

Arbitraje societario (en homenaje a los 100 años cumplidos por don Jaime L. Anaya)

por RAFAEL MARIANO MANÓVIL

Sumario: I. ANTECEDENTES. — II. EL PROGRESO DEL ARBITRAJE EN GENERAL Y CUESTIONES NO RESUELTAS. — III. LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA SOCIEDAD Y LAS PARTICULARIDADES DEL ARBITRAJE SOCIETARIO. — IV. CUESTIONES QUE PUEDEN RESOLVERSE POR MEDIO DEL ARBITRAJE. (i) CUESTIONES SOBRE LA VALIDEZ E INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES O ESTATUTARIAS Y SOBRE SU AJUSTE A LAS NORMAS DE LA LEY. (ii) IMPUGNACIÓN DE DECISIONES DE ASAMBLEAS. EJERCICIO DEL DERECHO DE VOTO EN SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERESES. (iii) ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA FUNCIONARIOS SOCIALES Y SOCIOS. (iv) OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN SOCIETARIA. (v) LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE UNA SOCIEDAD. (vi) LOS PACTOS DE SOCIOS Y CONVENIOS DE ACCIONISTAS. (vii) LA SOCIEDAD DE OBJETO O ACTIVIDAD ILÍCITA. — V. CONCLUSIÓN.

Decir que me siento muy honrado por haber sido propuesto por la UCA como orador en esta merecida jornada de homenaje al maestro Anaya, no alcanza a reflejar la profundidad de mi sentimiento. También lo es mi admiración por este jurista notable, que brilló en la academia y en la magistratura como muy pocos.

Lo conocí hace medio siglo. Recuerdo que en el Primer Congreso de Derecho Societario celebrado en La Cumbre. Con vergüenza que arrastro desde entonces, confieso que presenté allí una ponencia sin haber advertido que don Jaime antes había publicado un artículo con ideas similares. Con gesto generoso me absolvió, pero aprendí que no hay que abrir la boca antes de investigar a fondo. Luego, lo traté muchas veces, con la distancia y el respeto que imponían su jerarquía y su mayor edad. Su célebre voto en el caso *Sánchez c. Banco Avellaneda* fue otra lección personal para mí. Fue don Jaime quien me recomendó las primeras lecturas para mi tesis, aunque, por el desorden todavía imperante cuando comencé a investigar, no fue formalmente mi tutor. Tengo, pues, una enorme deuda de gratitud con el Dr. Anaya, mayor que la que tiene la comunidad jurídica toda.

Se me ha asignado un tema que combina dos de las áreas del Derecho que nuestro homenajeado ha cultivado con intensidad: el Derecho Societario y el Arbitraje. Espero estar a la altura que él se merece.

I. Antecedentes

Mi referencia será necesariamente breve, porque hay varios autores que han relatado la historia del arbitraje y

en particular del societario⁽¹⁾, desde el Edicto de François II (1560) hasta el Code de Commerce francés de 1807, pasando por la Ordenanza de Moulins y el Code Savary (1673), las Ordenanzas de Bilbao y sus modificaciones (siglos XVI a XVIII), todas las cuales establecían el arbitraje obligatorio para las disputas entre socios. En Francia, esa obligatoriedad se derogó por la ley del 17 de julio de 1856. Medio siglo después, por una nueva reforma introducida por la ley del 31 de diciembre de 1925, se autorizó a incluir cláusulas arbitrales en el contrato.

En nuestro país el Código de Comercio de 1859/62 impuso el sometimiento de los conflictos societarios al régimen arbitral. El Código de 1889 modificó esa obligatoriedad al admitir el pacto en contrario. Como expusieron los autores antes citados, la doctrina, la práctica y la jurisprudencia no favorecieron el arbitraje. En ello influyó no poco la falta de cultura arbitral en nuestro medio, la desconfianza, la ausencia de centros de arbitraje institucionales, la necesidad de recurrir a los jueces para forzar la designación de los árbitros, la inseguridad de un procedimiento no reglado y, finalmente, la interpretación restrictiva de los tribunales, celosos custodios de la potestad judicial, que impuso la poco convincente doctrina de la interpretación restrictiva de la cláusula arbitral⁽²⁾. Es conocida la opinión de Isaac Halperin, quien, al lado de una sistematización de los supuestos en los que quedaba excluido el arbitraje, sostenía que el art. 448 del Cód. Com. era inaplicable a las sociedades anónimas porque, conforme a su estructura, en ellas no se plantea el litigio entre los socios⁽³⁾.

