

Arbitraje en materia societaria. A propósito del fallo de la CNComCap, sala “E”, in re “NOVA PHARMA CORPORATION SA c/ 3M ARG. S.A. Y OTROS s/ ORDINARIO”, del 28/4/2000.

- I -

El fallo en cuestión nos lleva, en definitiva al análisis de la posibilidad de vincular por la vía del arbitraje, los conflictos societarios, tanto en aquellos casos en que las partes se han ligado por una cláusula arbitral o compromisoria (en adelante “la cláusula”) incorporada como tal en el contrato societario o estipulado por los socios como acuerdo extra estatutario, sea para la solución de cualquier cuestión o como regla especial para supuestos específicas.

Como ligado al tema nos parece adecuado tratar de considerar situaciones tales como el arbitraje de partes múltiples (multi party), esto es aquél en que, siendo los sujetos pasivos del reclamo dos o mas partes, éstas no acuerdan –ni aceptan- la designación de un árbitro común. La cuestión a considerar cabe ampliarse, para completar el desarrollo que nos proponemos, a aquellos casos de contratos encadenados o vinculados, o estipulaciones societarias de estatutos de los componentes de un mismo grupo, en lo que en algunos existe la cláusula arbitral y en otros no.

Obviamente no tendremos en cuenta, lo que no significa ignorar, que en materia arbitral usualmente la parte menos interesada en que el proceso avance es la que intentará frustrar el arbitraje, por lo que casi siempre será ella la que trate de encontrar mecanismos que lo dificulten, sino que lo impidan. Y aunque esta reflexión no hace estrictamente a la cuestión científica, sino a la realidad concreta, así es como ocurren las cosas e ignorarlo sería tanto como negar la realidad que nos envuelve. Convencidos como estamos, de la importancia de abogar por la tutela de la jurisdicción arbitral, las respuesta deben apuntar a ello, no postulando soluciones imposibles, ni forzando respuestas que en la legislación no existen, sino interpretando de acuerdo con los tiempos y, en los casos que sólo una reforma nos ponga al día, propiciando leyes que nos dejen en línea con lo que ocurre en el mundo.

Nuestra jurisprudencia comercial viene consagrando criterios restrictivos en lo que hace a la viabilidad del arbitraje mercantil, aunque nuestra Corte Suprema, en los últimos tiempos, ha abierto notoriamente su marco de aplicación (conf. OJO, ROQUE: AQUÍ TE DEJO SIN INCLUIR los fallos que decidas citar a tu criterio, de los últimos de la Corte). Lamentablemente en materia societaria no se ha registrado aun el mismo avance, tal vez porque no hayan llegado casos de trascendencia en cantidad suficiente al superior tribunal de la Nación, situación que el fallo que comentamos corrobora, como que se alinea con otros anteriores resueltos con exactamente el mismo criterio (cotéjese, por caso, el fallo en análisis, con el dictado in re “Atorrasagasti, María C. c/ Atorrasagasti, Bargués, Piazza y Compañía SRL s/ sumario”, CNComCap, sala D, 22/dic/97, E.D.: 181-155, con nota de CAIVANO, “La eficacia de la cláusula compromisoria”).

- II -

Partimos del principio elemental de que la esencia del arbitraje es contractual y que, a diferencia de lo que ocurre en materia judicial, no se puede compeler a estar a la jurisdicción arbitral si no existe acuerdo para ello, sea porque medie contrato escrito, sea porque pueda interpretarse que así surge de la voluntad de las partes exteriorizada por diversos medios, sea porque voluntariamente se acepte en algún momento someterse a ella, sea que se trate de los casos excepcionales en que la ley lo impone.

Es curioso, pero en materia societaria, alguna vez una ficción hizo suponer que la sociedad debía ser considerado como algo distinto a sus integrantes, como tal impenetrable y tomó

mucho tiempo superar ese criterio, como lo recuerdan las enseñanzas de SERICK (en “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles”, Barcelona,1958), concepción que nuestra doctrina y jurisprudencia adoptara precursoramente (conf. DOBSON, “El abuso de la personalidad jurídica”, Bs. As., 1985 y recopilación de fallos publicados en E.D.:) y que, de alguna manera, se refleja en nuestro actual art. 54, ley 19550, aun cuando se controviertan los alcances que puedan darse a tal regla, que no es del caso aquí analizar (puede ver en tal sentido, BUTTY, “Inoponibilidad”, en el V Congreso de Derecho Societario, Huerta Grande, 1992). Se diría que en este supuesto la realidad, el mundo, obligaron a eliminar –felizmente- el dogma. No es distinta la situación que nos plantea el arbitraje, particularmente en nuestro país, en que no somos los precursores que fuimos en aquél supuesto.

Adviértase en tal sentido lo que ocurre, particularmente en materia laboral a partir del fallo “DELGADILLO LINARES Adela c/ SHATEL S.A. y otros s/ despido”, CNTrab., sala III, 11/4/97 (seguidos por los casos, fallados por el mismo y otros tribunales del país, IBELLI, DUQUELSY, WALTER, BOGADO, PUENTE, ARRUA, LENCINAS, todos ellos al igual que el primero publicados simultáneamente en la “Revista de las Sociedades y Concursos”, Bs. As., n° 6, set/oct 2000, págs. 77 y sigs.), con la extensión de la responsabilidad a directores y ¡accionistas! cuando se actúe en infracción o apartamiento a la ley, para advertir hasta que punto se asume sin mucho esfuerzo la superación de la figura societaria, a veces exageradamente, hasta con riesgo de afectar la seguridad jurídica. Sin embargo, en materia arbitral societaria no existen avances significativos, mucho menos “desbordes” en el sentido a que nos referimos en este párrafo; es que determinados axiomas han devenido en dogmas, que como tal se sostienen sin mayor debate, ni análisis sustancial.

