

Inicio de una acción arbitral durante un Concurso Preventivo

Por Gelo Wayar Pereyra

1. Introducción [\[arriba\]](#)

Tanto el concurso preventivo como la quiebra son procesos especiales, que regulan un fenómeno económico social propio de las sociedades organizadas, en los cuales la aplicación de sus normas -con salvedad de algunas excepciones-, sobre las demás disposiciones normativas son aceptadas y en contadas excepciones no aplicadas. En consecuencia, en la interpretación de las mismas se debe exhibir la esencia y el propósito de los institutos comerciales y permitir comprender el funcionamiento de las figuras jurídicas que la componen, las cuales regulan una realidad indeseada[1] o también llamada falencial.

Consecuentemente, debemos reconocer que la ley regula al concurso preventivo y la quiebra presentando diferencias importantes entre ambos, diferencias que permiten muchas veces al juez, la aplicación de normas con un razonamiento distinto al que se aplicaría en el otro proceso -recordemos que en el primero se pretende “reconducir” a la empresa en cesación de pagos, evitando la liquidación y en el segundo se busca la liquidación y repartición del producido de los bienes de la empresa entre todos los acreedores-.

En ese sentido, existe una discusión doctrinal, sobre un tema que no deja de ser de suma importancia a los efectos prácticos que ello pueda traer consigo al proceso concursal, pues la aplicación de una u otra tesis puede variar en gran manera el activo concursal, alterando para algunos la “par conditio creditorum”.

Dentro del proceso constante, que sigue todo ordenamiento jurídico, con cambios, muchas veces buenos, muchas veces poco productivos -como son las cooperativas de trabajadores-, el arbitraje comercial ha venido siendo, de un tiempo a esta parte, uno de los mejores aciertos en nuestro ordenamiento. El aumento de la redacción de cláusulas arbitrales en los contratos y de procesos arbitrales, son resultados de una mayor confianza del privado en este medio alternativo de resolución de controversias, “sin lo cual signifique que el mismo sea una panacea que pueda subsanar todos los problemas, ni que la justicia sea culpable de todos los males que suelen achacársele”[2].

En ese sentido el arbitraje comercial encuentra cabida en los procesos falenciales, pues el art. 134 de la LCQ, regula que se podrá continuar en vía separada del proceso falencial, siempre y cuando el tribunal se haya constituido de forma previa a la sentencia de quiebra.

No existiendo norma similar en el concurso, la discusión radica en que: si, por un lado, se debe aplicar de forma a fortiori el art. 134 en el concurso[3], tomando como momentos delimitantes, la constitución del tribunal arbitral y la sentencia de quiebra, permitiendo la iniciación de arbitrajes durante el desarrollo de un concurso preventivo, independientemente del resultado del mismo. O por otro lado, tomar la tesis de Alegría[4], que entiende que el arbitraje comercial, como medio alternativo de resolución de controversias se encuentra alcanzado por la prohibición del art. 21, pues el mismo constituye por su naturaleza como un juicio de conocimiento.

En ese orden de ideas pretendemos desarrollar el presente trabajo, estableciendo ambos puntos de vista, analizando el fallo de la Corte Suprema que otorgó prioridad al arbitraje y las consecuencias del mismo.

2. Del arbitraje comercial y la quiebra [\[arriba\]](#)

No existe mayor discusión respecto del arbitraje en la quiebra, pues el art. 134 establece dos hechos fundamentales -constitución del tribunal arbitral y sentencia de quiebra- que delimita la posibilidad de inicio del mismo en forma separada. En ese sentido la regla concursal nos dice que la cláusula arbitral pierde aplicabilidad desde el momento de la sentencia de la quiebra, manifestando la preferencia de las normas y principios concursales por encima de la voluntad de las partes, la cual fue materializada en la redacción de la cláusula.

Dentro de esa manifestación, “la norma deja a salvo los arbitrajes en donde a la fecha de la declaración falencial se hubiere constituido el tribunal de árbitros o arbitradores”[5]. Estableciendo la misma norma una excepción a la inaplicabilidad de la cláusula en la quiebra.

“Desde esa perspectiva entonces, la constitución del tribunal arbitral con anterioridad a la declaración de quiebra resulta suficiente para mantener la competencia de aquel tornando operativa la cláusula arbitral compromisoria y/o el pacto arbitral”[6].

En ese sentido, es de suma importancia comprender cuando un tribunal arbitral se considera constituido, pues al ser certera la fecha de la sentencia de la quiebra -nos referimos al estar fijada en el texto de la misma-, solo nos queda saber en qué momento se considera un tribunal arbitral constituido y de esa manera saber si es alcanzado o no por el fuero de atracción de la quiebra, inhabilitando los efectos de la cláusula arbitral.

