencias que normalmente pueden surgir a lo largo de la vida de la sociedad. Difícilmente esas pautas puedan adoptarse una vez desencadenado el conflicto y como pacto sobreviniente.

Considerando que el artículo 11 de la Ley 19.550 establece como requisito esencial no tipificante para toda sociedad comercial la inclusión de una cláusula que indique el plazo de duración por el cual la misma se constituye, y en base a la habitual costumbre argentina de dotar a las sociedades –cualquiera sea su tipo, cualesquiera

sean las características personales de sus socios e independientemente de la actividad a la que se van a dedicar- de un período mayoritariamente prolongado y excesivo²⁵, no es difícil advertir que durante la larga existencia de esa sociedad que probablemente supere la de sus propios socios, surgirán conflictos de variada intensidad que merecerán ser atendidos so pena de arrastrar al ente a una escalada que puede incluso llegar a su disolución, con las nefastas consecuencias que esto puede acarrear para todo el mercado.

Frente a esta innegable y perfectamente comprobable realidad, insistimos en la necesidad de proveer a los socios y a la propia sociedad de mecanismos útiles y eficaces para enfrentar y superar los problemas provenientes de la relación societaria.

Sobre todo, para aquellas sociedades comerciales que, se reitera, explotan empresas pequeñas o familiares, en donde la resolución alternativa de conflictos se presenta como una opción sumamente valiosa, especialmente frente al procedimiento judicial, que muchas veces no se encuentra preparado para entender en disputas que, pudiendo tener una sentencia que otorgue la razón formal a una de las partes, no extingue el conflicto de fondo que generalmente posee componentes ajenos al meramente legal.²⁶

Sin embargo, como se dijo, una vez más se ha desaprovechado la posibilidad de introducir legislativamente el arbitraje como un mecanismo *especialmente* previsto en el ordenamiento societario.

3.3. Hemos anticipado que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación contempla al arbitraje como uno de los tantos contratos especiales contenidos en ese texto.

Efectivamente, entre los artículos 1649 y 1665, el ordenamiento recientemente promulgado se dedica a regular el arbitraje como un contrato, y, a decir de algunos autores, retrocediendo a una concepción prácticamente tan antigua como el arbitraje mismo, plasmó una reforma asistemática y poco científica.²⁷

Excede los límites de este trabajo el análisis sobre la naturaleza del arbitraje, y la evaluación de las posturas de corte contractualista o procesalista-jurisdiccional que se desarrollaron en relación a este instituto; pero aún pudiendo decirse que el arbitraje se trata de un contrato, de un procedimiento o de ambos (naturaleza mixta contractual y jurisdiccional), lo cierto es que, en la forma en que se ha encarado el tema en esta reforma legislativa, el arbitraje no es apto para resolver las controversias derivadas de un determinado contrato de sociedad comercial.

En la medida que no se admita expresamente que el contrato constitutivo o el estatuto de una sociedad pueden prever el arbitraje como mecanismo para resolver

²⁵ Son innumerables las sociedades que adoptan un contrato tipo o modelo y que consignan un plazo de duración que llega hasta los 99 años.

²⁶ MARCHESINI, Gualtiero Martín, "Arbitraje en las Sociedades Familiares", **Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa**, Año II, número 4, agosto 2011.

²⁷ ROJAS, Jorge A., "El arbitraje como contrato en el Proyecto de Código", **Revista La Ley**, 19-11-2012, LL 2012-F, 1003.

cualquier controversia suscitada en esa sociedad, entonces el arbitraje no alcanzará el objetivo que necesitamos para superar el conflicto societario.

Un contrato debe distinguirse de un sistema de solución de conflictos. Y sin perjuicio que el arbitraje nace generalmente de un convenio voluntario, es decir, de un acuerdo que puede considerarse un contrato, el modo en que la reforma legislativa lo introduce en la esfera del derecho contractual no resulta eficaz para ser utilizado como un mecanismo de resolución de diferencias o conflictos, al menos en nuestra materia.