Y ello a pesar de que hace ya 25 años atrás un magistrado del fuero mercantil, con singular acierto, señaló que: “En la medida que la ley autoriza a los 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 (esto es, cosa disponible libremente), no entendí nunca por qué la competencia de la llamada jurisdicción arbitral soporta la minusvalía de ser apreciada restrictivamente. Creo, en cambio, que debe ser juzgado su alcance como la competencia de cualquier otro oficio judicial” (del voto del juez ALBERTI, CNComCap, sala D, 7/9/76, in re: “Expreso Albion SRL c/ Mercado de Tedesco Rosa R.”, ED: 70-144)

Entonces, es de advertir que la misma sociedad mercantil que se erige como simple recurso técnico “salteable”, o penetrable, si con él se pretenden franquear vallas para los que aquella no ha sido creada, se convierte en muro infranqueable en materia arbitral, como si en tal caso ella fuese algo más que un mero “recurso técnico” y existieran razones de interés público que imponen una tutela que no existe razón para crear.

Cierto es que en la propia ley societaria (n° 19550, en adelante LS) algún artículo aislado (v.g., su art. 301, inc. 2°) podría hacer suponer la existencia de tal interés en las sociedades anónimas, pero en verdad nada autoriza tal interpretación, solo cabe admitir restricciones para las sociedad cotizantes y por las razones que se explican más adelante, a las que nos remitimos.

- III -

En el caso que nos ocupa, el Tribunal, de modo por demás sucinto y adhiriendo básicamente al dictamen fiscal, sostiene por remisión que: (1) la competencia arbitral es de excepción; (2) las cláusulas contractuales que someten los conflictos sociales a arbitraje deben interpretarse restrictivamente. Ni una, ni otra afirmación, es compartida. .

No es cierto que la competencia arbitral sea de excepción, salvo que al así pontificarse se sostenga que es sólo aplicable cuando –como se dijo en II, primer párrafo- la misma aparece como fruto de un contrato previo o –ex post- de un sometimiento voluntario a su jurisdicción u otros supuestos que, en general, se plantean en materia mercantil y, en ocasiones en la testamentaria, versando siempre sobre situaciones de índole patrimonial. Así, sólo esas son las restricciones admisibles, por lo que dentro de ese marco que da la autonomía de la voluntad, la posibilidad del arbitraje se nos presenta como amplísima, en particular si advertimos que toda la actividad comercial puede caer bajo su competencia, que tal fue el origen de la institución. Si a ello se alude cuando se lo considera competencia de excepción, puede coincidir con el concepto; pero ello no significa limitar su alcance más allá de lo expuesto.

Lograr el cumplimiento de los fines previstos en un contrato –todo conflicto o compromiso contraído en materia societaria, en nuestro caso- que previó el arbitraje para “desfacer entuertos”, es simplemente cumplir con lo establecido en el estatuto (o en convenio separado) en materia de obligaciones sociales y también de cumplir con el otro contrato, “la cláusula”, sobre cuya autonomía no parece necesario aquí insistir, por obvia (véase en tal sentido, CAIVANO, “Arbitraje”, año 1993, cap. ..., pág.).roque: SI POR PUDOR QUERES NO CITARTE, PODES CAMBIAR EL TEXTO.

Pero lo que no puede sostenerse es que las cláusulas compromisorias societarias deban interpretarse restrictivamente. Si existen son legítimas y no se advierte porque, si se refieren a la materia societaria, deban sufrir un tratamiento distinto (atenuando sus efectos) respecto de cualquier otra relación mercantil. Nada justifica ese criterio, puramente dogmático, que no se apoya en ley o principio jurídico alguno. El contrato o estatuto societario puede contener una cláusula arbitral o también puede aparecer en un contrato para-societario o encontrarse implícito en determinados supuestos, y en todos los casos la autonomía de la regla autoriza su aplicación; no se advierte porqué no puede ser aplicada siendo que sólo afecta a quienes la establecieron o decidieron libremente someterse a ella.

A menos que la influencia del art. 301, inc. 3º, LS (

), en cuanto alude al “interés público”, sea tan fuerte que permita suponer que en toda sociedad mercantil es dable siempre encontrar intereses públicos comprometidos, que requieren de la intervención del Poder Judicial como único y exclusivo tribunal de justicia, lo que no puede ser aceptado..

Para el Tribunal del fallo que analizamos, una cláusula compromisoria contenida en un contrato social no es legítima, en la medida que importa “un desplazamiento de la jurisdicción, ya que en ningún supuesto, podrían los jueces del Estado entender sobre la competencia comprometida (PODETTI, Tratado de la competencia, p. 540)”.