La sanción, en 1972, de la entonces Ley de Sociedades Comerciales implicó un cambio relevante. Desde entonces, la ley no hace mención alguna al arbitraje, ni para prohibirlo, ni para presumirlo, ni para obligar a su adopción. En la práctica, la evolución en favor de la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos o estatutos fue mucho más lenta que el explosivo crecimiento del arbitraje contractual, tanto local como internacional. Nuestro homenajeado atribuye la consolidación del arbitraje, por una parte, al principio *Kompetenz-Kompetenz*, que se impuso desde hace algunas décadas, y, por la otra, a la independencia de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal. De ello, Anaya deriva que la existencia de un acuerdo de arbitraje siempre habilita la jurisdicción para resolver sobre la validez del contrato y del acuerdo, lo cual aplica, sin lugar a duda, a la cláusula arbitral en un contrato o estatuto social⁽⁴⁾.

Al margen de sendas resoluciones administrativas de organismos, como la Inspección General de Justicia, que admitieron la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos y estatutos sociales, y contraviniendo opiniones sobre la improcedencia del arbitraje para las sociedades cotizantes⁽⁵⁾, es relevante destacar que el Decreto delegado 677/2001 sobre Transparencia en la Oferta Pública esta-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Orden público en el contrato de arbitraje del Código Civil y Comercial*, por PABLO A. PIROVANO, ED, 262-520; *Compétence-compétence y la remisión al arbitraje*, por FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, ED, 263-701; *La sede del arbitraje*, por ROQUE J. CAIVANO, ED, 272-463; *El contrato de arbitraje en el Código Civil y Comercial*, por DANTE CRACOGNA, ED, 275-721; *Internacionalización subjetiva, deslocalización de la jurisdicción, y desnacionalización del derecho en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI: las paradojas del sistema jurídico global*, por CRISTIAN GIMÉNEZ CORTE, ED, 276-577; *Observaciones preliminares a la ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27.449 (primera parte)*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 279-507; *Observaciones preliminares a la ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27.449 (segunda parte)*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 279-829; *Observaciones preliminares a la ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27.449 (tercera parte)*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 279-879; *Ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional*, por MILTON C. FEUILLADE, ED, 300-1138; *El deber de revelar de los árbitros*, por ROQUE J. CAIVANO, ED, 302; *El acuerdo arbitral contenido en una estipulación a favor de terceros y el efecto negativo del principio kompetenz-kompetenz*, por ROQUE J. CAIVANO, ED, 302-141; *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Independencia e imparcialidad. La regla sobre financiamiento*, por ALLENDE, LISANDRO A., ED, *El nuevo Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires - Director Roque J. Caivano*, Cita Digital: ED-V-DI-908; *El nuevo Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio: algunas cuestiones novedosas en materia de procedimiento*, por VERÓNICA SANDLER OBREGÓN, ED, *El nuevo Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires - Director Roque J. Caivano*, Cita Digital: ED-V-DI-910; *Los principios del Arbitraje bajo el Reglamento de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires*, por PABLO A. PIROVANO, ED, *El nuevo Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires - Director Roque J. Caivano*, Cita Digital: ED-V-DI-906. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) ANAYA, Jaime Luis, *El arbitraje en los conflictos societarios*, LL, T. 1995-E, págs. 853 y sigs.; CAIVANO, Roque y CEBALLOS RÍOS, Natalia, *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino*, Ed. La Ley Bs. As., 2020, págs. 180 y sigs.

(2) Aunque el caso se produjo muchos años después de derogadas las normas del Código de Comercio, es paradigmático el fallo de la CNCom., Sala D, del 22.12.1997 en el caso *Atorrasagasti c. Atorrasagasti, Bargués Piazza y Cía. SRL* (ED, T. 181, pág. 155), en el que se resolvió que no es arbitrable una acción de nulidad de resoluciones asamblearias. Para una convincente argumentación contra el carácter restrictivo del arbitraje societario, ZAMENFELD; Víctor y CAIVANO, Roque J., *El arbitraje en materia societaria*, ED, T. 194, págs. 159/162. Ver también las citas de doctrina y jurisprudencia en MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Arbitraje societario*, LL, T. 2005-F, pág. 894.

