

[Buenos Aires, martes 15 de julio de 2025 - N° 16.004]

HOMENAJE AL PROFESOR JAIME LUIS ANAYA

EDICIÓN ESPECIAL

DIRECTOR DE EL DERECHO: ALEJANDRO BORDA
DIRECTOR DEL NÚMERO: DANIEL ALEJANDRO HERRERA
COORDINADOR: MARCO RUFINO

PRESENTACIÓN

Homenaje a Don Jaime Luis Anaya. Presentación, por Daniel Alejandro Herrera
Cita Digital: ED-VI-CCXX-694

DOCTRINAS

Reseña de las exposiciones de los Dres. Ernesto Polotto, Julián Anastasio y Ariel Dasso, por Alejandro Borda
Cita Digital: ED-VI-CCXX-695

Arbitraje societario (en homenaje a los 100 años cumplidos por don Jaime L. Anaya), por Rafael Mariano Manóvil
Cita Digital: ED-VI-CCXX-696

Arbitraje societario: arbitrabilidad subjetiva, por Jorge A. Rojas
Cita Digital: ED-VI-CCXX-698

Consejo de Redacción:

GABRIEL FERNANDO LIMODIO, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, DANIEL ALEJANDRO HERRERA, NELSON G.A. COSSARI



EL DERECHO

(5411) 3988 3256 | info@elderechodigital.com.ar



Doctrinas

Homenaje a Don Jaime Luis Anaya

Presentación

El maestro don JAIME LUIS ANAYA ha cumplido cien años y la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, su Facultad, ha querido realizarle un merecido homenaje en vida, a quien es un auténtico referente en el Derecho Comercial, en su escuela de Derecho Natural y en la identidad de nuestra universidad.

En ese carácter, ha tenido importantes discípulos y ha formado un número inmenso de alumnos (entre los que me incluyo) que hemos disfrutado y nos hemos enriquecido con su sapiencia, humildad, bonhomía y don de gente que lo distinguía como un auténtico caballero cristiano.

Por eso, el 28 de mayo próximo pasado, nuestra Facultad, por medio de su Centro de Derecho Comercial dirigido por el Dr. Jorge Sícoli y el diario *El Derecho*, dirigido por el Dr. Alejandro Borda, organizó una jornada homenaje al maestro don Jaime Luis Anaya, con motivo del centenario de su natalicio. El tema de las jornadas fue “El arbitraje societario”, por ser uno de los temas en que don Jaime se especializó, especialmente al integrar el tribunal arbitral de la Bolsa de Comercio.

Abrió las jornadas el Director del Centro de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la UCA, Dr. Jorge Sícoli y, luego de sus palabras, dos de los más directos discípulos de don Jaime, los Dres. Ernesto Polotto y Julián Anastasio, a los que se sumó más adelante el Dr. Ariel Dasso, realizaron una justa y sentida semblanza del querido maestro.

Posteriormente, en el siguiente panel se abordó el tema de las jornadas: “El arbitraje societario”, donde disertaron los Dres. Rafael Manóvil y Jorge Rojas, con alta erudi-

ción y también asociando el tema con la actuación del homenajeado.

Finalmente, cerramos el acto con unas palabras el Dr. Alejandro Borda, director de *El Derecho*, y quien escribe, Daniel Herrera, en mi carácter de decano de la Facultad de Derecho de la UCA. Luego se hizo entrega a la familia del maestro don Jaime Anaya en su representación, una plaqueta conmemorativa de reconocimiento y agradecimiento por su rica trayectoria. Posteriormente, el sacerdote Luis Anaya (hijo de don Jaime), en representación de él y de toda la familia, agradeció a la Facultad y a los disertantes en este acto.

Este número especial de *El Derecho* refleja lo que se vivió ese día en este merecido homenaje y reconocimiento al gran maestro, simplemente a don Jaime, gracias por tanto que nos ha dado y tanto que nos ha dejado como un legado de sabiduría, bonhomía y caballerosidad cristiana. Que Dios lo bendiga.

DANIEL ALEJANDRO HERRERA
Decano Facultad de Derecho
Universidad Católica Argentina

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 - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - JUECES - PODER JUDICIAL

Reseña de las exposiciones de los Dres. Ernesto Polotto, Julián Anastasio y Ariel Dasso

por ALEJANDRO BORDA

En mayo de 2025, la Facultad de Derecho de la UCA, El Derecho y el Centro de Derecho Comercial rindieron un sentido homenaje al ilustre profesor Jaime Luis Anaya, con motivo de que cumplió, el pasado mes de marzo, 100 años de edad.

En esa ocasión, tras la presentación hecha por el profesor Jorge Sicoli, el Dr. Rafael Mariano Manóvil y el Dr. Jorge Armando Rojas, luego de referirse –ambos– a la personalidad de nuestro homenajeado, expusieron sobre el “Arbitraje societario”, disertaciones que integran esta publicación.

Por su parte, los Dres. Ernesto Polotto, Julián Anastasio y Ariel Dasso se refirieron a la rica personalidad del Prof. Anaya.

Finalmente, el Dr. Daniel Herrera (decano de nuestra Facultad) cerró el acto con palabras dedicadas a nuestro homenajeado.

He creído necesario hacer una síntesis de las exposiciones de los Dres. Polotto, Anastasio y Dasso, pues ellas revelan lo que el Dr. Anaya representa y significa en los ámbitos jurídicos, académicos y familiar, y pintan una personalidad muy rica que conviene que sea transmitida.

El Dr. Polotto se centró en la actividad del Dr. Anaya en la UCA, tanto en el Consejo Superior como en el Consejo Directivo. Recordó que, en 1968, nuestro homenajeado se hizo cargo de la cátedra de Eduardo Roca, pues este había sido designado embajador en la OEA. En esa época, aún siendo muy joven, el Dr. Anaya era juez en el Tribunal de Trabajo n° 2 de Morón, y tenía publicados sus tres tomos del Código de Comercio comentado.