Como surge de este caso y del ya citado “Atorrasagasti”, se sostiene que es admisible el arbitraje en materia societaria, cuando se trata de un supuesto específico previsto por las partes ex ante o ex post, pero de modo concreto y delimitado. En ambos, respecto de sociedad en cuyo estatuto existía una estatutaria que sometía a árbitros arbitradores amigables compondores todas las dificultades o divergencias que se susciten entre los socios, se afirma, con argumentos –y citas- casi iguales, que el desplazamiento de la competencia en favor de jueces “privados” (de derecho o de equidad) sólo puede producirse limitadamente, de otro modo se estaría ante el desplazamiento de la jurisdicción, lo que sería inaceptable por cuando en ningún supuesto los jueces del Estado podrían entender sobre la materia comprometida. Y, en esa línea, admitir se pueda someter a arbitraje la nulidad de asambleas societarias, “exceden el marco de la competencia arbitral invocada y

sólo pueden ser decididas judicialmente”.

Entonces, se afirma que: (a) pueden someterse cuestiones litigiosas, actuales o futuras, en la medida que comprendan todas las cuestiones o compromisos incluidos en el contrato; (b) no puede desplazarse totalmente (entendiéndose por total a todo lo comprometido en el contrato, no a todos los derechos disponibles de las partes) la competencia a favor de jueces-árbitros; (c) no cabe someter a arbitraje una asamblea societaria, pues ello excede el marco de la competencia arbitral.

Fácil es advertir que no se determina de que modo las premisas (a) y (b) producen el resultado (c), del que quedan desde el punto de vista lógico, desconectadas, ya que no parece que decidir por arbitraje una nulidad asamblearia importe un desplazamiento total de la jurisdicción. Es notorio que existe una ruptura en el razonamiento que se lee en el fallo, ya que nada autoriza a concluir como se hace partiendo de los principios que se enuncian para fundarlo.

En los fallos, por caso, “la cláusula” no fue declarada nula y, como quedó insinuado, estipularla no importa desplazar la jurisdicción respecto de todos los derechos patrimoniales de las partes sino y tan sólo de los comprometidos en un contrato societario. Es que el desplazamiento de la jurisdicción a que se alude en el fallo, sólo puede darse en el supuesto de producirse una situación mucho más universal que la que se compromete un contrato, y por tanto no puede comprometer la razón de ser de uno de los poderes del Estado, el Judicial, pretensión de esencia anarquista que obviamente no puede imputarse a una mera cláusula societaria. En suma, que no se compromete la jurisdicción judicial, ni se pone en riesgo la existencia misma del Poder Judicial de un país, cuando toda la esfera de alcance de un contrato mercantil se somete a arbitraje. El arbitraje nació antes de que se hubiesen conformado los países, y por ende las nacionalidades, y sin embargo no impidieron su gestación y desarrollo (ver infra, n° IV), tal vez hoy cuestionado por la llamada “globalización”, no por ésta u otras instituciones asimilables.

Tal concepción jamás fue imaginada por los tratadistas y legisladores que trajeron el tema, en el mundo y entre nosotros. Así, el argumento, es claramente impugnable.

- IV -

Es curioso, pero encontramos similares restricciones, también en materia societaria, en otra figura. Las limitaciones en la evolución del contrato de sindicación de acciones es la que se nos aparece en tal sentido.

En ella, de la prohibición absoluta a contratar sobre el derecho a votar, se pasó a su permisión limitada a un caso o por un objeto o plazo reducido, para luego abrirse paso el criterio de que no existe motivo racional para ceñir la aplicación de la figura (véase en tal sentido nuestro trabajo “Acerca del plazo en el contrato de sindicación de acciones”, publicado en “Doctrina Societaria”, Errepar, año 1997, n° 120, nov/1997, pág. 517, n° III). La similitud de ambas situaciones tienen un mismo fundamento “genético”, el temor a perder la jurisdicción, como atributo natural de la Justicia, como si se olvidase que el origen mismo de la jurisdicción mercantil, como recién se recordase, fue arbitral (véase en tal sentido ANAYA, en ANAYA-PODETTI, “Código de Comercio comentado y concordado OMEBA”, Bs. As., 1965, Introducción I, números V y sigs., p. 19; LE GOFF, “Mercaderes y banqueros en la Edad Media”, Eudeba, 1966; GALGANO, “Historia del derecho mercantil”, Barcelona, 1981, cap. segundo). No es un dato menor, la tensión entre el derecho mercantil y la obligatoria jurisdicción judicial, son una de las formas que adopta la “lucha por el derecho”.

- V -

El fallo cita a PODETTI como única referencia doctrinaria al criterio que se adopta, como ignorando toda la evolución producida por la ciencia procesal en la Argentina al respecto. La obra citada data del año 1953 (en el fallo aparentemente se ha tenido en cuenta la versión actualizada por GUERRERO LECONTE, que data de 1973, ya que en su tomo I, p. 540, n° 209, encontramos la cita que se hace), que por cierto no es poco tiempo.

De haberse ocurrido a la ciencia mas actual en materia arbitral, cuya inserción en general dentro del derecho procesal es harto controvertida y antes bien producto de una circunstancia histórica fortuita gestada en la Francia revolucionaria y unitaria (CAIVANO, en E.D.: 181-155), donde era indiferente que la institución se introdujera en la normativa comercial o procesal, ya que su resultado concreto era el mismo desde el punto de vista práctico, se advertiría que la figura nace del derecho sustancial mercantil, no del de procedimientos. Baste para refutar al citado Podetti, citar a PALACIO, cuando apunta que (“Derecho Procesal Civil”, año 1967, cap., t., pág.).OJO, ROQUE: dejo la cita a tu cargo, no tengo el tomo de arbitraje de Palacio, que me dijiste obra en tu poder.