(3) HALPERIN, Isaac, *Sociedades comerciales. Parte general*, Depalma, Bs. As., 1964, pág. 242 y sigs. La lista de exclusiones es llamativa. Entre otros supuestos, menciona el cuestionamiento de la existencia de la sociedad; supuestos en los que está en juego ya no la interpretación del contrato, sino la aplicación de la ley; rendición de cuentas; daños y perjuicios; casos en que no se discuten cuestiones de hecho sino de derecho.

(4) ANAYA, Jaime Luis, *El arbitraje en los conflictos societarios*, LL, T. 1995-E, págs. 857/8.

(5) Al respecto, CAIVANO, Roque y CEBALLOS RÍOS, Natalia, *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino*, Ed. La Ley, Bs. As., 2020, pág. 194.

bleció un arbitraje obligatorio para las sociedades emisoras y optativo para los accionistas e inversores, recogido con alguna modificación en la Ley de Mercado de Capitales 26.831⁽⁶⁾. El ordenamiento remite a las mismas reglas para el supuesto de impugnación del precio en los supuestos de ofertas públicas de adquisición obligatorias⁽⁷⁾ y de declaración unilateral de voluntad de adquisición de la totalidad del capital social remanente según el régimen de participaciones residuales⁽⁸⁾. Dado que el tribunal arbitral debe designar un perito para revisar el precio, hubiera sido más atinado disponer que esa clase de diferendo sea resuelto por medio de una pericia arbitral.

La ley de creación de las Sociedades por Acciones Simplificadas admite incorporar previsiones estatutarias para someter los diferendos al arbitraje⁽⁹⁾. Por cierto, no debe entenderse esa norma como negativa a igual disposición para los demás tipos sociales.

Sendos proyectos de reforma a la Ley de Sociedades previeron la inclusión de normas específicas de resolución de conflictos por arbitraje. El proyecto de 2004, redactado por nuestro homenajeado junto con Etcheverry y Bergel, las reformas proyectadas en 2012 para acompañar la sanción del Código Civil y Comercial y el proyecto presentado en el Senado en 2019 contenían normas similares⁽¹⁰⁾. Las únicas diferencias entre el último y el primero fueron el agregado de los diferendos con integrantes de los órganos sociales y la importante previsión de que la incorporación de la cláusula compromisoria en la sociedad existente se aprueba con las mayorías necesarias para modificar el contrato. Los tres proyectos preveían una pericia arbitral obligatoria, salvo pacto en contrario, para resolver toda controversia referida a valuaciones de partes sociales, cuotas u acciones. Ninguno obtuvo sanción legislativa hasta el presente.

II. El progreso del arbitraje en general y cuestiones no resueltas

Aunque enraizado en los lejanos orígenes del Derecho Mercantil, el arbitraje sufrió una cierta decadencia cuando en Europa se afirmó el Estado-Nación, reclamando para sí el monopolio de la potestad de impartir justicia. Empero, esa decadencia no alcanzó de igual manera al arbitraje en disputas societarias, respecto de las cuales, como señalé, todavía en pleno siglo XIX algunas legislaciones lo imponían en forma obligatoria.

(6) El texto de ambas normas prevé lo siguiente: “Todos los mercados deberán contar en su ámbito con un tribunal arbitral permanente, al cual quedarán sometidas en forma obligatoria las entidades cuyos valores negociables 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 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o. 1984) 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. En todos los casos, los reglamentos deberán dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores 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 judicial. 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” (art. 46, texto según la ley 27.440). La única modificación respecto del texto original se refiere al supuesto de acumulación de acciones, que en el primitivo se producía en el tribunal arbitral, y en el actual en el tribunal judicial, prueba esta última, del recelo que aún subsiste en ciertos ámbitos para dejar a inversores y accionistas sin el amparo de los jueces naturales.

(7) Anteúltimo párrafo del art. 89 de la Ley de Mercado de Capitales (texto según la ley 27.440).

(8) Art. 96 de la Ley de Mercado de Capitales (texto según la ley 27.440).

(9) Ley 27.349, art. 57: “Resolución de conflictos. En caso que se suscitaren conflictos, los socios, los administradores y, en su caso, los miembros del órgano de fiscalización, procurarán solucionar amigablemente el diferendo, controversia o reclamo que surja entre ellos con motivo del funcionamiento de la SAS y el desarrollo de sus actividades, pudiendo preverse en el instrumento constitutivo un sistema de resolución de conflictos mediante la intervención de árbitros”.