Del mismo modo, el doctor Julio Rivera afirma que un tribunal arbitral se considera constituido cuando los árbitros aceptaron su designación[7], en ese mismo sentido la doctrina mayoritaria entiende igualmente, a la aceptación de los árbitros como el hecho que marca la constitución del tribunal. En ese sentido “no nos caben dudas de que el tribunal arbitral se constituye con la aceptación del cargo, todas las vicisitudes posteriores se desarrollan con un tribunal constituido[8]” y por lo tanto es propio tribunal -en virtud del principio de competencia-competencia- el llamado a resolver dichas vicisitudes.

3. Del arbitraje comercial y el concurso preventivo [\[arriba\]](#)

Al no existir en el concurso preventivo una norma textual que regule el fuero de atracción en caso del inicio de un arbitraje con causa y título anterior a la presentación en concurso por parte del demandado, la doctrina formuló dos respuestas diferentes:

3.1. El arbitraje como juicio de conocimiento. Art. 21

Parte de la doctrina considera al arbitraje como un juicio de conocimiento, que de ser contenido económico, quedaría dentro de los alcances del art. 21. Dicho autor, si bien comparte el razonamiento de la corte en el caso mencionado -La Razón-,

entiende que dicho razonamiento se dio en una realidad normativa distinta a la actual.

En ese sentido el doctor Héctor Alegría afirma que “el fallo «La nación» se dictó en plena vigencia de la Ley N° 19.551, que tenía una regla amplia de suspensión de trámite y atracción al juzgado del concurso, por lo que la Corte entendió que podía aplicarse, para justificar la continuación del trámite del juicio arbitral, el art 138 (actual 134)”[9].

Continua diciendo que “era entendible tal decisión puesto que la propia ley concursal, en el caso de quiebra se admitía la continuación de los procesos arbitrales en los que ya se hubiera constituido el tribunal, era inarmónico que en el supuesto concurso preventivo no pudiera continuarse un proceso de esos caracteres”[10].

En ese sentido el autor entiende que dicho razonamiento, la Corte lo tuvo por la realidad normativa del momento al dictar el fallo, pues ahora que dicha realidad cambió, afirma el autor que un arbitraje no es otra cosa que un juicio de conocimiento que debe ser comprendido dentro de los alcances del art. 21, “sin cortes lógicos o conceptuales respecto del art 134. Es decir, ya no se trata de necesidad de recurrir a la analogía ni afirmar que se trata de un caso no contemplado, porque el art. 21 contiene soluciones equiparables a las del art. 134”[11]. Por lo tanto si dicho caso se tendría que decidir hoy, afirma el autor, que seguramente sería distinto[12].

En ese orden de ideas Alegría finaliza diciendo que en las condiciones actuales no debe aplicarse el art. 134 de la ley para los concursos preventivos, sino el art. 21, afirmando que:

- “Si a la fecha de la presentación del concurso preventivo no se ha deducido una demanda arbitral, no podrá deducírsela en lo sucesivo, siempre que tenga contenido patrimonial, el concursado sea el demandado y no se trate de un litisconsorcio necesario”.

- El proceso arbitral “en trámite”, al tiempo de la apertura, podrá continuarse ante el tribunal de su radicación.

- El actor podrá optar por su continuación, o por suspender el procedimiento y verificar su contenido.

- Cuando se trate de litisconsorcio pasivo necesario, los juicios continuarán ante el tribunal de su radicación[13].

3.2. La aplicación del art. 134 al concurso preventivo

La Corte en el fallo La Nación S.A. y otra c. La Razón Editorial E.F.I.C. y A.S.A, cambia la línea jurisprudencial que se había seguido en el tema diciendo, entre otros argumentos, que:

“Hoy en día, parece justificarse en todo el mundo una necesaria coordinación entre la función jurisdiccional de los Estados y la jurisdicción arbitral a fin de lograr la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles, respetando la voluntad de las

partes para la solución de sus controversias con sujeción al orden jurídico que la Constitución Nacional y sus normas derivadas establecen”[14].

Resaltando la importancia del principio pro arbitraje que los jueces deben considerar al momento de dictar sus resoluciones, en ese entendido encontramos coherencia en la decisión de la Corte pues no solo fundamenta su resolución en el principio pro arbitraje, sino agrega argumentos jurídicos sólidos al caso. Asimismo, nos encontramos en un momento de la vida jurídica -no solo de la Nación, más aun en países extranjeros- donde la importancia de un sistema arbitral coherente, objetivo y funcional influye de excelente forma en una mejora del sistema jurídico nacional en general.

En consecuencia, la Corte entiende que el fuero de atracción del art. 21 no alcanza al arbitraje. Es necesario aclarar que lo que está en discusión aquí no es la posibilidad de seguimiento del proceso arbitral -iniciado previamente al concurso- en sede arbitral, cuestión que no genera mayor controversia por su claridad, sino, que se pueda iniciar acciones nuevas de arbitraje con posterioridad al pronunciamiento judicial que otorga la apertura al concurso preventivo.

En ese sentido la Corte hace una diferenciación entre la quiebra y el concurso, diciendo que este último, el concursado conserva la administración de sus bienes, cosa que no sucede en la quiebra, donde el fallido es desapoderado desde el momento de la sentencia de quiebra, adicionalmente agrega la corte:

“Si la ley excepciona al procedimiento arbitral del fuero de atracción de la quiebra *en donde media desamparamiento del deudor y aquella excepción a las reglas ordinarias de distribución de la competencia es regulada con todo vigor-, no puede sino suceder lo mismo cuando, como en el concurso preventivo, el concursado conserva la administración de su patrimonio y el fuero de atracción establecido es de carácter más limitado[15]”.

En ese orden de ideas, si bien no existe norma en la ley, que regule de forma expresa el fuero de atracción del concurso y de los procesos arbitrales, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de la Corte se inclinan por aplicar el art. 134 a todo el sistema concursal y falencial, pues si bien existen diferencias entre el concurso preventivo y la quiebra -diferencias que la Corte encuentra importantes-, la norma, bajo el principio de unidad del proceso falencial, interpreta -a falta de norma expresa para el concurso- que ambos procedimientos -tanto el concurso como la quiebra-, forman el proceso concursal en su conjunto. En el mismo razonamiento, podemos ver que al momento de delimitar la fecha del periodo de sospecha, cuando concurren previamente un concurso que derivó en quiebra indirecta o una quiebra directa, en la cual el fallido solicitó su conversión a concurso, no resultando exitoso este devino en una quiebra indirecta, se toma el primero de dichos procesos, sin importar si fuera concurso o quiebra, como el delimitador de los dos años de periodo de sospecha que regula la ley[16].

Por ello, es que debemos interpretar la norma del 134 como aplicable a todo el sistema falencia, pues resultaría ilógico y algo poco racional aceptar que el fuero de atracción de la quiebra no alcance al arbitraje, pudiendo iniciarse este -antes de la sentencia-, siendo la quiebra un proceso mucho más riguroso que el concurso, y aceptar que el fuero de atracción del concurso alcance al mismo, no pudiendo iniciar arbitrajes durante el desarrollo del concurso preventivo.

“Pues esto nos genera una incongruencia, pues no es posible negar que tal tribunal pueda constituirse antes o durante el proceso concursal sin que sobrevenga la quiebra, pues ello sería tanto como afirmar que la declaración de falencial asegura la competencia del tribunal arbitral constituido durante el concurso y, en cambio, la continuación de este y el cumplimiento del concordato sin quiebra invalida la competencia del referido tribunal”[17].

Siendo el acuerdo concursal oponible al acreedor que no pudo iniciar al proceso arbitral. Es necesario mencionar algunos argumentos que bajo la luz de los principios propios del derecho son importantes, en ese sentido cuando el deudor concreta un negocio con el acreedor, estos de forma voluntaria y en un gran número de casos, eligen al arbitraje sobre el procedimiento ordinario, con fundamentos en la gran experiencia técnica que puedan, los árbitros, poseer en el tema de posible controversia. Es así que muchas veces los árbitros no son abogados de profesión, sino profesionales especialistas en el tema en controversia -solo a modo de ejemplo mencionamos temas técnicos en cuestión de petróleo, maquinaria, construcción, etc.-. Entonces, no es que el juez concursal no tenga buen desempeño profesional, sino que por el grado de especialidad de la controversia, no es el más apto para conocer la misma.

En esa línea de razonamiento, si se le niega, durante el desarrollo de un concurso, el inicio de un arbitraje al posible acreedor sobre un tema controversial con el grado técnico mencionado anteriormente, se le estaría negando la posibilidad de verificar su crédito, pues requerir el grado de especialización -por lo cual se eligió un arbitraje con árbitros especialistas en el tema-, al síndico o al juez concursal constituiría -en los hechos- la imposibilidad de revisar y emitir de forma objetiva, la veracidad de la acreencia -que el acreedor dice tener-, abriendo la enorme posibilidad de negarle su crédito sin un fundamento real y justo.

Por lo que consideramos que el arbitraje, en estas circunstancias, es necesario para que el juez concursal al momento de verificar, obtenga un laudo emitido por expertos que aclaren y alivianen su trabajo de gran manera, otorgando de esa manera mayor grado de certeza en la aplicación de justicia.

Y finalmente recalcar, que en realidad, por más que se permita iniciar nuevas acciones de arbitraje durante el concurso, estos laudos vuelven a manos del juez concursal, el cual tendrá -en la verificación- la posibilidad de analizarlos, no existiendo una verdadera separación total del fuero de atracción del juez concursal.

4. Conclusiones [\[arriba\]](#)

Finalizamos el presente trabajo, compartiendo criterio jurídico con la Corte, pues si bien existe un principio pro-arbitraje, el cual no es nuevo y que debe aplicarse si queremos que el sistema jurídico en su conjunto mejore, ya que no solo se beneficia el arbitraje, sino a todo el sistema jurídico. Además debemos realizar una interpretación objetiva de la ley a los fines de la misma, es por ello que encontramos coherencia y objetividad en la interpretación que realiza la corte, pues entendemos que la ley de concurso y quiebras otorga una solución clara, sin mayores contradicciones, y sobre todo coherente con todo el sistema falencial argentino, existiendo armonía entre el arbitraje nacional y la ley falencial.

Notas [\[arriba\]](#)

- [1] PRONO, Patricio M. "Derecho concursal. Noción. Evolución legislativa nacional". En SANCHEZ HERRERO, Andrés. Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo X. La Ley versión e-book. <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2017/42125933/v1/document/E589E84A-392C-7789-29FF-07B94B2427BF/anchor/3CB67B0C-75F1-B05C-4093-559FFF10A7CE> (disponible 10/07/2019).
- [2] CAIVANO, Roque. "Un nuevo respaldo de la Corte al arbitraje". La ley 1997-A, 6. Cita Online: AR/DOC/16590/2001.
- [3] PRONO, Patricio M. "Concurso preventivo: requisitos, apertura y efectos. Régimen de los pequeños concursos". En SANCHEZ HERRERO, Andrés. Tratado de Derecho Civil y Comercial. Tomo X. La Ley, Buenos Aires - Argentina, pág. 325.
- [4] PRONO, Patricio M. "Concurso preventivo: requisitos, apertura y efectos. Régimen de los pequeños concursos". En SANCHEZ HERRERO, Andrés. "Tratado de Derecho Civil y Comercial...". Pág. 325.
- [5] JUNYENT BAS, Francisco; MOLINA SALDOVAL, Carlos. "Ley de concursos y quiebras 24.522". Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot. Versión E-book <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2018/42513359/v1/document/CA251784-8892-945B-74C2-E412F0A2E611/anchor/D0A88E51-9C11-CBDB-6A29-331065D6A467> (disponible 10/07/2019).
- [6] JUNYENT BAS, Francisco. "El arbitraje ante el concurso y la quiebra", en La Ley, 2006-A. pág. 945.
- [7] RIVERA, Julio. Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico, 2ª Ed. Abeledo Perrot. La Ley, Buenos Aires - Argentina. Pág. 338.
- [8] GRAZIABILE, Darío. Régimen Concursal. Ley 24.522 actualizada y comentada. Tomo III, 1ra Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires-Argentina. 2014. Pág. 573.
- [9] ALEGRÍA, Héctor. Arbitraje y concursos: el concurso preventivo" en Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2013-2, pág. 290.
- [10] ALEGRÍA, Héctor. "Arbitraje y concursos: el concurso preventivo...". pág. 292.
- [11] ALEGRÍA, Héctor. "Arbitraje y concursos: el concurso preventivo...". pág. 291.
- [12] Argumento que diferimos, pues entendemos que, si bien el arbitraje es un juicio de conocimiento de contenido patrimonial -en su mayoría-, este tiene una norma específica que regula en todo el sistema concursal, además que el art. 134 se refiere especialmente a los procesos arbitrales y no así de los juicios de conocimiento como el art. 21.
- [13] ALEGRÍA, Héctor. "Arbitraje y concursos: el concurso preventivo...". pág. 293.
- [14] La Nación, S. A. c. La Razón, S. A. Con nota de Ernesto O'Farell. 01/11/1988. La Ley, Cita Online: AR/JUR/1601/1988.
- [15] La Nación, S. A. c. La Razón, S. A. citado en Rivera, Julio Cesar. "Contrato resuelto: subsistencia de la cláusula arbitral y conflicto de competencia". La Ley. Cita Online: AR/DOC/1933/2005.
- [16] RIVERA, Julio Cesar. Derecho Concursal. Segunda edición actualizada y ampliada. Tomo 3. La Ley. Buenos Aires - Argentina, pág. 305.
- [17] RIVERA, Julio Cesar. Derecho Concursal. Segunda edición actualizada y ampliada. Tomo 3. La Ley e-book. <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2014/41568429/v1/document/10CD1829-BC7A-A1B-919D-25AC505B2E79/anchor/69F158C7-36DA-2D59-62A3-B14F2C2D601F> (disponible 10/07/2019).