Para advertir hasta que punto no puede seguirse –por desactualizada- la doctrina citada, téngase en cuenta, a título de ejemplo, que PODETTI cuestiona el tema de la llamada “competencia de la competencia”, en unas breves líneas, partiendo del criterio de que la competencia arbitral es de excepción y por tanto “su ámbito debe interpretarse restrictivamente”, con el sólo apoyo de un añejo fallo de la CCyC²LP, comentado por REIMUNDIN en J.A.: 1945-II-725. Es notorio que tal criterio no puede hoy ser sostenido con el mismo énfasis que ponían los viejos maestros. A pesar de ser poco para la historia del derecho, cincuenta años en materia mercantil son mucho tiempo y ya quedó dicho que apoyarse para negar la competencia en la escueta frase recién destacada, notoriamente dogmática, es dar escaso fundamento a un tema de semejante importancia. Es fácil y difícil al mismo tiempo refutar una cita tan escueta, en la que el texto que se cita tiene tan poca sustancia.

- VI -

Pero nótese que no es sólo en este caso que se advierte el temor o el prejuicio por abdicar de la jurisdicción (judicial), lo que produce fallos como el comentado, a veces la prevención se justifica, pero en general ello ocurre cuando no se está en presencia del acuerdo arbitral, o aparecen cuestiones colaterales que impiden la aplicación de este mecanismo de resolución de conflictos.

Adviértase, por caso, lo que ocurre en el supuesto del arbitraje múltiple (multi party), al que se trata con desfavor por lo que queda dicho y por la característica necesariamente contractual del acuerdo arbitral, que en el estado actual del tema es cuestión básica que no puede ser soslayada. Entonces, la ley, para no entrar en contradicción con la institución, no podrá imponerla sin afectar su carácter de voluntario, facultativo.

Entonces, en el supuesto en análisis deberá analizarse con particular detenimiento cuales son las materias sometidas a arbitraje y quienes acordaron tal método de resolución de conflictos; de no advertirse total concordancia respecto de lo estipulado, no habrá posibilidad de aplicar sus reglas a todos aquellos a quienes se pretenda vincular con la decisión. Es lo que en definitiva surge de la interpretación extensiva del caso “Siemens AG and BKMI Industriean Lagen GMBH c/ Dutco Construction Co.”, fallo de la Cám.Civ. 1ª, 7/en/1992 .

Entonces, “la cláusula” inserta en un contrato de índole patrimonial –como lo son los societarios- será válida siempre que su extensión e intención permita presumir que las partes libremente se han sometido a la jurisdicción arbitral, para resolver algún o cualquier

tipo de conflicto, salvo que legislación especial la declare inaplicable o, como ocurre con las sociedades que cotizan en nuestro país y, en general, en el derecho comparado, fundado en razones referidas a las reglas propias de la cotización, que las normas de arbitraje podrían colisionar, como que la ley sobre oferta pública afecta intereses generales, que los acuerdos de parte no pueden afectar o enervar.

De hecho, la Inspección General de Justicia de la Nación e instituciones homólogas del país, no suelen observar cláusulas de esas características, que deben ser estimuladas y defendidas, antes que refutadas por la sede jurisdiccional. De otro modo lo que se conseguirá –como ocurre con la otra institución que goza de parecido rechazo entre nosotros, el ya mencionado sindicato de accionistas- será que nuestras cláusulas arbitrales societarias se sometan a la jurisdicción de otros países, generalmente vecinos, lo que es por cierto lamentable ().

No se comprende por qué razón o motivo el compromiso arbitral puede ser deslegitimado en materia societaria. En el derecho comparado internacional la cuestión no se discute, ni siquiera en materia de grupos de sociedades, tema por cierto que mucho más complejo que el que se refiere al arbitraje entre socios o la sociedad y éstos. En tales casos se sostiene que “la cláusula” se entiende oponible a todas las sociedades del grupo, solución reiteradamente adoptada por la jurisprudencia arbitral (sentencias CCI, n° 2375/1975, Revista de sentencias, 1974-85, p. 257; n° 1434 de 1975; n° 4131 de 1982; JDI 1986-1113). Siguiendo esa orientación la Corte de París, en fallos del 30 de noviembre 1988 y 14 de febrero de 1989, ha sentado como principio que “la cláusula compromisoria insertada en un contrato internacional tiene una validez y eficacia propias que impone aplicarlas a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que puedan suscitarse, de manera que por lo que ha sido allí establecido en lo que hace a su situación contractual y sus actividades, debe presumirse que la cláusula de arbitraje ha sido aceptada por ellas, debiendo entenderse que ellas conocen la existencia y su aplicabilidad, así ellas no hayan sido firmantes del contrato que lo haya establecido” (citado por Jean ROBERT, en “L’Arbitrage”, 6ª. Edición, Dalloz, 1993, p. 242, n° 276).

Pero la regla de extensión de la cláusula arbitral a las sociedades no signatarias del acuerdo, supone la existencia de un estado de hecho librado a la apreciación del juez, esto es que la situación de vinculación recíproca entre una parte y las sociedades de un grupo por la otra parte, dentro del marco de la operación de que se trate, permitan generar la presunción indispensable del conocimiento por los integrantes de este último de la existencia y de la “portee” (alcance, en sentido amplio) de la cláusula (ROBERT, op. y loc. cit.).