(10) El art. 15 bis del último de los proyectos citados establecía que “el contrato social o estatuto puede incluir una cláusula compromisoria que someta en forma obligatoria los diferendos entre los socios, o entre estos y la sociedad, o los integrantes de sus órganos sociales, al arbitraje o la amigable composición”.

Debido a las objeciones constitucionales que tuvo el Decreto delegado 677/01, en el proyecto de 2004 se reprodujo el dispositivo arbitral para las sociedades cotizantes. Superada esa objeción por la sanción de la Ley de Mercado de Capitales, los proyectos posteriores no lo reprodujeron.

La división de los poderes, su independencia, y su particular relevancia cuando se trata del servicio de justicia, sumado a la generalizada mejora del Estado de derecho en los dos últimos siglos, convencieron a quienes ejercen funciones públicas, y en particular a los jueces, de que la justicia no solo es una potestad de los jueces, con exclusión del legislativo y del ejecutivo, sino que ese monopolio constituye una protección para los justiciables, a la que estos no deberían renunciar o, más aún, se les debe prohibir renunciar.

A esto último se opuso la idea de que, en realidad, someter una disputa a árbitros no debe verse como una *renuncia*, sino exactamente lo contrario: es una *elección* de quien habrá de resolver un conflicto. En todo caso, luego de más de un siglo de un resurgimiento y perfeccionamiento del arbitraje, al principio paulatino, pero luego vertiginoso, todavía anidan resabios de esas concepciones. Expresiones como *los jueces deben proteger a los justiciables*, y *nadie mejor que los jueces para hacerlo*, se leen todavía en algunas sentencias. Ejemplo de esta reticencia se advierte en legislaciones que excluyen de la *materia arbitrable* ciertas áreas de la actividad humana, o de tipos de relaciones, o de ciertas formas de vinculación, o las que de algún modo afectan intereses generales, o a ciertos sujetos. Todavía perdura cierta desconfianza a lo que decidan personas que no fueron seleccionadas para ejercer en forma permanente y exclusiva la función de jueces. Pero lo cierto es que la práctica mercantil nacional e internacional ha impuesto la elección del arbitraje para la solución de disputas en toda clase de contratos medianamente relevantes. Ello dio lugar también a cuantiosos estudios que analizan las características esenciales del arbitraje, en particular, la de ser un producto de la autonomía de la voluntad y del consentimiento de las partes⁽¹¹⁾. Las legislaciones y jurisprudencia comparadas, cada vez más avanzadas, muestran una tendencia a consolidar el convencimiento de que un laudo arbitral emitido en un proceso regularmente transcurrido es inatacable y tan ejecutable como una sentencia judicial, con cada vez más limitados y restrictivos recursos a los tribunales judiciales. De estos, en cambio, se espera una función de apoyo al proceso arbitral.

Este progreso en la aceptación del arbitraje, producto de la naturaleza dinámica del Derecho Mercantil, se ha centrado primordialmente en conflictos derivados de contratos de cambio, en los cuales las partes disputan sobre prestaciones recíprocas, con una parte enfrentando a su contraparte, y ambas han consentido la jurisdicción arbitral. En cambio, porque se funda en el consentimiento de quienes lo eligen, renunciando así a la intervención de sus jueces naturales, el arbitraje se torna más dificultoso cuando las partes son más de dos, y halla una barrera casi infranqueable cuando se trata de hacer participar a terceros ajenos a la convención arbitral. No me detendré en ello, pero sí señalaré que hay situaciones que todavía no han encontrado solución. Es el caso, entre otros, de los contratos concatenados, de los contratos conexos, de la citación de terceros, de la subrogación, de la cesión del contrato⁽¹²⁾ y de la pretensión de desestimar la personalidad jurídica de una sociedad para hacer valer una relación jurídica.

III. La especial naturaleza de la sociedad y las particularidades del arbitraje societario

En una oportunidad anterior, señalé que las particularidades de la sociedad y la diversidad de conflictos que se pueden presentar en su dinámica requieren previsiones y consideraciones especiales, porque se trata de situaciones substancialmente diversas de las que se presentan en una disputa en el marco de un contrato bilateral de cambio.