El citado artículo 1649 dice que “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”. Del texto transcrito puede concluirse que, como lo pensó la Comisión redactora, el arbitraje no es un contrato en sí mismo, sino que se encuentra supeditado a que una relación jurídica le de vida o no.²⁸

Pero se entienda el arbitraje como un contrato o como un procedimiento, lo cierto es que, a los fines que nos interesa, la reforma general que incorpora a la legislación de fondo el arbitraje –que va a coexistir, además, con las normas de carácter procesal contenidas en los ordenamientos provinciales respectivos, a las cuales se les asemeja-, no modificó en ese aspecto a la antigua Ley de Sociedades Comerciales –hoy, Ley General de Sociedades- y, por ende, la discusión sobre si el arbitraje es un mecanismo susceptible o no de ser utilizado para resolver controversias provenientes del contrato de sociedad no quedará resuelta.

Efectivamente, los artículos 1652 y 1653 establecen normas similares a las contenidas en los códigos procesales locales, y esas disposiciones no ayudarán a despejar el gran dilema del arbitraje societario.

El primero de esos artículos dispone que “pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de derecho”.

Y el artículo 1653 expresa que “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 inexistencia o nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones”.

Como se ve, la incorporación del arbitraje como contrato especial del Código Civil y Comercial no incluyó nada que no regulen actualmente los códigos procesales de las distintas provincias argentinas.

A pesar de las sentencias judiciales favorables al arbitraje que fueron dictadas en algunas ocasiones y de las normas que pueden encontrarse a nivel administrativo como las que recoge la Resolución General N° 7/2005 de la Inspección General de Justicia

²⁸ ROJAS, Jorge A., íd. nota anterior

que tiene a cargo el Registro Público de Comercio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley 19.550 debería contener expresamente una norma de admisibilidad del arbitraje como uno de los mecanismos a los que las partes puedan acudir para resolver las controversias que los separan en torno al contrato de sociedad. De no ser así, y aunque los socios lo dispongan expresamente en el contrato social, se seguirá discutiendo en doctrina y en los tribunales si el arbitraje es un método admisible para resolver todas las controversias que puedan surgir en una sociedad mercantil.

4. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL, INTERESANTE FUENTE DE INSPIRACIÓN PARA REGULAR EL ARBITRAJE EN ARGENTINA

Resulta interesante analizar lo sucedido al respecto en España, en donde se sabe que la jurisprudencia fue aceptando poco a poco la arbitralidad de las cuestiones societarias, hasta que en el año 1998 la Dirección General de los Registros y del Notariado admitió sin reparo el pacto arbitral estatutario, por representar no sólo la voluntad de los fundadores sino además por constituir una regla orgánica una vez que la cláusula es objeto de publicidad registral, haciéndose vinculante a todos los que sean socios en cada momento por estar sometidos a los estatutos como conjunto normativo de origen convencional. Esa admisión del arbitraje societario motivó un importante cambio en la doctrina tanto del Tribunal Supremo como de aquella Dirección.²⁹

Un avance notable en ese ámbito supuso también la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 que introdujo cambios importantes en relación al arbitraje, consolidando la opción favorable también a la materia societaria, todo lo cual la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, terminó de recoger hasta llegar a la última reforma introducida recientemente.

La Ley 11/2011, de 20 de mayo, apareció para poner fin a la discusión doctrinaria referida al arbitraje societario, y en especial a la arbitralidad de la impugnación de los acuerdos sociales.

La referida Ley introduce así en la Ley 60/2003 dos artículos dedicados al arbitraje societario, bajo los números 11 bis y 11 ter.

En el primero de ellos, y bajo tres apartados, la Ley les reconoce a las sociedades de capital la posibilidad de “someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen”; además, les permite a las sociedades ya constituidas introducir en sus estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje cuando lo decidan socios que sean titulares “de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social”, y finalmente dispone que “los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros,

²⁹ Por Sentencia de abril 18-1998, el Tribunal Supremo concluyó que “la posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, es indudable, pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido”.

encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral”, finalizando de ese modo toda discusión sobre la posibilidad de recurrir al arbitraje en casos de impugnación de acuerdos sociales.