Obviamente, la extensión de la cláusula compromisoria a las sociedades del grupo no firmantes de la misma no debe confundirse con el arbitraje de múltiples partes, la indivisibilidad de litigios y de partes vinculadas -o no- por una cláusula y la posibilidad de traer a arbitraje a quien no haya otorgado “la cláusula”, ni pueda inferirse por sus actos o conducta que haya acordado someter determinada cuestión a arbitraje. Ello no obstante, el tema merece ser considerado en éste, como forma de agotar supuestos y demostrar cómo, en materia societaria, son escasos los supuestos que pueden quedar fuera de arbitraje

En el tema es importante de tener en cuenta, por su afinidad con el que tratamos. En materia de conflictos societarias, cualquiera fuese el cuerpo legal en que la cláusula fuese insertada, deberá estarse a su plena aplicación, con la extensión y alcances que se desprenda en cada caso de su análisis. Si es estipulada en un contrato para-societario, sólo vinculará a sus otorgantes; insertada como regla estatutaria, ligará a todos los que ostenten estado de socio. Téngase en cuenta que en materia arbitral y por lo expuesto no cabe la citación en

garantía, ni la intervención como tercero obligado o voluntario prevista en nuestros artículos 94 y 95 del CPCC.

No se comprende entonces porqué se repudia “la cláusula” en materia societaria, como si la sociedad fuese un personaje extraño que no puede sujetarse a reglas contractuales, como si un especial status legal se impusiera a los acuerdos que la establezcan.

Es como si las decisiones de las “cortes de pies polvorientos” del derecho inglés (bella expresión que alude al polvo de los caminos que estaba adherido a los pies de los mercaderes que ocurrían a ellas), uno de los mas remotos orígenes escritos de la institución (PIRENNE, “Las grandes corrientes de la historia universal”, Neuchatel, 1945, p. 59), aun hoy debiesen ser revisadas...

Es cierto que la arbitral es jurisdicción de excepción, como que está ligada al acuerdo de partes, a que se trate de derechos de índole patrimonial o mercantil y a que no existan intereses públicos o de terceros que no adhieran comprometidos. En ese sentido es de excepción, pero no lo es si de tal modo se pretende que se trata de reglas que pueden llegar a no ser respetadas por las partes si no se da ninguna de las salvedades referidas, para tales supuestos y para aquellos que la ley impone, el arbitraje es obligatorio, debe ser respetado por las partes y mandando cumplir por el Estado. No puede ignorarse una cláusula arbitral en homenaje a un remoto e inexistente orden público societario, que no se alcanza a percibir en qué consiste y que, en el caso, no existe (véase en tal sentido MANOVIL, en E.D.: 168-545, III, números 7 y 8; OTAEGUI, “Invalidez de actos societarios”, Bs. As., 1978, p.122).

Salvando los supuestos en que es impuesto por la ley, el arbitraje nace como contrato, por el que sus otorgantes acuerdan –explícita o implícitamente- someter ciertas cuestiones de sustancia patrimonial, a una jurisdicción especial constituída por personas libremente designadas por las partes (conc. NAHID CUOMO, E.D.: ejemplar del 8/set/2000, p. 2).

El caso: “Atorrasagasti, María C. c/ Atorrasagasti, Bargués, Piazza y Compañía SRL s/ sumario”, CNComCap, sala D, 22/dic/97, ya citado, E.D. 181-155, con nota de CAIVANO, “La eficacia jurídica de la cláusula compromisoria”. Sus fundamentos son los mismos del decisorio que hoy comentamos. Nos llama incluso la atención que la cita en ambos, a varios años de distancia, de la misma, una de PODETTI de más de cincuenta años de emitida. Como si nada hubiese pasado desde que se enunció.

En este fallo, respecto de una sociedad en cuyo estatuto existía una estatutaria que sometía a árbitros arbitradores amigables componedores todas las dificultades o divergencias que se susciten entre los socios, se sostuvo, con argumentos –y citas- muy parecidos al que aquí se comenta, que el desplazamiento de la competencia en favor de jueces “privados” (de derecho o de equidad) sólo puede producirse limitadamente, de otro modo se estaría ante el desplazamiento de la jurisdicción, lo que sería inaceptable por cuando en ningún supuesto podrían los jueces del Estado entender sobre la materia comprometida. Y, en esa línea, admitir se pueda someter a arbitraje la nulidad de asambleas societarias, “exceden el marco de la competencia arbitral invocada y sólo pueden ser decididas judicialmente”.

Esto es que se dijo que: (a) pueden someterse cuestiones litigiosas, actuales o futuras, en la medida que no sea total; (b) no puede desplazarse totalmente la competencia a favor de jueces-árbitros; (c) no cabe someter a arbitraje una asamblea societaria, pues ello excede el marco de la competencia arbitral. Fácil es advertir que no se determina de que modo las premisas (a) y (b) producen el resultado (c), ya que no parece que decidir por arbitraje una nulidad asamblearia importe un desplazamiento total de la jurisdicción. Es notorio que existe una ruptura en el razonamiento que se lee en el fallo, ya que nada autoriza a concluir

como se hace partiendo de los principios que se enuncian para fundarlo. Además, la cláusula contractual citada no fue declarada nula y tampoco se dice, ni se advierte que se pueda haber dicho, que ella importe un desplazamiento de la jurisdicción y sí y tan sólo de la competencia en lo referido a un determinado contrato de sociedad. Es que el desplazamiento de la jurisdicción tal como se enuncia en el fallo, alude a una situación más universal, que pueda comprometer por su solo enunciación la existencia de uno de los poderes del Estado, pretensión de esencia anarquista que obviamente no puede imputarse a una modesta cláusula societaria. Ello jamás fue imaginado siquiera por tratadistas y legisladores que trajeron el tema, en el mundo y entre nosotros, como se pasa a explicar, teniendo particularmente en cuenta el trabajo de ANAYA (“El arbitraje en los conflictos societarios”), publicado en ED: 1995-E-853.