Un primer aspecto a tener presente es que las sociedades se rigen por lo que establece el contrato o estatuto social, pero también por el cuerpo de disposiciones su-

(11) Hace más de dos siglos se calificó el derecho a elegir árbitros para resolver disputas como un derecho natural del individuo. Ese parece ser el fundamento del art. 280 de la Constitución española de 1812: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”. Un precedente aún más lejano es la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 que estableció que “el derecho de los ciudadanos de terminar definitivamente sus conflictos por la vía del arbitraje no puede ser restringido por los actos del Poder Legislativo”.

(12) A partir de 2007, la jurisprudencia de la casación francesa tiende a sostener que la cláusula arbitral se transmite junto con la legitimación para accionar.

pletorias e imperativas que las rige, todas ellas interpretadas en el contexto del ordenamiento jurídico todo. De ese plexo surgen principios explícitos y, a veces, inducidos, que iluminan la dinámica y las relaciones internas de la sociedad. En conjunto, constituyen la *lex societatis* de cada sociedad que, para todos los que participan en ella, a cualquier título que sea, es una y única. Para todos ellos está excluida la posibilidad de convenir individualmente una ley diversa, como sí puede hacerse en contratos bilaterales. En lo que concierne a la sociedad, pues, cualquiera sea la pertenencia nacional o el domicilio de socios, accionistas o administradores, incluso cualquiera sea el mercado en que eventualmente coticen sus acciones, la única ley aplicable es la *lex societatis*. Pero suelen existir pactos de socios que complementan o se superponen al contrato o estatuto social. A veces, son sometidos a una legislación distinta a la que rige a la sociedad *societatis* y se pactan arbitrajes o jurisdicciones judiciales distintas a la que está sometida la sociedad, lo cual genera el riesgo de contenidos incompatibles y de ejecución inviable.

Esa imprescindible unidad se explica por el dato de que la sociedad es un contrato plurilateral de organización o, por lo menos, cuando se crea por un acto unilateral, una *estructura* plurilateral, cuya característica es la aptitud para admitir, sin alterarse, un número ilimitado de vínculos con la cantidad de socios que sea. Del acto constitutivo nace el sujeto de derecho *sociedad* y esos vínculos, desde el punto de vista jurídico, se establecen entre cada socio y la sociedad, no entre los socios como partes diferentes: las obligaciones que estos contraen son para con la sociedad, y los derechos de los socios tienen como contraparte a la sociedad, no a los otros socios. Desde el propio acto constitutivo los socios han dejado de ser *partes* de relaciones recíprocas, incluso para reformar el contrato social. Como persona jurídica, la sociedad requiere de una organización jurídica que la dote de la necesaria mecánica para formar y expresar su voluntad, o sea, la previsión de formalidades para que la actuación de determinadas personas humanas sea considerada como una voluntad diferenciada de la individual de cada una de ellas, e imputable a la sociedad. Cuando actúan, los socios no lo hacen como *partes*, sino como integrantes de un órgano de la sociedad⁽¹³⁾.

De todo ello resulta que, en el marco interno de la sociedad como *organización* jurídica, confluyen multiplicidad de sujetos: socios o accionistas actuales o pasados, controlantes internos de derecho y de hecho, directos o indirectos, administradores, fiscalizadores y exmiembros de ambos órganos. Ello determina que los conflictos pueden ser multilaterales, o involucrar cuestiones que hacen a la propia estructura de la sociedad. Las sentencias o laudos que se dicten pueden versar sobre la relación de uno de esos sujetos con la sociedad, o proyectarse a todos los demás; pueden tener efecto solo entre las partes o tener efectos *erga omnes*, como cuando se resuelve sobre la validez o nulidad de una resolución asamblearia.

Sea que lo establezca la ley, sea que se pacte en el contrato o estatuto, el arbitraje sobre esta variedad de supuestos debe ser tratado con reglas y alcances particulares. A falta de previsión adecuada, puede ocurrir que un conflicto entre un socio y la sociedad no sea susceptible de ser sometido a arbitraje ni siquiera si las partes procesales lo quieran consensuar. Ello ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de impugnación de una resolución asamblearia. Otros accionistas que también impugnen podrían elegir la jurisdicción judicial y se haría imposible la acumulación de los procesos que manda el art. 253 LGS. Asimismo, accionistas que no fueron parte podrían controvertir el efecto *erga omnes* del laudo arbitral.