El artículo 11 ter, por su parte, prevé la inscripción en el Registro Mercantil del laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible, agregando que, en caso de encontrarse registrado el acuerdo impugnado, el laudo a inscribirse deberá determinar la cancelación de aquella inscripción y la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

En definitiva, fue la propia Ley de Arbitraje la que introdujo la solución a las discusiones inherentes al tema, apartándose de una modificación específica en la propia Ley de Sociedades.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La comparación que forzosamente debemos realizar con la situación argentina nos permite arribar a las siguientes conclusiones: en primer lugar, al carecer nuestro país de una Ley especial en materia de arbitraje nos parece inviable una solución como la alcanzada en España. Recuérdese que las normas que regulan el arbitraje están contenidas en los ordenamientos procesales locales y se refieren al instituto como un recurso procedimental; por tanto, siendo actualmente lejana la posibilidad de acceder a una Ley General de Arbitraje, creemos que la mejor opción para dar una solución más o menos inmediata a la problemática societaria es incluir el arbitraje en la Ley General de Sociedades, como una vía alternativa disponible para las partes mediante la cual puedan intentar resolver los conflictos que se pudieren plantear en el seno de una sociedad.

Y esa posibilidad se acaba de perder con la reforma integral del Derecho Privado argentino y la modificación de la Ley 19.550, en donde se ignoraron las propuestas legislativas arrojadas por expertos en la materia.

La unificación del Código Civil y del Código de Comercio, y la incorporación al nuevo Código de un contrato de arbitraje, no fue la solución apropiada. Por el contrario, debió haber sido un tema específico de tratamiento dentro de las modificaciones realizadas a la hoy denominada Ley General de Sociedades, siguiendo los lineamientos que había previsto la Comisión redactora en el texto de los artículos 15 y siguientes ya referidos.

La eliminación de esas normas fue, a nuestro entender, una equivocación que no hará más que prolongar la discusión sobre el arbitraje societario, y que significó perder una buena chance de legislar específicamente sobre una temática que merece ser atendida, en beneficio de la sociedad, de sus socios, de sus administradores y de todos aquellos que mantienen vínculos con un ente que, frente al conflicto, puede correr riesgos tales que hasta pongan en peligro su subsistencia.

Los tribunales de comercio tienen un elevado número de expedientes vinculados a conflictos societarios, y las sentencias dictadas en esas causas difícilmente impliquen la finalización del litigio. La demora en la tramitación de los procesos atenta contra la búsqueda de una solución sustentable.

Mientras tanto, en tribunales arbitrales institucionales se pueden encontrar espacios más adecuados para debatir esos asuntos e intentar resolverlos, en la medida que la cantidad de procedimientos tramitados en los mismos es mucho menor, y resulta un ámbito propicio para atender la cuestión de manera más efectiva, intentando incluso en forma paralela instancias negociadoras o de autocomposición que se complementen con el procedimiento arbitral y siempre en pos de resolver esas controversias.

Por tanto, no dejamos de esperar que en el futuro vuelva a darse una oportunidad al arbitraje societario y se modifique en tal sentido la legislación vigente.

REFERENCIAS

Algunas consideraciones sobre el Derecho Societario Argentino. **Revista Jurídica**, v.2 n° 29 (2012).

CNCom., Sala D, diciembre 22-1997, “Atorragasti, María Cristina c. Atorragasti, Bargués Piazza y Cía. SRL”, ED 181-155 y LL 1999-D, 750.

CNCom., Sala E, abril 28-2000, en autos “Nova Pharma Corporation SA c. 3MArgentina SA y otros s/ordinario”, ED, 194-151.

HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys S., “**Mediación para resolver conflictos**”, Ed. AdHoc, 3ª reimpresión, 2008, págs.29 y ss; Caivano, Roque J., “Arbitraje”, Ed. AdHoc, 1ª reimpresión, 2008, págs. 23 y ss.

MARCHESINI, Gualtiero Martín, “Arbitraje en las Sociedades Familiares”, **Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa**, Año II, número 4, agosto 2011.

RIVERA, Julio César, “**Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico**”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, pág. 173.

ROBIOLO, Jorge A., “**Derecho Arbitral**”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 66 y ss.

ROJAS, Jorge A., “El arbitraje como contrato en el Proyecto de Código”, **Revista La Ley**, 19-11-2012, LL 2012-F, 1003.

VÍTOLO, Daniel Roque, **Las Reformas a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**, Editorial Ad Hoc, 2012, pág. 21.

Voto de Dr. Edgardo Marcelo Alberti, integrante de la Sala D, en autos “**Expreso Albión SRL c. Mercado de Tedesco, Rosa**”, JA, 1977-I, 590.