Históricamente, el arbitraje aparece regulado en la ley procesal de la Francia napoleónica y así pasó sin mayor análisis a nuestro sistema legislativo, sin advertir que mientras allí se había dictado en un sistema unitario de gobierno, entre nosotros el régimen es federal, por lo que no es lo mismo la inclusión del arbitraje en uno u otro código. En tal sentido CAIVANO (op. cit.en E.D., cap. II), recuerda que la materia arbitral fue recogida con notable amplitud, pues estableció que quedaba autorizado comprometer en árbitros todos los derechos de que se podía disponer libremente.

Pero distinta fue la solución de fondo del Código de Comercio francés de 1807 (arts. 51 a 63), que trajo el arbitraje obligatorio en materia societaria, siguiendo así una tradición que venía de muy atrás en el tiempo (como que encontramos el arbitraje societario en la ordenanza de Moulins de 1560 y luego en la ordenanza terrestre -o code Savary- de 1673). En 1856 se derogó la norma..

Las Ordenanzas de Bilbao de 1737 obligaban a las compañías (de personas), a “poner cláusula” en el acto constitutivo en la que declarasen que las dudas y diferencias que se susciten serán sometidas al juicio de dos o más personas prácticas que los socios o los jueces designen, quienes juzgarán sumariamente, “sin otra apelación ni pleyto alguno” (cap. X, n° 16).

Entre nosotros, el arbitraje societario aparece en nuestro primer código mercantil, claramente regulado. El Código de 1862, que siguió el lineamiento del código español de 1829, sometió obligatoriamente a arbitraje todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o división, “háyase o no estipulado así en el contrato de sociedad” (arts. 504, 511 y 512).

La reforma de 1889 mantuvo el arbitraje societario, pero admitiendo que el contrato social pudiera establecer lo contrario. La doctrina ya comenzaba a declararse disconforme con este mecanismo de solución de conflictos, en particular por su decepcionante ejercicio, en que los árbitros solían actuar como defensores de los intereses de sus designantes. La consecuencia de ello no fue su supresión, sino la posibilidad de elegir libremente ese método, pero jamás prohibirlo, ni siquiera limitarlo a determinados supuestos, como vemos hoy ocurre.

La evolución ulterior agravó el concepto negativo y, así, se llega a un punto, sistematizado por HALPERIN, en que no se admitía someter a arbitraje en materia societaria: (1) los supuestos en que se cuestiona la existencia de la sociedad; (2) los casos en que no se aplica el contrato, sino la ley (su validez, la calidad de socio, la remoción del administrador, la disolución parcial, la rendición de cuentas); (3) las cuestiones de derecho; (4) las que se susciten entre la sociedad y el socio; (5) las causas por daños y perjuicios, (6) aquellas

situaciones en que los socios no actúan en calidad de tal, que en verdad no son cuestiones societarias.

La reforma de 1972 (ley 19550) derogó las reglas del Cód. de Comercio, pero no el pensamiento restrictivo bajo el cual se interpretó equivocadamente la legislación de 1889, que admitía que el contrato social o un acuerdo por separado celebrado por los socios dispusiera someter cualquier cuestión social a arbitraje.

En ese sentido es importante destacar, a esta altura de la evolución de la institución y para refutar criterios alguna vez sostenidos, que es inaceptable admitir que los árbitros no pueden decidir en materia societaria sobre cuestiones prevalecientemente de derecho, ni que queda la distinción entre obligaciones nacidas de la ley y del contrato, para admitir unas y rechazar otras, ya que será la extensión de “la cláusula” la que deberá definir la cuestión, y que aun ello es de la competencia de los árbitros, siguiendo el criterio de que es atribución de éstos establecer lo que se denomina como la “competencia de la competencia” (conf. ANAYA, op. cit. en E.D., n° VII).

Coincidiendo con ANAYA (íd., cap. IX), el régimen vigente en materia societaria no autoriza interpretar la existencia de límites legislativos en la posibilidad de establecer por acuerdo de partes el arbitraje en materia societaria, dejando en parte –y sólo en parte- de lado a la sociedad autorizada a hacer oferta pública de sus título, a la que cotiza en Bolsa. En estas últimas, la circunstancia de estar regida por un régimen publicístico, de tinte institucionalista, sujeto a regulaciones estaduales constantes, que afectan el crédito y hasta el mercado bursátil mismo, imponen advertir que se trata de un régimen especial, al que por tal razón no pueden imponérsele siempre –al igual que en los demás supuestos societarios- las mismas reglas que a los demás entes colectivos. Esto es que, por la misma razón –la oferta publica- que el Estado ejerce la legislación y control permanente de tales actividades, debe ser otro poder del mismo Estado, el que dirima los conflictos que puedan tener relación o afectar el referido motivo o fundamento. Con lo que podrá darse el supuesto, en materia de sociedades cotizantes, de casos sometibles a arbitraje y otros no, será decisión de los jueces advertir cuando en cada caso se trata de uno u otro supuesto.

En el mismo sentido y con relación a las sociedades que no cotizan, el autor recién referido señala que, aun cuando en el derecho comparado se advierte cierta resistencia a la posibilidad de admitir que se puedan someter a arbitraje los acuerdos sociales y las relaciones entre la sociedad y los socios, se viene imponiendo el criterio de la arbitrabilidad cuando existen concretas garantías de imparcialidad. Entonces, mientras no recaiga sobre materias de orden público, las cuestiones societarias pueden ser motivo de acuerdo arbitral y de hecho la Inspección General de Justicia inscribe sin reparos cláusulas en tal sentido, comprendiendo dentro de sus términos a las discrepancias entre accionistas o en el funcionamiento del directorio o en la resoluciones asamblearias (estatutos de “Envases Los Andes SA” y “Fugran SA”, de los años 1987 y 1988, citados por ANAYA, op. cit., cap. IX), que obviamente todos ellos pueden ser motivo de “la cláusula”. Preguntar a RAGAZZI o ROSSI sobre novedades al respecto.

Pareciera que ANAYA ve también en el arbitraje vinculante entre sociedades del grupo, argumentos a favor de nuestro criterio, aunque alude a la existencia de acuerdo tácito en tal sentido cu(9) El directorio desplazado, se encuentra en condiciones de asumir la dirección de la empresa y seguramente en mucho mejores condiciones que el Interventor, por sus características, antecedentes, conocimiento de la tarea mercantil y del mercado. Y si el resultado económico que arrojasen los guarismos del balance 2000 no fuesen buenos (en verdad, se desconocen), hoy mi parte no puede seguir en la actitud en que se ha visto colocada, soportando resultados que se originan en la imposibilidad de permitir que la gestión

comercial de la sociedad la hagan los interesados, mas allá del empeño de la intervención, de modo de funcionar acorde con la situación del momento. ando en una de sus integrantes se introdujo “la cláusula” y de sus características surge que se impone la necesidad de dictar decisión que vincule a todas (contra “S.A.Schneider c/ S.A. Marine Firminy”, Tribunal de Comercio de París, 1/8/1975).

MITOS, INCONGRUENCIAS E INCOMPRESION DE LA INSTITUCION. La doctrina del art. 448, C. Com., entendió que el arbitraje societario allí establecido era el de amigables componedores. Aun de existir dudas, según doctrina de la Corte (JA: 28-316) y luego el art. 766, CPCC, tal debía ser la solución, pues es la que mejor explica porque se ha decidido rehusar la jurisdicción de los jueces designado por el Estado, en cuanto a no aplicar estrictamente el régimen de procedimiento y fundamentación jurídica que debe inspirar una sentencia judicial. Esto también explica que se haya criticado el arbitraje ex bono et aequo para resolver cuestiones jurídicas, criterio igualmente equivocado, que no ha tenido en cuenta los orígenes, fundamento y desarrollo de la institución. “Esta interpretación olvida que en nuestro medio y en la tradición de los tribunales mercantiles el arbitraje ha sido y es genéricamente de amigable composición, que conduce a decidir equitativamente. Cuando se postula el arbitraje iuris, se parte del equívoco de considerar que la equidad es discrecionalidad, con prescindencia del derecho, es algo próximo al no-derecho, en una antítesis comprometedora. Ello no es así, la equidad parte de la noción aristotélica de la epiqueya, que lejos de contraponerse al derecho, lo continúa complementándolo ... para hacer justicia en el caso concreto”. El árbitro no puede ignorar el derecho y, en el fondo de todas la decisiones analizadas y de este caso comentado en particular, subyace la idea contraria, lo que es un notorio y hasta grave error conceptual. Siendo el arbitraje una cuestión contractual, normalmente bilateral, la circunstancia de que las partes celebren determinado contrato y que en él o por separado o posteriormente prevean la inclusión de “la cláusula”, puede en ocasiones ocurrir que existan terceros afectados por la controversia. Esto genera el problema de determinar si se puede aplicar el arbitraje a quien no lo estipuló o si se pueden someter a arbitraje a mas partes que las vinculadas por “la cláusula” en un único proceso. Del mismo modo, cabe considerar la situación que se crea cuando existen mas de dos partes vinculadas a un conflicto, ligadas todas por un acuerdo arbitral, en el que las partes motivo de reclamo son dos o mas que no aceptan la designación de un árbitro común y no han previsto el método para solucionar la cuestión.

Se discute si del mismo modo que no puede imponerse el arbitraje a quienes no lo han acordado, tampoco cabe la unificación de procesos en materia arbitral cuando no existe acuerdo de todos los que intervendrán en el mismo, así sus otorgantes hayan suscripto “la cláusula” pero sin prever el árbitro común (arbitraje combinado).

Siguiendo a St. John Sutton, Kendall y Gill (en “RUSSELL ON ARBITRATION”, 21 ed., 1997), es de apuntar que las situaciones en las que se verían involucradas más de dos partes en procesos de arbitraje combinado incluyen:

“cuando el demandado intenta recuperar de una tercer parte lo que se reclama en su contra;
“cuando hay un número de contratos y cada demandado desea transferir la responsabilidad a una cadena o “string” (hilo); y

“cuando el demandante presenta demandas contra un número de demandados potenciales distintos y dichas demandas surgen de la misma causa”.