A la luz de lo dispuesto en el inc. d) del art. 1651 del CCyC, en cuanto a que “*quedan excluidos del arbitraje (...) d) los contratos por adhesión, cualquiera sea su objeto*”, es importante destacar que el de sociedad no es un contrato por adhesión. Si lo fuera, en el derecho argentino vigente, con excepción de las SAS, no podría pactarse el arbitraje para las sociedades. Pero de la definición

(13) Debe recordarse, además, que el contrato plurilateral de organización no se agota con el cumplimiento de las prestaciones a las que se obligaron las partes, como en el contrato bilateral de cambio: el contrato de sociedad cobra vida con la ejecución de las prestaciones de los socios. En consecuencia, hay institutos propios del derecho de los contratos que no se aplican en el caso de la sociedad. Son inaplicables la *exceptio non adimpleti contractus* y, ante un incumplimiento, la facultad de resolverlo. Los incumplimientos se resuelven en el ámbito de las relaciones de cada socio con la sociedad, con aplicación de las sanciones previstas en la ley y en el contrato o estatuto.

del contrato por adhesión a cláusulas predisuestas que proporciona el art. 984 del CCyC surge que se refiere a contratos bilaterales⁽¹⁴⁾, solo calificados por su modo de celebración: “*uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por otra parte, o por un tercero*”. En la sociedad no hay contratantes enfrentados entre sí, sino que, en su potencialidad pluralidad, todos confluyen a una finalidad común. Del acto constitutivo de la sociedad los socios participan en igualdad jurídica, creando un plexo normativo de reglas abstractas aplicables a la sociedad aplicable a todos los socios, sean actuales o futuros. Junto con las disposiciones legales, ese plexo gobierna todas las relaciones que se presentan en la sociedad. La entrada y salida de socios se produce en los términos de la ley del contrato o estatuto. Nada de ello es compatible con disposiciones previstas para contratos bilaterales. Si el socio entrante adhiere a algo, es a reglas que rigen una entidad ideal de la que formará parte, o sea, a su ley interna, nunca a lo que le impuso una contraparte predisponente.

Un comentario adicional para sostener la falta de obstáculo jurídico alguno para aceptar el arbitraje en materia societaria es el referido a la incidencia de los arts. 1021 y 1022 del CCyC, que disponen que los contratos solo tienen efecto entre las partes y no alcanzan a terceros. Ello no resulta aplicable a la estructura interna de la sociedad, ni aun respecto de socios o accionistas que se incorporan después de su constitución, aunque estos no sean, estrictamente, *partes* del acto constitutivo. Empero, a partir de su incorporación ellos ya no son *terceros*: todos los involucrados *pertenecen* a la estructura unitaria que es la persona jurídica *sociedad*. Además, como ya señalé, la solución de los conflictos casi siempre tiene efectos *erga omnes*, hayan o no participado todos los socios en el litigio, alcanza a todos ellos y a los integrantes de los órganos sociales. En otras palabras, a diferencia del alcance de laudos dictados respecto de relaciones jurídicas bilaterales, aquí no se presentan cuestiones como la del litisconsorcio necesario, la citación de terceros o su intervención voluntaria, porque en las relaciones societarias está siempre presente el presupuesto de una unidad derivada de la objetiva uniformidad de intereses y de una única organización jurídica. La previsión arbitral, tanto ubicada en la ley como en el contrato o estatuto, tiene el potencial de abarcar todos los diferendos y conflictos que se presenten en su dinámica. Ello alcanza a todos quienes tienen un vínculo interno con la sociedad como socios o integrantes de sus órganos, aún después de la extinción del vínculo si la causa del conflicto es anterior al cese⁽¹⁵⁾.

IV. Cuestiones que pueden resolverse por medio del arbitraje

Los que menciono a continuación no agotan, por supuesto, el elenco de los posibles conflictos que no hallan obstáculo para ser resueltos por medio del arbitraje, ni aquellos que, por sus implicancias, deben ser analizados con detenimiento.