Luego, aludió al trabajo en la cátedra del Dr. Anaya e hizo referencia a la generosidad que tenía compartiendo los libros que compraba y traía de Europa, y como seguía el trabajo de sus profesores, no solo distribuyendo los temas que debían explicar (siguiendo programas muy detallados), sino también concurriendo a las clases para ver cómo se desempeñaban.

Contó que los sábados reunía a los integrantes de la cátedra para tratar temas diversos e instaba a sus profesores a escribir. También les explicaba cómo debía ser la evaluación de los alumnos, señalando que debía considerarse especialmente lo que se había dado en las clases.

Además, el Dr. Polotto se refirió a la participación del Dr. Anaya en los cursos de cultura católica que fueron, de alguna manera, un precedente de la UCA, y a la relación –personal y de admiración– con Mons. Derisi. Apuntó que todo ello le dio una formación filosófica cristiana e histórica que a él lo honraba.

Asimismo, aludió a la importancia que el Dr. Anaya le da a los estudios de posgrado y a la necesidad de variar los contenidos de las clases, ante la diversidad de temas que iban apareciendo.

También se refirió a la participación del Dr. Anaya en *El Derecho*, cuando su director era el Dr. Bidart Campos, tiempos en que el periódico alcanzó un alto prestigio y se convirtió en una de las de las publicaciones de este tipo más vendidas.

Por su parte, el Dr. Anastasio se refirió al inicio de su relación con el Dr. Anaya. Contó que cuando ingresó a la cátedra, nuestro homenajeado le dijo que no debía preocuparse por los conocimientos, pues le facilitaría todos los temas (como lo hacía con otros integrantes), pero que tenía dos condiciones: que tuviera sentido del humor y que se aguante las cargadas que le hicieran porque las solían hacer. Todo lo cual revelaba un clima distendido de trabajo.

También contó cómo el Dr. Anaya fomentaba la amistad entre los colaboradores, para lo cual hacía reuniones de fin de año en su casa de Parque Leloir y organizaba, incluso, la manera de llegar de todos los invitados.

Respecto de sus alumnos, destacó que lo único que le interesaba en los exámenes era detectar que habían estudiado. Si después respondía alguna pregunta mal, él se encargaba de explicarle por qué estaba mal; eran verdaderas lecciones que daba en los exámenes.

El Dr. Anastasio recordó que, cuando se sancionó la Ley de Sociedades, se reunían los sábados a la mañana en la Facultad cuando estaba en la calle Moreno y encargaba a uno de los profesores que preparara un tema, y después se debatía sobre lo expuesto.

También se refirió al valor de las sentencias por él dictadas cuando integró la Cámara de Apelaciones en lo Comercial y a la importancia que nuestro homenajeado le daba a que el juez se detuviera a pensar si lo que estaba decidiendo tenía que ver con la realidad.

Mencionó su tesis doctoral que versó sobre la sociedad accidental en participación, cuya solución era contraria a la Ley de Sociedades.

Llamó la atención sobre la dedicación que el Dr. Anaya le brindó, en la parte final, a su esposa Alice, muestra –dijo– de su carácter religioso y, al mismo tiempo, de su amor a su esposa y a la familia. Rescató que nuestro homenajeado dijera que estaba persuadido que no habría tenido voluntad de acompañar nada ni de realizar nada sin el aliciente del hogar feliz que Alice le había dado.

Terminó su exposición destacando la bondad y la humildad del Dr. Anaya, carente de prejuicios.

Finalmente, el Dr. Dasso comenzó expresando su admiración por el Dr. Anaya y su orgullo por haber recibido de él no solo sus enseñanzas, sino fundamentalmente, su palabra, que apartándose de lo esencialmente jurídico tenía la sustancia de lo trascendente. En este sentido, apuntó a la profunda condición moral particularmente personal de nuestro homenajeado.

Explicó que la larga vida compartida los hace sentir totalmente confidentes, totalmente amigos.

Contó que a nuestro homenajeado lo llamaban “el obispo”, pues su palabra era cátedra y hablaba con la mesura y la serenidad atribuida a los obispos. Hablaba y convencía solo hablando.

También se refirió a que siempre lo llamaban don Jaime. “Don”, señaló, es algo más que una jerarquía de tipo moral, pues guarda relación con aquel profundo sentimiento de sentir la divinidad misma por sobre la persona humana.

Compartió anécdotas como el viaje que hicieron en la Quebrada de Humahuaca, a raíz de un congreso que tuvo lugar en Salta.

Recordó sus enseñanzas, nutridas del Código francés que –afirmó– dominaba mejor que los franceses mismos, y con el cual aderezaba con lujo todas sus enseñanzas.

También destacó la importancia que le daba a los antecedentes, pues decía que no se conocería nunca el derecho actual si no se conocían sus antecedentes.

Dijo que este era un homenaje al Maestro que está no solo en la mente, sino fundamentalmente en el corazón.

El Dr. Dasso concluyó manifestando que se deleitaba en cada recuerdo, particularmente recuerdos como este, de un hombre, de una persona, de un ser tan admirado y querido como el doctor, el profesor, el maestro Jaime Luis Anaya. Pidió que sus hijos, sus nietos, los hijos de sus hijos lo recuerden siempre como un caballero, un “obispo” bueno, con mucha bondad en su mano extendida, en su palabra amable, en su consejo, en su voz.

Sus palabras finales, emotivas, conviene transcribirlas: “Gracias maestro. Recordar tu natalicio y tu perdurabilidad, porque los maestros que tienen las condiciones a las cuales hoy rendimos homenaje, esos no solo están en los anaqueles, están también en la fe que todos comulgamos”.

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 - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - JUECES - PODER JUDICIAL

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

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 ROGUE 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. FEUILLEDE, ED, 300-1138; *El deber de revelar de los árbitros*, por ROGUE J. CAIVANO, ED, 302; *El acuerdo arbitral contenido en una estipulación a favor de terceros y el efecto negativo del principio kompetenz-kompetenz*, por ROGUE 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 SANDIER 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.