“En todos estos casos, si las partes no optaron por un arbitraje y están sujetos a la jurisdicción de los tribunales ingleses, las controversias pueden ser escuchadas en una sola

acción, llamada “joinder” o “consolidation” (acumulación de acciones o procesos). Esto es por demás deseable para ahorrar el tiempo y dinero que se consumen en la resolución de una misma causa una y otra vez y también para evitar la probabilidad de obtener decisiones inconsistentes. Sin embargo, si las partes involucradas optaron por el arbitraje, los tribunales no podrán intervenir para evitar la duplicación de procesos. En estos casos, lo único que los tribunales pueden hacer es designar el mismo tribunal (arbitral) para que resuelva sobre una cantidad de controversias distintas en audiencias consecutivas, siempre y cuando la partes no estén de acuerdo sobre los árbitros que constituyan el tribunal o la autoridad a designar. El tribunal no puede requerir que las partes estén de acuerdo en que él sea el que resolverá las distintas causas simultáneamente. Los jueces han destacado los beneficios que se obtendrían a partir de la abolición de las reglas que evitan el “joinder”, pero los redactores de la Ley de Arbitraje de 1996 pensaron que interferiría en gran medida con el principio de autonomía de las partes. La sección 35 de la Ley, luego de confirmar que las partes son libres de optar por audiencias concurrentes o la acumulación de procesos, establece que un tribunal arbitral no tiene la facultad de solicitar audiencias concurrentes o acumulación de procesos sin el acuerdo de las partes; y no se dice nada más sobre alguna facultad similar de los tribunales por lo que en consecuencia, estos últimos no poseen tal facultad. En las situaciones clasificadas como de tipo (3), solamente en los arbitrajes en materia de familia, el demandante podía reunir a todos los potenciales demandados enviándoles citaciones a todos; pero este derecho ya no existe y los procesos legales iniciados por citaciones se suspenderán a solicitud del demandado en dicho proceso que es parte en un acuerdo de arbitraje con el demandante”.

(Siemens AG and BKMI Industriean Lagen GMBH v. Dutco Construction Co., 1st Ch. Civ., Jan 7, 1992)

La causa tramitó ante los tribunales de París a consecuencia de un arbitraje de la CCI, iniciado por una de las tres partes, contra las otras dos partes de un contrato consorcial, que establecía que cualquier controversia que surgiera sería resuelta por las Reglas de la CCI por medio de tres árbitros designados de acuerdo con dichas Reglas. Al comenzar el arbitraje, la parte demandante designó a un árbitro de acuerdo con el art. 2, párrafo 4, de las Reglas de la CCI y la CCI al presidente. Los demandados objetaron el proceso único de arbitraje contra ambos y De acuerdo con el rechazo por parte del demandante (y en esas circunstancias de la CCI) de dividir el proceso, los demandados recurrieron y “bajo protesta” propusieron en conjunto a un árbitro, para no permitir que la CCI designara al árbitro.

Art. 301, inc. 2º, LS: “La autoridad de contralor podrá ejercer funciones de vigilancia en las sociedades anónimas no incluidas en el art. 299, en cualquiera de los siguientes casos: ...2º Cuando lo considere necesario según resolución fundada, en resguardo del interés público”.

Expusimos allí que “flota en los textos de los ilustres antecedentes citados la fuerte impronta dejada en sus autores por su antecesor VIVANTE, mutándose el rechazo de la figura por una limitada duración del acuerdo, sin que en esencia se advierta para los tiempos que corren, en lo que hace a sus consecuencias concretas, la existencia de notoria diferencia entre una y otra posición: todo se reduce a que se ha pasado de una prohibición absoluta a una restringida, pero muy severa, siendo ambas poco funcionales y contrarias a las necesidades de los tiempos que corren, y mucho menos en países emergentes como el nuestro, que no deberían impedir que los titulares accionarios nacionales puedan consolidar

situaciones, sin que ello en principio pueda merecer reparo legal”. Es notorio que, en uno y otro supuesto, ha sido la desconfianza que a la Justicia merecen ambas instituciones – sindicato y arbitraje- las que han provocado su rechazo, en total desajuste –en ambos casos- con las más modernas tendencias del derecho mercantil moderno.

En este caso, el 7/en/92 la Corte de Casación de Francia anuló la decisión del tribunal de arbitraje de la CCI, confirmada por el Tribunal de Apelaciones de París, en una causa iniciada por una parte contra las otras dos de un acuerdo consorcial, en el cual el demandante designó un árbitro y las dos demandadas no aceptaron designar uno común, como exigía el reclamante, solicitando que el arbitraje se dividiese en dos procesos, considerando que no podían ser demandados conjuntos en un mismo proceso arbitral y bajo un mismo árbitro no propuesto por ambos, sin perjuicio de lo cual propusieron uno “bajo protesta”, sólo para impedir que la CCI lo nombrase. Sostenían además que se habían presentado demandas diferentes contra cada uno de ellos y que la cláusula de arbitraje no estipulaba un único proceso arbitral con pluralidad de partes. En un laudo provisional el Tribunal de la CCI determinó que de tal modo el arbitraje se había iniciado correctamente, lo que fue recurrido, confirmado por el referido Tribunal de París y finalmente revocado por casación, que lo hizo “considerando que el principio de igualdad de las partes en la designación de árbitros es una cuestión de políticas públicas, (por lo que) solamente puede renunciarse a él después de surgida la controversia” (el fallo puede consultarse en “The ICC International Court of Arbitration”, boletín vol.. 4, n° 2, oct/1993, pág. 6).

() Honor al mérito: la Inspección General de Justicia de la Nación, recientemente, ha reglado la incorporación de “la cláusula” en los contratos de sociedad (obviamente, excluyendo a las que cotizan) por resolución n° ..., /01, que por su reciente data nos parece necesario incluir en esta nota. Dice la misma: “