(i) *Cuestiones sobre la validez e interpretación de cláusulas contractuales o estatutarias y sobre su ajuste a las normas de la ley*

Las divergencias en la interpretación de cláusulas contractuales o estatutarias, incluso acerca de su validez o nulidad, y hasta sobre la invalidez de la sociedad misma, pueden ser resueltas en sede arbitral. Entre ellas: las relativas al modo de integrar el directorio o a la oportunidad y requisitos de incorporación de los suplentes; el derecho de suscripción preferente; una cláusula de preferencia en la compra de acciones; el alcance de las restricciones para la transferencia de partes sociales o acciones; el quórum o

(14) Ello surge de las reglas relativas a los contratos así celebrados: el Art. 985 CCyC prohíbe el reenvío a textos o documentos que no se hubieran facilitado “*a la contraparte*”, mientras que en la sociedad no hay *contraparte*; el Art. 986 menciona cláusulas particulares “*negociadas individualmente*” como distintas de las predisuestas, mientras que en la sociedad no hay negociación individual. Las normas relativas a los contratos celebrados por adhesión están concebidas para que quien carece de *bargaining power* halle protección frente a cláusulas abusivas impuestas por su contraparte y para sentar unas reglas básicas de interpretación contra el predisponente en caso de oscuridad o contradicción.

(15) Una cuestión especial es la situación del controlante indirecto, no socio de la sociedad (Art. 33, LGS). Está fuera de la estructura de la persona jurídica en sí misma, pero entiendo que la cláusula compromisoria del estatuto puede válidamente incluirlo.

mayorías especiales para el tratamiento de ciertos temas en una asamblea o el alcance de los temas incluidos en la previsión; el alcance de los derechos de las acciones preferidas; la falta de alguno de los elementos esenciales del contrato de sociedad, o la imprecisión de alguno de ellos, v. gr., el alcance del objeto social; si el contrato o estatuto contiene cláusulas que sean violatorias del art. 13 LGS, es decir, que un socio reciba todos los beneficios o se lo excluya de ellos, o que sea liberado de contribuir a las pérdidas; o que se haya pactado restituir a un socio los aportes con un premio o sus frutos, haya o no ganancias; o que aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales; o que el socio sobreviviente se apropie de la totalidad de las ganancias o del capital.

Si se trata de una SAS, también es arbitrable la cuestión previa relativa a si el art. 13 LGS es aplicable a este tipo societario, o si, por el contrario, en virtud de la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad, esas disposiciones pueden ser válidamente dejadas de lado y aún, como tercera opción, si para admitir un apartamiento de ellas debe existir una razonable contrapartida. Señalo que un laudo que resuelva un diferendo de esta clase debe, necesariamente, tener efectos *erga omnes*: es incompatible con la vida de una sociedad que una cláusula de su contrato o estatuto sea interpretada de dos o más modos distintos y sea declarada válida por un tribunal y nula por otro. Puede ser preciso que del proceso arbitral en el que se discuta este tipo de cuestiones deban participar no solo la sociedad y el socio que plantee la objeción, sino también aquellos a quienes afecte en su interés personal el resultado de la disputa: quien demande la nulidad de una cláusula por violatoria del art. 13 LGS, deberá hacerlo contra la sociedad y también contra el o los beneficiarios de la cláusula que se pretende leonina.

(ii) *Impugnación de decisiones de asambleas.*
Ejercicio del derecho de voto en situaciones de conflicto de intereses

Este es uno de los conflictos más frecuentes. Muy a menudo se trata de la infracción a la prohibición de ejercicio abusivo de los derechos, tanto por la mayoría como por minorías obstructivas. Casi siempre la resolución de estos conflictos depende de la apreciación por el juzgador del encuadre de los hechos: ¿hubo o no abuso?; ¿hubo conflicto de intereses en la emisión del voto (art. 248 de la LGS)?

Los árbitros deberán necesariamente atenerse a las disposiciones legales aplicables, entre ellas, las del art. 253 LSG sobre acumulación de todas las impugnaciones y la suspensión del proceso hasta vencido el plazo de caducidad del art. 251 LGS. En caso de múltiples procesos que se acumulan se pueden plantear dificultades, en especial para conjugar la facultad de cada parte para elegir árbitros.

(iii) *Acciones de responsabilidad contra funcionarios sociales y socios*

El ejercicio de acciones sociales de responsabilidad contra integrantes de los órganos de administración y fiscalización, tanto por la propia sociedad como por los socios *ut singuli*, son susceptibles de decisión arbitral. Por analogía, idéntica solución cabe al supuesto de acciones sociales contra los socios, por violación de lo dispuesto en los dos primeros párrafos del art. 54 de la LGS.