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-

(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 MOLLINA 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 homenajado 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 quieren 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 LGS 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 ilícitas 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

Arbitraje societario: arbitrabilidad subjetiva

por JORGE A. ROJAS^(*)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. UNA NUEVA REALIDAD. – 3. LA CUESTIÓN DE LA ARBITRABILIDAD. – 4. EL IMPACTO DE TERCEROS. – 5. EFECTOS HACIA EL TRIBUNAL ARBITRAL. – 6. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. Introducción

Es cierto que con todo lo que significó el maestro Jaime Anaya para el Derecho Comercial cualquier elogio puede pecar de insuficiente, pero por lo menos sirva este pequeño aporte para recordar sus enseñanzas y su trayectoria, que tiene mucha más importancia, desde mi punto de vista, como agradecimiento por todo lo que nos brindó en su dilatada y rica trayectoria.

El estilo sobrio, tan simple y coloquial que siempre lo distinguí, y la profundidad de su sapiencia justifican plenamente este homenaje, por lo que agradezco la invitación que me han hecho para participar y contribuir con este pequeño aporte, que me apena no poder charlarlo con el querido maestro, pero sé que en el fondo me hubiera dicho ‘muy bien adelante’, quizás porque tuve oportunidad de tratarlo pienso que me hubiera dicho lo mismo, porque sostenía que no se puede tener una mirada vieja sobre situaciones nuevas que requieren indefectiblemente un tratamiento diferente.

Lo expuesto tiene que ver con algunas de las reformas introducidas al nuevo Reglamento Orgánico del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (ROTA), que nuestro homenajeado integró, tan caro a sus sentimientos, por el cuidado que siempre le dispensó y, desde luego, algunas de las cuestiones que se pueden suscitar con su interpretación, y su aplicación, vinculando ello con lo que es materia de estas jornadas.

2. Una nueva realidad

Es bien sabido que el arbitraje en materia societaria estuvo contemplado dentro de las previsiones del viejo Código de Comercio del año 1862, que lo imponía con carácter forzoso, para 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⁽¹⁾.

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; *Observaciones preliminares a la ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27.449 (segunda parte)*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 279; *Observaciones preliminares a la ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27.449 (tercera parte)*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 279; *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 LISANDRO A. ALLENDE, 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.

(*) Profesor Titular Ordinario de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Árbitro Permanente del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

(1) Así lo señaló el maestro Jaime L. Anaya, “Arbitraje societario”, LL 2007-C-1025. En la misma línea: Caivano, Roque y Ceballos Ríos,

Sin embargo, su escasa o nula utilización llevó a que la entonces Ley de Sociedades Comerciales 19.550, sancionada en 1972, lo eliminara como método de solución de conflictos intrasocietarios, aunque ello no impidió que las partes decidan someter algunos diferendos societarios a que sean resueltos por este medio⁽²⁾.

Actualmente la Inspección General de Justicia continúa contemplando y de algún modo fomenta la inclusión de cláusulas arbitrales en los estatutos sociales, más allá de la obligatoriedad para las sociedades abiertas, lo cual lleva a que convencionalmente las partes adopten esta vía de solución para los conflictos societarios⁽³⁾.

El arbitraje, en el Tribunal de la Bolsa de Comercio, tan caro a los sentimientos del Dr. Anaya, tiene una dinámica similar a la que se puede observar en distintos tribunales institucionales del mundo, con la salvedad de su integración por árbitros permanentes, aunque sí por las implicancias que presentan los nuevos giros dentro del comercio, las nuevas formas de contratación, la importancia que corresponde atribuirle en ello a la inteligencia artificial, a la celeridad de las comunicaciones, a la digitalización de las actuaciones, todo lo cual implica un reordenamiento de aquellos principios, que otrora pudieron revestir alguna importancia, con algunos que parecen nuevos, aunque reflejan principios tradicionales, solo que requieren su adaptación interpretativa a estos tiempos⁽⁴⁾.

Sobre la base de los cambios que se advertían a nivel mundial en el ámbito del arbitraje, se decidió en la Institución la necesidad de actualizar el Reglamento Orgánico del Tribunal de Arbitraje (ROTA) a través del cual se desarrolla el proceso arbitral en la Bolsa de Comercio⁽⁵⁾.

Por lo tanto, desde los principios liminares del arbitraje, todos ellos con reconocimiento universal, más allá de su necesaria adaptación a nuestro medio, se diseñó el sistema de actuación en el Tribunal, para el desarrollo de todos los arbitrajes, sea que requieran un pronunciamiento como árbitros de derecho, o bien como amigables compondores, con la novedad que, siguiendo algunos lineamientos de la Ley Modelo de Uncitral, también se introdujo el arbitraje acelerado, pues en algunos supuestos se trata de cuestiones que requieren un trámite breve para su definición.

Son muchas las variantes introducidas en el viejo ROTA, pero, toda vez que estas jornadas nos convocan al abordaje del arbitraje societario, la idea del desarrollo de estas líneas es tratar algunos aspectos que resultan novedosos en ese nuevo Reglamento en clave de conflictos societarios.

Sirva como ejemplo de lo expuesto, el impacto que puede tener en la conformación del Tribunal, el llamado “*third party funding*”, es decir, el tercero financiador del arbitraje, y el rol que le puede haber –no solo desde el punto de vista económico– dentro de un proceso arbitral⁽⁶⁾.

Natalia, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*, La Ley, p. 182; haciendo alusión al Código de Comercio comentado de Raymundo L. Fernández, 1ª reimpression corregida y actualizada del año 1946, T. I, p. 712, Cía. Impresora Argentina.

(2) Rivera, Julio César, *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*, Lexis-Nexis, p. 170.

(3) Aunque ese criterio se cristalizó en la Resolución 4/2001 de ese organismo, en la actualidad se refleja en la Resolución IGJ 15/2024. Véanse, por ejemplo, los arts. 69 o 204 que brindan ese tipo de posibilidades.

(4) Ejemplo elocuente de lo expuesto son el principio de flexibilidad de las formas, o bien el principio de colaboración, entre otros, y que muchas veces las partes son renuentes a su utilización, tal vez por el apego a las formalidades que distingue nuestra profesión.

(5) Se produce una situación similar para tomar un ejemplo de un tribunal tradicional como es el de la Cámara de Comercio Internacional, el cual periódicamente formula adaptaciones a su Reglamento de actuación a fin de mantener la vigencia de nuevas formas de procedimiento que generan las prácticas arbitrales.

(6) El nuevo ROTA regula la figura del tercero financiador, que presenta varias aristas para su consideración, de la siguiente forma: Denuncia de financiamiento. Art. 20: 1. Las partes tendrán la misma obligación de revelar la colaboración o participación de terceros en la financiación de los costos del arbitraje, para que el Tribunal adopte las medidas que estime necesarias por la posible relación entre el financiador con los árbitros o las partes, y la eventual vinculación con la causa misma, que puedan afectar directa o indirectamente el desarrollo del proceso arbitral, e incidir en la imparcialidad e independencia de los árbitros, sea que ello se produzca al inicio del arbitraje o durante su desarrollo.

Y, desde luego, el impacto que ello genera en el deber de revelación que deben observar los árbitros, que también recoge la regulación que se ha hecho de este instituto en el Código Civil y Comercial de la Nación, para lo cual se siguieron las pautas fijadas por las Reglas de Ética de la International Bar Association (IBA); o en su caso, la íntima vinculación que guarda con todo ello la extensión de la cláusula compromisoria al tercero no signatario, que es otra incorporación que se ha hecho en el Reglamento, siguiendo para ello los preceptos de la Ley Peruana de Arbitraje Comercial y otros reglamentos institucionales que contemplan la figura, como el caso del de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Como se puede apreciar de lo expuesto, todo ello puede guardar una íntima vinculación con el arbitraje societario. Sin embargo, es tan vasto el campo para abordar esa temática que no se puede restringir en estas líneas una exposición que lo abarque todo.

Por esa razón, tal vez la combinación entre lo novedoso que representan algunos temas –como los señalados– que se han incorporado al ROTA con la trayectoria del maestro Anaya que es el motivo de este homenaje, que ha tenido un paso y una influencia trascendental para el desarrollo del arbitraje en nuestro país, y desde luego para su desenvolvimiento dentro de una Institución tan tradicional como la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, nos convoque a abordar un tema que puede ayudar a tratar estas variantes como podría ser la arbitrabilidad subjetiva, que desde luego pretende ser una exposición para generar debates clarificadores, pues esclarecer significa progresar en un desarrollo determinado, y no una tarea que implique una única interpretación.

3. La cuestión de la arbitrabilidad

Sería sencillo hacer referencia a la materia arbitrable y sostener que, cuando se persigue el desarrollo de un arbitraje voluntario, habrá materia arbitrable siempre que los derechos involucrados resulten disponibles para las partes, tal como surge de nuestra legislación tanto procesal como sustancial.

A su vez, la disponibilidad de los derechos, para su concreta identificación, lleva a sostener que se trata de aquellos que son susceptibles de ser objeto de transacción. Esto significa que no existe impedimento alguno para disponer sobre ellos, pues no hay ningún tipo de implicancias de orden público que puedan afectar esa disposición⁽⁷⁾.

Sin embargo, cuando se hace referencia a la materia arbitrable, indefectiblemente se alude a la llamada arbitrabilidad objetiva. Aunque existe otra que tiene que ver con las partes involucradas en un conflicto, supuesto en el cual la arbitrabilidad resulta subjetiva, toda vez que pueden surgir restricciones que lleven al tribunal interviniente a formular reparos para llevar a cabo el arbitraje.

Y en materia societaria, resulta un aspecto importante para tener en cuenta, pese a que desde antiguo se utiliza el arbitraje para resolver ese tipo de conflictiva⁽⁸⁾, y de alguna manera en el ROTA se ven reflejados algunos aspectos que se vinculan a esta problemática.

2. Se interpretará como tercero financiador, a cualquier persona física o jurídica que provea de soporte financiero a una parte del arbitraje, con el interés de obtener el pago del financiamiento a expensas del resultado del arbitraje, tanto en beneficio de la parte que asista como en el suyo propio.

3. Una vez producida la revelación y a efecto de garantizar la transparencia y asegurar la integridad de los procesos arbitrales, el Tribunal Arbitral podrá exigir conocer la totalidad del convenio de financiamiento.

4. El tercero financiador también se encontrará sujeto a las obligaciones de confidencialidad.

5. Asimismo, con el propósito de velar por la imparcialidad e independencia de los árbitros, las partes también deberán informar al Tribunal los nombres de las diferentes personas, humanas o jurídicas, que hacen parte del equipo de profesionales encargados de su asunto, distintos de quienes actúen directamente en el proceso como apoderados, patrocinantes, peritos o en cualquiera otra calidad. Los árbitros resolverán en ocasión de las revelaciones realizadas por una o ambas partes sobre sus asesores, peritos o personas, humanas o jurídicas, vinculadas a una de ellas, para garantizar la transparencia de sus decisiones.

(7) Estos extremos surgen claramente del juego armónico de los arts. 736 y 737 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; y además del alcance que exhibe el art. 1649 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(8) Carazo Liébana da cuenta de que los romanos ya utilizaban la figura del *arbitrator* en los litigios societarios, dotándolos de un auténtico régimen jurídico (v. de la autora: Carazo Liébana, María José, *El arbitraje societario*, Marcial Pons, p. 30).

Uno de los ejemplos que resulta oportuno traer a colación se vincula con el deber de revelación de los árbitros⁽⁹⁾ y su extensión a las partes, a los fines de señalar la existencia de un tercero financiador del arbitraje que, como fuera señalado anteriormente, ha sido regulado específicamente en el ROTA, con la amplitud que merece su tratamiento.

Ese tercero, como se desprende del art. 20 del Reglamento, no restringe su interferencia en el proceso arbitral solamente desde el punto de vista económico, pues puede brindar su apoyo a una de las partes, por ejemplo, a través de una asistencia letrada, o bien por hacerse cargo de todo el proceso con el alcance que ello tiene desde el punto de vista tanto económico como jurídico, para lo cual no conviene perder de vista que quien resulta legitimado sustancialmente en la causa puede resultar una empresa que, tal vez, para expresarlo de un modo simple, no puede afrontar económicamente ese proceso, por la envergadura que tiene su reclamo, de ahí su financiamiento a través de un tercero, o bien, por la complejidad de la materia que abordar que tal vez requiera un especial apoyo técnico, científico o jurídico.

Otro aspecto que guarda íntima relación con los que se han señalado surge del art. 7 del ROTA que dispone textualmente: “El acuerdo arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se deduce por su participación de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral, o al que este último esté relacionado. Se extiende también a quienes se pretende derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos, siempre que en todos los casos hayan sido debidamente convocados al proceso”.

En este aspecto la cuestión se complejiza más aún, toda vez que esa norma, tomada de la Ley de Arbitraje del Perú, permite la extensión de la cláusula compromisoria a terceros no signatarios, aspecto por demás árido para su tratamiento en el mundo del arbitraje.

En el arbitraje internacional, prevalece la tendencia que se pronuncia a favor de la extensión de los efectos de la cláusula compromisoria a las sociedades del mismo grupo que no la suscribieron, y los fundamentos para ello giran en derredor de las circunstancias que permitan atribuir la voluntad coincidente de la sociedad –que no suscribió la cláusula– a los vínculos que pueden quedar implicados por los caracteres del grupo societario⁽¹⁰⁾.

Como se puede advertir de lo expuesto hasta aquí, existe una íntima conexidad entre los institutos analizados, por lo cual conviene destacar sus distinciones, más allá de los efectos que puedan provocar.

4. El impacto de terceros

Como fuera señalado, existen posibilidades de intervención de terceros que originariamente no estaban investidos de legitimación sustancial a los fines de participar en el proceso arbitral. Sea porque se aluda a los terceros llamados financiadores del arbitraje, sea porque a esos terceros se los involucre en el proceso arbitral porque se extiende a su respecto el alcance de la cláusula compromisoria que vincula a las partes originarias.

Sin perjuicio de que es claro que existen diferencias en la intervención de ambas categorías, lo cierto es que existe un denominador común en ellas que se proyecta sobre la integración del tribunal, o bien sobre alguno de sus integrantes, pues su intervención puede generar esos efectos, circunstancia que por sí misma enfrenta y pone en tela de juicio la noción de debido proceso.

Por lo tanto, conviene distinguir ambas figuras porque el rol que les toca jugar en el proceso resulta diverso, más allá del efecto común que ambas pueden producir.

(9) El ROTA regula ahora este instituto de la siguiente manera: Independencia e imparcialidad. Deber de revelación - Art. 19: 1. Los árbitros deberán ser imparciales y conservar su apariencia de imparcialidad, y además se mantendrán en todo independientes de las partes, y están obligados a revelar durante toda la tramitación del arbitraje, cualquier tipo de circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas de las partes, o una de ellas, sobre su imparcialidad e independencia para intervenir en el caso.

2. En caso de duda, sobre su deber de revelar determinada circunstancia o, hecho relativo a su imparcialidad, los árbitros están obligados a revelarla. Cuando un árbitro omite revelar alguna circunstancia que debió ser conocida por las partes, se entenderá como una duda justificada que compromete su imparcialidad.

3. Las partes quedan facultadas para aceptar su eventual excusación, o bien convalidar su actuación. La misma obligación pesará sobre el Secretario.

(10) Anaya, Jaime L., ob. cit., p. 906.

Cuando se alude a un tercero financiador, conforme lo que fuera señalado, y además surge claramente del ROTA y, asimismo, tiene reconocimiento de carácter universal, ello consiste en que una sociedad por las razones que fueran, sean económicas, sean de carácter jurídico, o de otra índole, no puede hacer frente al proceso arbitral y, por ende, ejercer su derecho de defensa, por lo que requiere el apoyo de un tercero a esos fines.

Desde luego que ello origina una decisión intrasocietaria, y a su vez genera un vínculo extrasocietario, que permitirá el acceso a la jurisdicción arbitral, y esto representa claramente facilitar el derecho a la jurisdicción, desde luego dejando al margen el alcance de esa relación, por las distintas características que puede presentar.

Pero lo cierto es que esa parte, conforme surge del juego armónico de los arts. 19 y 20 del ROTA, tiene la obligación de revelar esa vinculación con el tercero financiador, a los fines no solo de observar fielmente ese deber, que la segunda norma citada le impone, sino que además automáticamente dispara la misma obligación en cabeza del tribunal arbitral.

Esto es, la posibilidad de que los árbitros, sea uno o más los que eventualmente puedan verse afectados, deben también observar ese deber de revelación por la eventual vinculación que tengan con ese tercero financiador, lo que implica colocarlo a la misma altura de la propia parte, por cierto, con las restricciones que ello impone desde el punto de vista de su participación en el proceso.

Como se puede apreciar de lo expuesto, ese deber de revelación pesa tanto sobre las partes como también sobre el tribunal, o en su caso sobre alguno de sus miembros, y genera una situación que resulta imprescindible tener en cuenta a los fines de dejar a resguardo el debido proceso arbitral, pues se pone en tela de juicio una eventual inarbitrabilidad desde el punto de vista subjetivo.

Situación diversa se genera con la otra variable propuesta, que consiste en la extensión de la cláusula compromisoria a terceros que no son signatarios, aunque los efectos pueden asimilarse al antes expuesto.

Como bien señalaba el maestro Anaya, se trata de un instituto que tiene reconocimiento en los arbitrajes internacionales⁽¹¹⁾, pero con la misma intensidad guarda cierta resistencia de muchos operadores jurídicos, para no desvirtuar y, así, resguardar la personalidad jurídica de una sociedad, toda vez que suele verse reflejada esta circunstancia en general cuando se trata de un grupo de sociedades.

Resultaría sobreaundante señalar que la cláusula compromisoria, o pacto arbitral, se celebra “por escrito”⁽¹²⁾, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, y cuando existe acuerdo entre las partes contratantes. De ahí entonces que se ha interpretado que el alcance hacia terceros, a quienes se pueda extender ese compromiso arbitral, puede estar representado de diversas formas, por ejemplo, puede quedar involucrado por ese acuerdo a su favor, cuando se invoque la teoría del grupo empresario, cuando los beneficios y obligaciones que surgen de un acuerdo arbitral se puedan extender a otras sociedades integrantes del mismo grupo de empresas.

O tal vez se puedan invocar otras figuras jurídicas a esos mismos fines, como la del mandato, o la de la cesión, entre otras. De ello se desprende la razón por la cual una sociedad puede resultar codemandada en un arbitraje, por ser la empresa holding de aquella subsidiaria que fuera signataria del pacto arbitral.

De dicha circunstancia deviene la eventual aplicación de la teoría del *disregard of legal entity*, o corrimiento del velo societario, a fin de que logrado se pueda identificar a

la verdadera parte interesada, que, como fuera señalado, se trata de un aspecto que ha sido especialmente regulado en el ROTA de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

Esa doctrina encuentra su sustento en el principio de buena fe contractual, que de algún modo en el ámbito del arbitraje se sintetiza en el *estoppel*, que llega a involucrar a la doctrina de los actos propios.

Y el involucramiento de un tercero, como puede darse en el ámbito del arbitraje societario, consistiría en la revelación del verdadero responsable que llevó a cabo el negocio del que se trate, y que de algún modo participa en su ejecución, o eventual conclusión, y que utiliza una figura subsidiaria, sobre la que ejerce un control absoluto, para intentar generar así dos efectos, uno el deslinde de su responsabilidad y otro el perjuicio hacia el tercero contratante, ante quien no pretende asumir las eventuales responsabilidades que ese negocio importa⁽¹³⁾.

De ahí que se trate de una cuestión absolutamente casuística, que se vinculará a los hechos y las pruebas que se aporten al proceso, a los fines de extender la responsabilidad a esa controlante, que utiliza a una subsidiaria para fines que no representan más que el ejercicio abusivo de sus derechos en fraude a terceros.

Si bien esa figura está contemplada en el art. 54 de la Ley General de Sociedades, con la amplitud necesaria para su aplicación, en el ámbito arbitral existen resistencias para su aplicación, como lo señalaba el maestro Anaya en el trabajo antes citado.

Ello permite advertir, para cerrar con la figura del *disregard* y permitir el corrimiento del velo societario, y así involucrar en el arbitraje a quien resulta el verdadero responsable de un negocio, que existirá —entre otros aspectos determinantes— siempre un beneficio a favor de un tercero, que no es el signatario del pacto arbitral, los aspectos salientes para tener en cuenta a los fines de esa extensión, es la subordinación que existe desde el punto de vista económico, jurídico y técnico entre la empresa holding del grupo societario y sus subsidiarias.

En este sentido se ha interpretado que algunos de los indicios que permitirían ese corrimiento del velo societario estarían representados por las siguientes pautas: a) las entidades cuentan con una administración común; b) una ejerce el control sobre la otra u otras; c) existe una mezcla de activos en sus patrimonios; d) hay una participación activa en las transacciones de aquella que no es signataria del pacto arbitral; e) la realización de actos abusivos o fraudulentos; f) los perjuicios que impactan en un tercero producto de esos actos entre los aspectos más salientes⁽¹⁴⁾.

Más allá de las distintas teorías que interpretan la extensión de la cláusula compromisoria, como la del grupo empresario señalada, o la teoría del órgano, que permitiría el ocultamiento de la subordinación económica o financiera, o cualquiera de las otras figuras jurídicas que se puedan utilizar, ese denominador común señalado permite advertir que existe un beneficio en concreto, o una ganancia en favor de un tercero, sea por vía del financiamiento del arbitraje o por vía del corrimiento del velo societario⁽¹⁵⁾.

Ese denominador común es el que permite advertir el impacto que ello genera en el desarrollo del debido proceso arbitral, que al igual que el legal tiene principios liminares que resultan imposibles de omitir —ya que su violación trae aparejada la sanción de anulación del laudo—,

(13) Arp, Björn, *Grandes casos del arbitraje comercial internacional*, Palestra, p. 105; se expide en idéntico sentido al señalado.

(14) Vidal Ramos, Roger, *La teoría del levantamiento del velo societario en los litigios comerciales arbitrales y judiciales*, Themis, pp. 52 y 73.

(15) La Suprema Corte americana analizó este tema en los autos *G.E. Energy Power Conversion France SAS Corp. c/Outokumpu Stainless USA, LLC*, U.S. Supreme Court Case Nro. 18-1048, Slip. Op. 590 U.S. del 1/6/2020, si la Convención de Nueva York entraba en conflicto con la doctrina del *equitable estoppel* (*estoppel* equitativo), para lo cual tuvo en cuenta que la mayoría de los estados contratantes que asumen la Convención permiten la invocación de convenios arbitrales por sujetos que no los suscribieron, motivo por el cual al no existir ninguna restricción en ese sentido en dicha Convención, a cuyo efecto se remitió a su interpretación de la Ley Peruana de Arbitraje, resolvió que era admisible la extensión de esa cláusula al tercero que no la había suscripto. Conviene señalar para interpretar la situación que en aquel proceso se había producido lo que en el Código Procesal Nacional se contempla como la figura de la sustitución procesal que contempla el art. 44 de ese ordenamiento, ya que la parte demandada había adquirido la planta de la firmante que era Thyssen Krupp Stainless USA, LLC, razón por la cual, suscitado el conflicto con G.E. Energy, la demandada entendía que no era competente de la jurisdicción arbitral su caso por no haber suscripto la cláusula compromisoria que sí vinculaba a las partes originarias.

(11) Es reconocida su carta de nacimiento prácticamente a partir del caso resuelto por un tribunal de la CCI (laudo interlocutorio 4131/1982), *in re* “Dow Chemical v. Isover St. Gobain”, y confirmado por la Corte de Apelaciones de París, en el cual se aplicó la teoría del grupo empresario, toda vez que la actora pidió su intervención en el proceso cuando era una subsidiaria suya la que había comprometido el arbitraje con la demandada, y en razón de que se decidió que la sociedad matriz estadounidense era la que tenía el control absoluto sobre las sociedades controladas que habían suscripto los contratos con la demandada, por lo cual el Tribunal entendió que el grupo de empresas constituía una única realidad económica.

(12) El alcance del sintagma por escrito se ha resaltado, pues los usos y prácticas comerciales de estos tiempos le han dado una interpretación lo suficientemente amplia, como para entender que, mientras surja en forma fehaciente, por ejemplo, de comunicaciones electrónicas habidas entre las partes, o bien por vía digital, o intercambio de mails, o formas hoy ya habituales de comunicación, se puede interpretar que se ha celebrado un acuerdo arbitral.

dentro de los cuales se encuentra el de independencia, imparcialidad y neutralidad del tribunal, y que surgen precisamente del análisis y alcance que puede revestir cualquiera de las dos figuras analizadas para dirimir la arbitralidad subjetiva en un proceso arbitral.

Cualquiera de estos aspectos que resulte violentado daría por tierra con el desarrollo del debido proceso, y se puede advertir a través de los efectos que puede provocar cualquiera de estas dos figuras analizadas, cuya omisión puede conducir irremisiblemente al fracaso del arbitraje.

5. Efectos hacia el Tribunal arbitral

Como se puede inferir de lo que se lleva señalado, los efectos que pueden provocar tanto la intervención de un tercero financiador en el arbitraje como la extensión de una cláusula compromisoria a un tercero no signatario tienen una especial connotación con la conformación del tribunal interviniente.

Esto obedece a que el surgimiento tanto de una u otra de esas figuras pondrá a cargo del tribunal interviniente el conocimiento de los aspectos que hacen a cada una de ellas, pues pueden tener un efecto directo sobre su independencia, su imparcialidad o su neutralidad.

Es necesario tener en cuenta que, conforme la caracterización antes efectuada con relación al arbitraje, en la mayoría de los casos resulta voluntario que las partes son quienes invisten de jurisdicción a los árbitros que ellas mismas escogen.

Por tal razón, se constituye en un eslabón esencial, que hace a la noción de debido proceso, que esos árbitros al cumplir una función de índole esencialmente jurisdiccional, al igual que los jueces de cualquier sistema de justicia, resulten independientes e imparciales para desarrollar su tarea.

Más aún, en algunos sistemas, como el español, el acápite a) del apartado 1 del art. 14 de la Ley de Arbitraje establece en garantía de la transparencia e independencia de los árbitros que las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros, y por la transparencia en su designación, así como su independencia. Se impone así a las instituciones arbitrales un deber de control en la transparencia de la designación de los árbitros, así como su independencia⁽¹⁶⁾.

Señala la doctrina que la mayoría de las legislaciones nacionales modernas en materia de arbitraje, y de los reglamentos de arbitraje, suele hacer referencia a la independencia e imparcialidad de los árbitros de manera conjunta (v.gr., art. 1456 del Código de Procedimiento Civil Francés; art. 17 de la Ley de arbitraje española 60/2003; art. 75 de la Ley 1563 de 12/7/2012 de Colombia; art. 10.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010, art. 7 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje; art. 5.2 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres; art. 11.1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, entre otros). No obstante, a pesar de los estrechos vínculos entre las dos nociones, también se ha señalado que se trata de dos conceptos distintos⁽¹⁷⁾.

La importancia que corresponde atribuirle a este principio es que constituye un principio fundamental en el arbitraje internacional, que todo árbitro debe ser y además debe permanecer independiente e imparcial de las partes y de la disputa, aunque el contenido real de esas nociones de independencia e imparcialidad no sea unívoco⁽¹⁸⁾.

Se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud del árbitro necesariamente subjetiva frente a la controversia que se le plantea. Esta última debe entenderse fundamentalmente como un deber ético esencial del árbitro. La independencia depende de relaciones pasadas o presentes con las partes que puedan ser catalogadas y verificadas, mientras que la imparcialidad es un estado mental y por tanto más difícil de evaluar⁽¹⁹⁾.

Por lo tanto, la prueba de la independencia es objetiva, ya que las relaciones comerciales, familiares o financieras previas son fáciles de determinar desde la posición de un tercero. Los hechos son una prueba irrefutable de la existencia de esa relación. La imparcialidad, por el contrario, es más subjetiva, ya que requiere adoptar la posición del árbitro y conocer su particular estado de mente⁽²⁰⁾.

Mientras que la imparcialidad apunta a un aspecto de carácter subjetivo que tiene que ver con la relación que puede existir entre el tribunal y aquello que sea materia u objeto del proceso arbitral y el sesgo que le pudiera imprimir a su conducta hacia alguna de las posiciones que se sustentan. Por lo cual se suele identificar la imparcialidad con la neutralidad del juez o el árbitro con el caso, más allá de que la última —a su vez— tiene otro alcance en el arbitraje internacional.

Y, además, conviene destacar que las interpretaciones respecto a las distinciones entre independencia e imparcialidad que se analizaron desde un punto de vista subjetivo para el primer concepto y objetivo para el segundo, como también se ha señalado, son hechas por otras líneas de doctrina en modo inverso⁽²¹⁾.

Sirva como ejemplo que hay autores que sostienen que frecuentemente se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea⁽²²⁾.

A su vez, a los conceptos de independencia e imparcialidad, es necesario distinguirlos de la neutralidad que debe observar tanto el juez como el árbitro con relación al conflicto. Este aspecto juega un rol fundamental en el ámbito arbitral, toda vez que es común que, en los conflictos internacionales, donde se designan árbitros de diferentes países, los reglamentos arbitrales contemplen la necesidad de que quien sea designado como tercer árbitro resulte de un país ajeno a los que involucran a las partes.

Sirva como ejemplo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, que contempla esta circunstancia de la siguiente manera: Art. 13.1. Al nombrar o confirmar a los árbitros, la Corte deberá tener en cuenta la nacionalidad, residencia y cualquier otra relación que dicho árbitro tuviere con los países de los que son nacionales las partes o los demás árbitros, así como su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje de conformidad con el Reglamento. De la misma manera procederá el Secretario General cuando le corresponda confirmar un árbitro según lo previsto en el Artículo 13.2.

6. A modo de conclusión

Es evidente que la dinámica que tiene el arbitraje requiere de una constante convalidación de institutos tradicionales, por su necesaria adaptación a estos tiempos, en los cuales la característica que los distingue es su veloci-

(16) Martínez González, Pedro, *El Nuevo Régimen del Arbitraje*, Bosch, 2011, p. 70.

(17) Mantilla Serrano, Fernando, ob. cit., p. 39 y ss. Allí cita el autor el precedente "Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Inter Aguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. la República Argentina", caso CIADI nro. ARB/03/17, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un miembro del Tribunal de Arbitraje 22/10/2007, párrafo 29. El Tribunal señaló que los conceptos de independencia e imparcialidad, aunque mutuamente relacionados, con frecuencia se consideran claramente diferentes, aunque no siempre es fácil percibir con precisión la naturaleza de la distinción.

(18) Los conceptos de independencia e imparcialidad, si bien relacionados, son frecuentemente vistos como distintos, aunque la naturaleza precisa de la distinción no es siempre fácil de comprender. Genéricamente hablando, independencia refiere a la inexistencia de relaciones con una parte que pueda influenciar la decisión del árbitro. Imparcialidad, por otro lado, concierne a la ausencia de parcialidad o predisposición hacia una de las partes... siendo así, es teóricamente posible que en ciertas situaciones un juez o árbitro sean independientes de las partes pero no imparciales (Tribunal ad hoc, *in re* "AWG Group LTD c/República Argentina", 12/5/2008, Decisión sobre una segunda propuesta de descalificación de un miembro del tribunal).

(19) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimosegunda) N° 834/2008, del 25/11/2008.

(20) César Guzmán-Barrón Sobrevilla se expide en idéntico sentido en *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional* (Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2023, Colección Lo Esencial del Derecho, p. 76), para lo cual sostiene que la independencia es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre el árbitro y las partes, o entre él y la controversia. Mientras que la imparcialidad es un criterio subjetivo, de difícil verificación, que alude al estado mental del árbitro. Describe la ausencia de preferencia o interés directo hacia una de las partes o la controversia.

(21) El Tribunal del CIADI o ICSID (en sus siglas en inglés) ha interpretado en línea con lo expuesto que la imparcialidad hace referencia a la ausencia de parcialidad o predisposición hacia una de las partes. Independencia se caracteriza por la ausencia de control externo. Ambos, independencia e imparcialidad, protegen a las partes de que los árbitros sean influenciados por otros factores que aquellos relacionados con los méritos del caso (Caso Nro. ARB/15/25, "KS Invest GmbH Y TLS Invest CMBH c/Reino de España", Decisión del 15/5/2020 sobre una propuesta de descalificación del árbitro Kaj Hober).

(22) Alonso, José María, "La independencia e imparcialidad de los árbitros", *Revista Peruana de Arbitraje* N° 2 (2006), p. 98.

dad, por la intensidad y simplicidad que hoy presentan las comunicaciones, entre otros aspectos salientes que impactan en los negocios societarios.

Del mismo modo, se hace necesaria una apertura suficiente para interpretar, a la luz de nuevas incorporaciones, que se hacen desde la realidad que marca el propio arbitraje, donde los usos y prácticas comerciales, así como el soft law, llevan al tránsito de vías novedosas, para evitar incurrir en violaciones, a la noción tradicional del debido proceso, como las que fueran expuestas.

Es cierto que los institutos abordados no tienen anclaje suficiente en nuestra realidad, y requieren una mirada diversa a la reticencia tradicional a su aceptación, pero no es menos cierto que no se puede evadir un tribunal arbitral de esa realidad, para refugiarse en zonas más confortables por conocidas.

Hoy el Código Civil y Comercial de la Nación, cuando alude a la constitucionalización del derecho privado, invita a leer la ley e interpretarla a partir de una palabra clave que contempla su art. 1 que es “conforme”.

Y ese conforme impone la obligación de interpretar la ley conforme la letra de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, brindando el art. 2 un diálogo de fuentes lo suficientemente versátil y amplio como para permitir una decisión razonablemente fundada, tal como lo dispone el art. 3 de ese ordenamiento.

Esas pautas no son ajenas al proceso arbitral, sea doméstico o internacional, solo requiere no una calidad especial del intelecto, sino una predisposición de la voluntad para llevarla a cabo.

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



Jaime Luis Anaya

Diseño de tapa: Mariana Saralegui



EL DERECHO