Más dudoso es que, a falta de una inclusión expresa, la cláusula compromisoria del contrato o estatuto abarque también las acciones individuales de socios o accionistas contra administradores o directores por daños causados directamente en sus patrimonios personales. Ello dependerá del alcance de la cláusula compromisoria. En cambio, quedarán fuera de la previsión los terceros que reclamen esa responsabilidad, aunque la causa del reclamo sea idéntica a la del reclamo individual de un accionista. Los terceros deberán recurrir a la sede judicial. Cabe preguntarse, no obstante, si ellos podrían prevalerse de la disposición estatutaria y demandar esa responsabilidad en sede arbitral.

(iv) *Operaciones de reestructuración societaria*

Los conflictos que puedan surgir con motivo de una reestructuración societaria, sea transformación, fusión o

escisión en cualquiera de sus formas, pueden quedar deferidos a resolución arbitral. En lo que concierne a los actos orgánicos societarios de la propia sociedad cuyo contrato o estatuto prevea la jurisdicción arbitral, ello resulta de estar así pactado. Cuando se trata de un acto complejo en el que intervienen otros sujetos, por ejemplo, la otra o las otras sociedades en una fusión, respecto de la relación entre los sujetos societarios intervinientes, la competencia arbitral solo puede surgir del compromiso previo o del acuerdo de fusión.

(v) *La inoponibilidad de la personalidad jurídica de una sociedad*

A falta de consentimiento para la jurisdicción arbitral por el sujeto pasivo de la pretensión de traslado o extensión de la imputación de los actos o la actuación de la sociedad por medio de la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica, los árbitros carecen de jurisdicción para entender en tal pretensión. No obstante, tal consentimiento puede no ser expreso, sino bastar que sea tácito, o resultar presumido en razón de la participación del sujeto pasivo en el negocio. La cuestión suele plantearse en el marco de disputas derivadas de relaciones externas de la sociedad cuyo velo se pretende levantar, por lo que, aunque se trate de la aplicación de un instituto societario, no se trata de un arbitraje societario.

(vi) *Los pactos de socios y convenios de accionistas*

La diversidad del contenido y alcance subjetivo de estos pactos o convenios hacen difícil predicar una regla uniforme respecto de su sometimiento a arbitraje. Desde luego que, si en el convenio se incluye una cláusula compromisoria, esta tendrá plena validez. Las complicaciones se producen cuando se pretende hacerlos oponibles a la sociedad y tanto más cuando se refieren a aspectos relativos a su funcionamiento orgánico y contradicen el contrato o estatuto. Cuando el arbitraje deriva de una cláusula compromisoria del contrato social, los árbitros deberán extremar el análisis para decidir si –y en qué medida– el contenido del pacto de socios es oponible a la sociedad y, sobre todo, si tienen competencia para intervenir en controversias derivadas de ese pacto. Cuando la jurisdicción prevista en el contrato o estatuto es diversa de la prevista en el pacto, carecerán de competencia para ello.

(vii) *La sociedad de objeto o actividad ilícita*

Los arts. 18 y 19 de la LGS prevén la nulidad de la sociedad de objeto o de actividad ilícitos con el agravante de que, pagados los acreedores de buena fe, el patrimonio remanente pasa al Estado para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva. ¿Puede ser sometida a arbitraje la disputa sobre si el objeto o la actividad de la sociedad es ilícito? Si media cláusula contractual o estatutaria, un planteo de esta naturaleza hecho por socios contra la sociedad debe ser resuelto por arbitraje. Sin embargo, normalmente esta pretensión será ejercida por una autoridad pública, o por terceros, o, en caso de insolvencia, en el marco concursal, y la jurisdicción arbitral pactada carecerá de eficacia.

V. Conclusión

Es perfectamente válida la cláusula compromisoria en un contrato social o estatuto y, seguramente, ayuda a resolver con mayor rapidez y eficacia los conflictos societarios. Por la complejidad intrínseca del arbitraje societario, que excede la de los derivados de contratos bilaterales, se requiere que las cláusulas contractuales o estatutarias que lo prevean contengan la expresión precisa de sus alcances para superar cualquier duda sobre la competencia de los árbitros.

VOCES: ARBITRAJE - SOCIEDADES - SOCIEDAD ANÓNIMA - SOCIEDAD COMERCIAL - BOLSA DE COMERCIO - ARBITRAJE COMERCIAL - PROCESO ARBITRAL - ÁRBITROS - TRIBUNAL ARBITRAL - DEBERES Y FACULTADES DE LOS ÁRBITROS - DERECHO CIVIL - DERECHO COMERCIAL - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - LEY APLICABLE - BUENA FE - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD