

Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario

ROQUE J. CAIVANO

1. La jurisdicción arbitral y el alcance subjetivo del acuerdo arbitral

Ya no se discute que los árbitros ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional equivalentes a las de los jueces.¹ Ello significa, en concreto, que conocen de las cuestiones sometidas a ellos en términos similares a los magistrados del Poder Judicial, y que las decisiones que adoptan en uso de sus facultades, una vez firmes, adquieren el efecto de cosa juzgada.² En el caso del laudo, específica-

¹ A modo de ejemplo, puede citarse un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se explicó que «...aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos...». Del voto del ministro Augusto César Belluscio, Corte Suprema, 31/05/1999, in re Rocca, J. C. c. Consultara S.A., Rev. Fallos 322:1100.

² «El árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho, actúa en ejercicio de una potestad de iuris dictio, pues el arbitraje es un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la ley; y sólo carece del imperium necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la ley vigente reserva a los tribunales civiles». Tribunal Constitucional Español, auto del 28/10/1993, Rev. Actualidad Jurídica Aranzadi, N° 126.

mente, su cumplimiento forzado se persigue por los procedimientos previstos para la ejecución de sentencias judiciales. Es consecuencia de ello que la estipulación de una cláusula arbitral implica la exclusión de la jurisdicción judicial: pactado el arbitraje, las partes otorgan a los árbitros potestades jurisdiccionales, renunciando a ser juzgadas por los tribunales ordinarios.³

El acuerdo arbitral tiene naturaleza convencional, por lo que resulta aplicable a su respecto lo dispuesto en materia de contratos. En el tema que nos ocupa, el principio es el contenido en el artículo 1199 del Código Civil, conforme el cual los contratos sólo obligan y producen efectos entre las partes. Este principio se funda —en general— en que la fuerza obligatoria de los contratos tiene fundamento en la voluntad de las partes y, por consiguiente, no puede tener eficacia ni producir efectos respecto de quienes no han prestado su consentimiento. En el caso del acuerdo arbitral en particular, ese principio tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje, siendo paralelamente obligado a resignar la competencia de los tribunales judiciales.

La voluntad de las partes de someterse a arbitraje es, precisamente, la base de la justificación constitucional que la Corte Suprema de Justicia argentina ha hecho de la jurisdicción arbitral.

Así, ha dicho que «La fuerza obligatoria de la cláusula contractual que prevé la intervención de árbitros en las diferencias que pudieran surgir entre las partes, resulta de lo dispuesto en el artículo 1197 del Código Civil» y que «La convención que somete a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica, inhabilita a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los mismos»; por ello «El artículo 18 de la Constitución

³ Al resolver que las decisiones de la jurisdicción arbitral, libremente pactada por los interesados, son insusceptibles de recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, este tribunal hizo notar que la preexistencia de un acto voluntario de adhesión al arbitraje comporta renuncia a la vía judicial. CSJN, 1963, in re Pedraza, Fausto René c. Pedraza de Molina, Fanny Esther, Rev. Fallos 255:13. En fecha reciente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires juzgó que «la procedencia de la jurisdicción arbitral se encuentra sujeta a la voluntad de los interesados quienes, mediante una cláusula compromisoria, pueden renunciar a la jurisdicción de los tribunales ordinarios y someterse a la primera. Los particulares pueden de ese modo sustraerse de la jurisdicción ejercida por órganos estatales...». CNCom., sala E, 19/04/2005, in re Patrón Costas, Marcelo c. International Outdoor Advertising Holdings Co., Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, ed. Lexis-Nexis, Newsletter 18/07/2005.

Nacional se refiere al caso de un litigante al que se haya formado una comisión o se le haya designado un juez especial para que lo juzgue, situación que no es equiparable a la de los árbitros elegidos por las partes».⁴

En otro caso, sentenció que «La preexistencia de un acto voluntario de adhesión, aceptación o sometimiento a la intervención de árbitros, autoriza a declarar que no existe agravio al derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. Este derecho es también renunciable por parte de quien, habiendo podido optar entre la vía judicial y la administrativa, elige esta última», y que «La intervención de los árbitros —sean o no órganos administrativos— con facultades para decidir irrevisiblemente las cuestiones que les son sometidas, es válida y no contraría los artículos 1° y 18 de la Constitución Nacional, toda vez que los interesados hayan consentido los respectivos procedimientos, o cuando, con anterioridad a éstos, la jurisdicción arbitral haya sido convenida o aceptada inequívocamente por la parte que más tarde pretende desconocerla invocando su inconstitucionalidad».⁵

Ello no obstante, hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte *stricto sensu* del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de «terceros», que por alguna razón pueden considerarse «asimilados a las partes». Tal es, por ejemplo, el caso de los sucesores universales de las partes, a quienes se extienden activa y pasivamente los efectos de la cláusula arbitral,⁶ o en ciertas hipótesis, el de los fiadores de las partes.⁷

Como se verá en los párrafos siguientes, los grupos de sociedades encuadran en la situación mencionada en la parte final del párrafo precedente:⁸

⁴ CSJN, 1940, in re Griskan, Isaac c. Reisz y Cía., Rev. Fallos 187: 458.

⁵ CSJN, 1961, in re Expreso Santo Tomé, Rev. Fallos 250: 61.

⁶ Sobre el tema, remitimos a CAIVANO, Roque J.: «El arbitraje y el fuero de atracción del sucesorio», Rev. El Derecho 182-812.

⁷ CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando: Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 697.

⁸ El fenómeno de los «grupos de sociedades» se ha dado durante el siglo XX, fruto de la inventiva empresarial, como respuesta a nuevas necesidades de organización corporativa. Se caracteriza, fundamentalmente, por la descomposición de la empresa en una pluralidad de sociedades, bajo una dirección unificada. Sobre el tema puede verse GALGANO, Francisco: «Los grupos societarios», Rev. Foro de Derecho Mercantil, N° 1, octubre-diciembre de 2003, ed. Legis, Bogotá, 2003, p. 7 y ss.

bajo ciertas condiciones, se ha considerado que la cláusula arbitral contenida en un contrato es vinculante para la sociedad controlante de una de las partes o para otras sociedades del grupo, aunque no hayan sido signatarias del contrato.

2. Las soluciones en el derecho comparado

En la práctica del arbitraje internacional la situación descrita no es infrecuente, ni tampoco novedosa. Suele plantearse con cierta asiduidad y existe una consistente elaboración doctrinaria y jurisprudencial que justifica la posible extensión de los efectos del acuerdo arbitral a las sociedades vinculadas con alguna de las partes firmantes.

Puede decirse sin exagerar que, en abstracto, no hay dudas acerca de la posibilidad de incorporar al juicio arbitral a quien no ha sido firmante de la cláusula arbitral; el solo hecho de no ser firmante directo del acuerdo no implica que no pueda verse obligado por sus efectos. Es claro, sin embargo, que tampoco puede predicarse, en sentido opuesto, que la extensión de las consecuencias del acuerdo arbitral a terceros pueda hacerse de manera automática ni que ésta conclusión pueda ser universalmente aplicada.

En efecto, el principio general es el que hemos señalado precedentemente: el arbitraje nace de fuente convencional y, como tal, sólo están obligados quienes hayan firmado la cláusula que otorga jurisdicción a los árbitros. Lo que se dirá en los párrafos siguientes no infringe esta regla sino, en todo caso, pone de manifiesto que ella no es absoluta ni que los límites subjetivos del acuerdo arbitral sean tan rígidos e inquebrantables. En términos generales, es pacíficamente reconocido que la mera circunstancia de no haber sido —en sentido formal— parte en el acuerdo arbitral no significa —siempre y necesariamente— un impedimento para ser llevado al arbitraje. Aunque, para ello, se requerirá la demostración de ciertos presupuestos de hecho que justifican apartarse del principio enunciado.

La línea argumental destinada a sostener la extensión de los efectos del acuerdo arbitral a quien no ha sido estrictamente parte en él, ha sido objeto de desarrollo y proviene de distintas fuentes: laudos arbitrales, fallos jurisprudenciales y opiniones doctrinarias.

2.1. Jurisprudencia arbitral

Uno de los casos más conocidos, que en alguna medida puede considerarse el origen de la doctrina francesa del «grupo de sociedades», es el caso «Dow Chemical c. Isover Saint Gobain», arbitraje administrado por la Cámara de Comercio Internacional.⁹ El tribunal arbitral, integrado por Berthold Goldman, Michel Vasseur y Pieter Sanders, aceptó la legitimación para participar en el juicio arbitral (como demandantes) de dos sociedades del Grupo Dow no-signatarias del acuerdo arbitral, bajo el argumento de que «la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron».¹⁰

Esta doctrina fue seguida en el caso CCI N° 4972 (en que debía resolverse si la cláusula firmada por la sociedad controlante podía ser extendida a sus subsidiarias) y en los casos CCI N° 5721 y 5730 (en que, al contrario, se trataba de examinar si la cláusula firmada por la subsidiaria podía ser extendida a la controlante).

En el laudo dictado en el caso CCI N° 5103 el tribunal arbitral, luego de analizar las circunstancias del caso, sostuvo que «se cumplen las condiciones que llevan a reconocer la unidad del grupo económico, ya que todas las sociedades que lo componen tienen la misma participación, tanto real como aparente, en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen por sobre el de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones económicas internacionales exige que se tome en cuenta esa realidad económica y que todas las sociedades del grupo respondan conjunta y solidariamente por las deudas de las que ellas, directa o indirectamente, sacaron provecho».¹¹

⁹ Además de las citas específicas, el caso puede verse comentado en CRAIG, Laurence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan: *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceania Publications-Dobbs Ferry, New York, 3ª edición, p. 76.

¹⁰ Caso CCI N° 4131, laudo interlocutorio de fecha 23 de septiembre de 1982, publicado en *Collection of ICC Awards, 1974-1985*, ed. Kluwer, p. 151 y siguientes.

¹¹ *Collection of ICC Awards, 1986-1990*, ed. Kluwer, p. 361 y siguientes.

En el laudo dictado en el caso CCI N° 6519, si bien sólo se admitió la demanda contra la única sociedad que había sido parte en el acuerdo arbitral, la exclusión de las restantes se fundó en que no habían tenido participación efectiva en el negocio. En el laudo se aclaró que los efectos del acuerdo arbitral podrían haberse hecho extensivos a las otras, si se hubiese probado que estuvieron representadas de manera efectiva o implícita o que jugaron un papel activo en las negociaciones que la precedieron o están implicadas de manera directa en el contrato que contiene la cláusula arbitral.¹²

En el laudo preliminar sobre competencia, dictado en los casos CCI N° 7604 y 7610,¹³ se resolvió que corresponde «la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestran la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente». En el caso, la sociedad matriz fue considerada parte del arbitraje, fundamentalmente porque se juzgó que había aceptado implícitamente la cláusula arbitral: en un proceso judicial relativo a la garantía que asumiera por las obligaciones de su filial, había planteado la incompetencia del tribunal judicial a favor de la arbitral. Prevalció, en este caso, la doctrina del acto propio y la violación al deber de buena fe.¹⁴

2.2. La jurisprudencia de los tribunales franceses

La Corte de Apelaciones de París, al conocer del recurso de anulación deducido contra el laudo arbitral dictado en el caso «Dow Chemical» comentado *supra*, confirmó el laudo. En la sentencia, la Corte razonó que no existían motivos suficientes para anularlo, desde que los árbitros, dentro de los límites de sus atribuciones, juzgaron y fundaron de manera pertinente y exenta de contradic-

¹² Collection of ICC Awards, 1991-1995, ed. Kluwer, p. 420 y siguientes.

¹³ Collection of ICC Awards, 1996-2000, p. 510 y siguientes.

¹⁴ GAILLARD, Emmanuel: «L'Interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe general du commerce international», Revue de l' Arbitrage, 1985, p. 241 y siguientes.

ción, que la controlante había sido parte en los contratos a pesar de no haberlos firmado, y que la teoría del «grupo de sociedades», a la que los árbitros recurrieron como fundamento del laudo, es reconocida dentro de los usos mercantiles internacionales.¹⁵

La misma Corte de Apelaciones de París, al conocer del recurso de anulación deducido contra el laudo arbitral dictado en el caso «KIS France c. Société Générale» confirmó igualmente el laudo que había aplicado la doctrina de los grupos de sociedades y había admitido en el proceso a sociedades subsidiarias de KIS France que no habían firmado el contrato. En la sentencia, de fecha 31 de octubre de 1989, la Corte interpretó que los árbitros no se habían apartado de los límites de su jurisdicción, al haberse probado que existía una voluntad común de realizar una operación económica única, básicamente por la forma en que se había contratado: un contrato «base» o «marco» entre las dos matrices (conteniendo la cláusula arbitral) y múltiples contratos implementando aquel, entre subsidiarias de ambas, que hacían referencia a aquella cláusula.¹⁶

El mismo tribunal, al conocer del recurso de anulación deducido contra el laudo arbitral dictado en el caso «Société Ofer Brothers c. The Tokio Marine and Fire Insurance Co.», confirmó el laudo utilizando la misma fórmula de «Kis France». Reconociendo la validez del laudo arbitral que extendía la cláusula arbitral a una parte no signataria, sostuvo que es posible extender sus efectos «a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato, cuando su situación y sus actividades hacen presumir que tenían conocimiento de la existencia y del alcance de esa cláusula, estipulada de conformidad con los usos y costumbres del comercio internacional».¹⁷

En términos similares, en el caso «Elf Aquitaine c. Grupo Orri», la Corte sostuvo la validez del laudo que había declarado personalmente sujeto a la cláusula arbitral al controlante de varias empresas (el Señor Mohamed Abdul Rahman Orri) al haberse acreditado que los negocios eran realizados a través de varias sociedades, todas ellas controladas por el Sr. Orri. Dijo la Corte que, de acuerdo con los usos y costumbres del comercio internacional, la cláusula promisoria incluida en un contrato internacional puede extenderse a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato, «cuando su situación

¹⁵ Cour d'appel de Paris, 21/10/1983, *Revue de l' Arbitrage*, 1984, p. 98.

¹⁶ *Revue de l' Arbitrage*, 1992, p. 90 y siguientes.

¹⁷ *Revue de l' Arbitrage*, 1989, p. 691 y siguientes.

contractual, las actividades y relaciones comerciales habituales existentes entre las partes hacen presumir que aceptaron la cláusula arbitral de cuya existencia y alcance tenían conocimiento, aunque no hayan suscripto el contrato en que ella se incluía». ¹⁸ Contra esta decisión de la Corte de Apelaciones, el Sr. Orri planteó recurso de casación invocando la violación al artículo 1134 del Código Civil Francés (fuente de nuestro artículo 1199). En sentencia del 11 de junio de 1991, la Corte de Casación denegó el recurso.

Igualmente, la Corte de Apelaciones de Pau extendió los efectos del acuerdo arbitral a la casa matriz, en razón del papel que jugó en la celebración y ejecución del contrato. Consideró la Corte que la extensión de sus efectos a las sociedades del grupo constituye una práctica del derecho comercial internacional. ¹⁹

En otro caso, la Corte de Apelaciones de París fue más allá, considerando que el solo hecho de que el transportador haya participado en la operación implica su sumisión a la cláusula arbitral contenida en la convención de base entre las partes del contrato principal, de modo que la extensión de sus efectos a un no-signatario ya no depende de la pertenencia a un grupo de sociedades, sino que puede provenir de la participación de una operación de comercio internacional. ²⁰

2.3. La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos

La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos es consistente en destacar que, si bien el arbitraje es consensual por naturaleza y nadie puede ser obligado a someterse a arbitraje, ello no implica que sólo pueda ser sometido a arbitraje quien personalmente firmó la estipulación escrita. ²¹ Conforme la Ley Federal de Arbitraje, a las cláusulas arbitrales se les aplican los mismos principios y

¹⁸ Revue de l' Arbitrage, 1992, p. 125 y siguientes.

¹⁹ Cour d'appel de Pau, 25/11/1986, in re Sponsor A.B. c. Lestrade, Revue de l' Arbitrage, 1988, p. 153.

²⁰ Cour d'appel de París, in re Cotunav c. Comptoir Commercial André, Revue de l' Arbitrage, 1990, p. 675.

²¹ Una referencia general sobre el tema puede verse en LAMM, Carolyn B. y AQUA, Jocelyn A.: «Defining The Party. Who Is A Proper Party In An International Arbitration Before The American Arbitration Association And Other International Institutions», George Washington International Law Review, 2003, 34 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 711.

reglas de interpretación que a cualquier otro contrato;²² y los contratos pueden nacer mediante un consentimiento tácito, aunque no exista un documento expreso, infiriendo el acuerdo de voluntades a través de las conductas de las partes.²³ Puede, en consecuencia, considerarse que hay acuerdo arbitral aunque no exista un contrato escrito o alguna de las partes no haya firmado personalmente el acuerdo.²⁴

En otras palabras: bajo ciertas circunstancias, es posible que quienes no suscribieron el acuerdo, puedan exigir su cumplimiento o ser obligadas a entrar en el proceso arbitral;²⁵ y que una parte pueda ‘acordar’ o consentir someterse a arbitraje por medios diferentes de la firma puesta en el instrumento que contiene la cláusula arbitral.²⁶

2.3.1. La sistematización de los supuestos en que procede

Uno de los casos más mencionados en la bibliografía comparada es «Thomson», fallado por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito.²⁷ En este caso, la Corte rechazó la pretensión de la demandante (Evans & Sutherland Computer Corporation) de extender la demanda arbitral a Thomson-CSF, S.A., adquirente de la sociedad que había suscripto el contrato con la cláusula arbitral (Redifussion Simulation Ltd). Sin embargo, sistematizó los supuestos en que, conforme los estándares jurisprudenciales norteamericanos, los efectos de un acuerdo arbitral pueden alcanzar a un no-firmante: (a) Si esa parte es firmante de un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida en el otro contrato. Tal sería, por ejemplo, el caso en que a través de otro contrato o documento

²² US Supreme Court, in re Doctor’s Associates, Inc., et al. v. Casarotto et ux., 95-559, 517 U.S. 681, N° 95-559, Mayo 20, 1996.

²³ US Supreme Court, in re Hercules, Inc. v. United States, 516 U.S. 417, 424, 116 S.Ct. 981, 987, 134 L.Ed.2d 47, 1996.

²⁴ Waco Court of Appeal, in re Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Eddings, 838 S.W.2d 874, Tex. App., Waco, 1992.

²⁵ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Fisser v. International Bank, 282 F.2d 231, 233, 2d Cir., 1960; US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, in re Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc., 10 F.3d 753, 756-57, 11th Cir., 1993.

²⁶ US Court of Appeals for the Fourth Circuit, in re International Paper Company v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GMBH, N° 98-2482, March 14, 2000.

²⁷ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association, 64 F.3d 773, 776, 2d Cir. 1995.

«asuma las obligaciones y derechos del firmante», o que se trate de un conocimiento de embarque u otro documento que contenga la cláusula arbitral y al que estuviera vinculado por principios generales de la legislación contractual (Incorporación por referencia); (b) Si su conducta indica que está aceptando someterse a arbitraje, por ejemplo, si participa en el proceso arbitral sin plantear objeciones a la jurisdicción de los árbitros (Asentimiento tácito); (c) Si existe, entre el firmante y el no-firmante, una relación de representación o agencia (Agencia); (d) Si la relación entre la matriz y su subsidiaria es suficientemente cercana como para justificar que se corra el velo societario (Penetración del velo societario);²⁸ y (e) Si puede quien alega no estar alcanzado por la cláusula arbitral tuvo previamente una conducta contradictoria con esa alegación (*Estoppel*).²⁹

En realidad, en «Thomson» el tribunal se ocupó de recopilar y ordenar los diferentes criterios que los mismos tribunales venían estableciendo para justificar que un no-firmante de la cláusula arbitral sea alcanzado por ella. Una sistematización previa, menos completa, había sido realizada por los tribunales del Distrito Sur de Nueva York, que mencionaban cuatro condiciones: (a) Si la diferente personalidad de las sociedades oculta en realidad a un *alter ego*; (b) Si hay un contrato que incorpora expresamente la cláusula arbitral de otro contrato; (c) Si de su conducta puede inferirse una aceptación de la cláusula arbitral; o (d) Si el contrato ha sido firmado en nombre de su representada.³⁰

Un criterio adicional a los mencionados en «Thomson» es el que postula que esa solución puede basarse en la existencia de controversias que tengan una interrelación tal que sea imposible separarlas («interrelación»).

Aunque muchos casos implican la aplicación conjunta de más de una teoría y se basan sustancialmente en las situaciones de hecho que se presentan,

²⁸ Sin embargo, como veremos, la relación entre las sociedades no es, por sí sola, suficiente. Este recurso permite hacer caso omiso de la personalidad diferenciada de ambas sociedades para prevenir fraudes, cuando hubiera una situación de control o dominio de la matriz sobre la subsidiaria o una «confusión» entre ambas que impida identificar sus respectivas identidades.

²⁹ El instituto del *estoppel* del derecho anglosajón, importa una presunción *iuris et de iure*, que impide que alguien afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto. Sobre las diferentes variantes de la doctrina del *estoppel* puede verse JOHNSON, Steve R.: «The Doctrine of Judicial Estoppel», Nevada Lawyer (State Bar of Nevada), diciembre 2003.

³⁰ Court of Appeal of the Southern District of New York, in re Matter of Arbitration between Keystone Shipping Co. and Texport Oil Co., 782 F.Supp. 28, S.D.N.Y., 1992.

intentaremos en los párrafos siguientes analizar la extraordinaria casuística de la jurisprudencia norteamericana, con la finalidad de presentar un panorama más completo de las soluciones adoptadas por los tribunales de ese país.

2.3.2. *Incorporación por referencia*

Este criterio tiene, en muchas legislaciones de arbitraje, expresa recepción normativa. Así, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCTRAL, luego de disponer que el acuerdo arbitral debe constar por escrito, aclara que se entenderá que este requisito se cumple no sólo cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de comunicaciones y, particularmente, que «la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato» (artículo 7.2).

En la jurisprudencia norteamericana, se ha interpretado que ello sucede cuando la parte no-signataria del acuerdo arbitral celebró con una de las partes un contrato diferente, mediante el cual «asumió todas las obligaciones y privilegios que nacen de aquel»;³¹ y que si la cláusula arbitral está expresamente incorporada a un conocimiento de embarque, los no-signatarios que están relacionados a este último documento por los principios generales pueden ser obligados por aquella.³²

2.3.3. *El asentimiento tácito*

Por aplicación de este principio, se resolvió que correspondía extender la cláusula a un no-firmante si de su conducta puede inferirse una aceptación tácita de sus efectos. Por ejemplo, si su comportamiento traduce la clara intención de arbitrar la disputa, participando voluntariamente en el proceso sin manifestar —ni antes ni durante el mismo— objeción alguna ni rechazar el arbitraje.³³

³¹ Court of Appeal of the Second Circuit, in re Import Export Steel Corp. v. Mississippi Valley Barge Line Co., 351 F.2d 503, 505-506 (2d Cir. 1965).

³² Court of Appeal of the Southern District of New York, in re Continental U.K. Ltd. v. Anagel Confidence Compañía Naviera, S.A., 658 F. Supp. 809, 813 (S.D.N.Y. 1987).

³³ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc., 933 F.2d 1100, 1105, 2d Cir. En el caso, la parte no-signataria había enviado un representante a actuar en su nombre en el juicio arbitral.

También se consideró que el no-signatario podía prevalecerse de la cláusula arbitral si ambas partes del contrato convinieron, mediante un tercer contrato, otorgar ciertos beneficios a una tercera parte, permitiendo a esta última accionar contra ellos al amparo del contrato.³⁴

2.3.4. *La relación de «agencia»*

La teoría de la «agencia» —que, en su más amplio sentido, incluye cualquier relación por la cual una persona actúa como representante de otra—³⁵ ha recibido aplicación por parte de los tribunales.³⁶ Aunque es excepcional,³⁷ este criterio se aplicó, por ejemplo, para vincular al proceso arbitral al único propietario y médico de un Centro de Estética,³⁸ o para admitir que el representado haga valer el acuerdo arbitral firmado por su representante.³⁹

Por el contrario, se resolvió que no encuadra en esta categoría la situación de los hijos mayores de edad de quien suscribió el contrato con la cláusula

³⁴ Middle District of Alabama Court of Appeal, in re *Boyd v. Homes of Legend, Inc.*, 981 F. Supp. 1423, 1432, M.D. Ala., 1997; Austin Court of Appeal, in re *Nationwide of Bryan, Inc. v. Dyer*, 969 S.W.2d 518, 520, Tex.App., Austin, 1998.

³⁵ Michigan Court of Appeal, in re *Stratton-Cheeseman Management Co. v. Dep't of Treasury*, 159 Mich App 719, 726; 407 NW2d, 398, 1987.

³⁶ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re *Interbras Cayman Co. v. Orient Victory Shipping Co., S.A.*, 663 F.2d 4, 6-7, 2d Cir., 1981.

³⁷ El sólo hecho de ser agente de una de las partes no autoriza, sin más, a hacer extensivas las obligaciones que surgen del acuerdo arbitral al agente, ya que un agente no es normalmente responsable del contrato que celebra en representación de su mandante. US Court of Appeals for the Fifth Circuit, in re *Westmoreland v. Sadoux*, July 18, 2002, N° 01-20793.

³⁸ Michigan Court of Appeals, in re *Andrea Beaver, v. Cosmetic Dermatology & Vein Centers of Downriver, P.C., and Scott Friedman, D.O.*, 16 de agosto de 2005, N° 253568. En el caso, la demandante, empleada del Centro de Cosmetología, demandó judicialmente a su empleador y al Sr. Friedman (médico y propietario del Centro) por acciones realizadas por éste con motivo de y en el transcurso de su relación laboral. Entre el Centro de Cosmetología y la empleada demandante, existía un acuerdo sometiendo las eventuales disputas que surgieran de la relación laboral a arbitraje. La Corte consideró que los actos de Friedman hacia la demandante, en el lugar de trabajo y referidas a cuestiones laborales, caen dentro de la esfera de la relación agente-principal. Bajo la doctrina de la agencia, los actos de Friedman lo obligan al acuerdo arbitral a pesar de su condición de no-signatario.

³⁹ Dallas Court of Appeals, in re *McMillan v. Computer Translation Systems & Support, Inc.*, 66 S.W.3d 477, Tex.App., Dallas, 2001.

arbitral.⁴⁰ En este caso se citan otros precedentes de los tribunales de California donde se resolvió que el acuerdo arbitral celebrado por una persona es vinculante para su cónyuge,⁴¹ o para sus hijos menores.⁴²

2.3.5. *La «penetración del velo societario»*

También la teoría de la penetración de la personalidad societaria ha sido utilizada, bajo ciertas hipótesis, para extender los efectos del acuerdo arbitral a un no-firmante, cuando éste es, en realidad, el *alter ego* de la firmante, dándose así preeminencia a la realidad económica subyacente.⁴³

Sin embargo, debe señalarse que la utilización de esta doctrina, en tanto implica aniquilar el principio de la personalidad jurídica de las sociedades, ha sido conceptualizada como un remedio de excepción, cuyo objeto es evitar la consumación de un fraude a terceros. La prueba de que se hallan reunidos, en el caso, los extremos que la justifican, es naturalmente a cargo de quien la invoque.

Algunos tribunales federales norteamericanos utilizan cuatro factores para determinar cuándo puede penetrarse el velo societario: (a) Gran infra-capitalización de la sociedad en el momento de su formación y durante su vida; (b) Incumplimiento de formalidades propias de las sociedades, tales como carecer de gerentes o directores, de archivos o registros, o no pagar dividendos; (c) Desvíos de fondos de la subsidiaria hacia la matriz o sus accionistas; y (d) Cuando

⁴⁰ California Court of Appeals, in re Buckner v. Tamarin (2002), 98 Cal.App.4th 140. En el caso, un paciente había firmado con su médico un convenio para su asistencia médica, que contenía una cláusula arbitral sometiendo a arbitraje todas las reclamaciones que pudieran surgir, incluyendo cuestiones de mala praxis. La Corte de Apelaciones de California juzgó que el contrato de asistencia médica había sido suscripto por el paciente, y que no podía considerarse agente de sus hijas mayores de edad.

⁴¹ California Court of Appeals, in re Bolanos v. Khalatian (1991) 231 Cal.App.3d 1586, 1591; idem, in re Gross v. Recabaren (1988) 206 Cal.App.3d 771, 781.

⁴² California Court of Appeals, in re Pietrelli v. Peacock (1993) 13 Cal.App.4th 943, 947.

⁴³ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Carte Blanche -Singapore- Pte., Ltd. v. Diners Club Int'l. Inc., 2 F.3d 24, 26, 2d Cir., 1993; US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Passalacqua Builders, Inc. v. Resnick Developers S., Inc., 933 F.2d, 131, 138-39, 2d Cir., 1991; US District Court for the Southern District of New York, in re Smoothline, Ltd v. N. Am. Foreign Trading Corp., No. 00-2798, 2002 WL 273301 (S.D.N.Y. Feb. 27, 2002).

reconocer la personalidad diferenciada puede violar el orden público o proteger a alguien de responsabilidad criminal.⁴⁴

Otros, en cambio, de manera más amplia, analizan situaciones tales como: incumplimiento de formalidades societarias; inadecuada capitalización; confusión de patrimonios; superposición de dueños, directores y personal; oficinas y números de teléfono comunes; el grado de discrecionalidad que muestra la sociedad controlante; el funcionamiento como unidades de negocios o de ganancias conjuntas; la asunción de deudas o el establecimiento de garantías, por parte de la controlante, respecto de deudas de la subsidiaria.⁴⁵

En términos generales, se señala que la personalidad de una sociedad puede ser desestimada cuando está formada con propósitos fraudulentos o impropios, cuando actúa o se comporta como un agente o una «marioneta» de su controlante, cuando está bajo el control de otra a tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento, o cuando es una mera pantalla o un *alter ego* de la controlante. En la casuística norteamericana, la responsabilidad por la doctrina de la penetración del velo societario puede predicarse demostrando:

- La existencia de un fraude o el completo dominio o autoridad de la sociedad controlante, que lleve a confusión a los terceros.⁴⁶
- Conductas o circunstancias que impliquen un virtual abandono de la separación de sus identidades societarias, tales como: (a) que la subsidiaria no tiene cuentas bancarias, oficinas, ni papelería, no realiza transacciones ni tiene actividad,⁴⁷ o (b) que la controlante y la subsidiaria comparten oficinas y personal, tienen los mismos directores, mezclan fondos y no se consideran como unidades de ganancia separadas.⁴⁸

⁴⁴ US Court of Appeals for the Fifth Circuit, in re United States v. Jon-T Chemicals, Inc., 768 F.2d 686, 691-92, 5th Cir., 1985; Southern District of New York Court of Appeal, in re City of New York v. Exxon Corp., 112 Bankr. 540, 553, S.D.N.Y., 1990.

⁴⁵ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Freeman v. Complex Computing Co., 119 F.3d 1044, 1053, 2d Cir., 1997.

⁴⁶ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Passalacqua Builders, Inc., citado.

⁴⁷ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Carte Blanche, citado.

⁴⁸ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Walter E. Heller & Co. v. Video Innovations, Inc., 730 F.2d 50, 53, 2d Cir., 1984.

2.3.6. *El estoppel*

En otros casos, se aplicó la doctrina del *estoppel*, en consideración de la previa conducta de la parte que resiste el arbitraje, por ejemplo, para rechazar acciones judiciales tendientes a evitar ser llevado a arbitraje, promovidas por quien ha «explotado conscientemente el contrato» y «aceptado sus beneficios». La Corte razonó que, quien actuó de ese modo, no puede luego pretender que no está ligado a ese contrato.⁴⁹ Aunque es necesario aclarar que, conforme la jurisprudencia norteamericana, para que tal cosa suceda, esos beneficios deben ser directos, es decir que deben surgir directamente del acuerdo, no alcanzando que sean meramente indirectos,⁵⁰ como sería el supuesto en que la parte no-signataria explotara la relación contractual entre las partes pero no el acuerdo en sí mismo.⁵¹

En un caso, se obligó al comprador de una máquina industrial a acudir a la vía del arbitraje –que había sido pactado entre el fabricante y el distribuidor– en atención a que el demandante había fundado su reclamo, precisamente, en ese contrato. Se razonó que no es admisible que alguien alegue no estar obligado a recurrir al arbitraje porque no ha sido parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, al mismo tiempo que reclama beneficios y derechos invocando otras cláusulas de ese mismo contrato: «permitir a una parte reclamar los beneficios del contrato y simultáneamente evitar sus cargas implicaría consagrar una inequidad y contravenir los propósitos de la ley de Arbitraje».⁵² En

⁴⁹ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells, U.S., 9 F.3d 1060, 1064; 2d Cir., 1993.

⁵⁰ US Court of Appeals for the Second Circuit, 2001, in re Specht, Christopher et al v. Netscape Communications Corporation and America Online, Inc., Docket N° 01-7860(L), 01-7870(CON), 01-7872(CON), March 14, 2002.

⁵¹ US Court of Appeals for the Second Circuit, 2001, in re Mag Portfolio Consul v. Merlin Biomed Group, Docket N° 00-9502, October 10, 2001.

⁵² US Court of Appeals for the Fourth Circuit, in re International Paper Company v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GMBH, con cita de «Avila Group, Inc. v. Norma J. of California», 426 F. Supp. 537, 542, District Court for the Southern District of New York, 1977. El comprador de una maquinaria industrial había demandado judicialmente al fabricante por los defectos del equipo, amparándose en cláusulas del contrato celebrado entre el fabricante y el distribuidor. Toda vez que ese contrato contenía una cláusula arbitral, el comprador, aun no habiendo sido parte en él, fue finalmente obligado a resolver por arbitraje sus reclamos contra el fabricante.

igual sentido, se ha resuelto que a pesar de no haber firmado el convenio conteniendo la cláusula arbitral, la aceptación de sus beneficios le impide negar la existencia del acuerdo arbitral.⁵³

2.3.7. La «interrelación»

Por aplicación de esta teoría se obligó a una compañía a ventilar en sede arbitral sus reclamos contra la controlante de quienes fueran sus co-contratantes, al comprobarse que las controversias con la casa matriz y las que mantenía con sus subsidiarias estaban basadas en los mismos hechos y eran esencialmente inseparables.⁵⁴

En otro caso, juzgando una particular situación de hecho, la Corte de Apelaciones del Undécimo Circuito decidió que corresponde remitir a las partes a arbitraje, aun cuando no exista un acuerdo arbitral entre ellas, para ventilar una controversia que involucra a dos partes que tienen, con una tercera, contratos interrelacionados que contienen cláusulas arbitrales idénticas.⁵⁵

Este criterio fue, más recientemente, utilizado por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, para obligar al arbitraje a un no-signatario, en razón de que la demanda promovida por uno de los firmantes del contrato contenía alegaciones de inconductas «sustancialmente interdependientes y concertadas» del otro firmante y de un tercero.⁵⁶

⁵³ Houston Court of Appeal, in re Wetzel v. Sullivan, King & Sabom, P.C., 745 S.W.2d 78, 80, Tex.App., Houston [1st Dist.], 1988.

⁵⁴ US Court of Appeals for the Fourth Circuit, 1988, in re J.J. Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile, S.A., 863 F.2d 315, 320-21. En el mismo sentido, US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, in re MS Dealer Corp. v. Franklin, 177 F. 3d 942, 11th Cir., 1999; US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, in re Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc., 10 F.3d 753, 757- 78, 11th Cir., 1993; US Court of Appeals for the Third Circuit, in re E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Rhone Poulenc Fiber & Resin Intermediates, S.A.S., 269 F.3d 187, 3d Cir., 2001.

⁵⁵ US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, in re McBro Planning and Development Company and McCarthy Brothers Company v. Triangle Electrical Construction Company, Inc., 741 F.2d 342, 1984.

⁵⁶ US Court of Appeals for the Fifth Circuit, in re Hill v. G E Power Systems, Inc., February 11, 2002, N° 01-20061.

2.4. Los casos en que la extensión de la cláusula a los no-signatarios no ha sido admitida

Se señala que las soluciones propiciadas por los tribunales franceses contrasta con la jurisprudencia suiza, alemana e inglesa. Poudret cita casos del Tribunal Federal suizo y de los tribunales alemanes y británicos, que rechazaron los intentos de extender la cláusula arbitral a la matriz de una sociedad y se negaron a levantar el velo de la personalidad societaria, manteniendo la independencia de la filial.⁵⁷ Suárez Anzorena, con cita de Hanotiau, también hace notar que los tribunales suizos han sido particularmente restrictivos, argumentando que la doctrina de los grupos de sociedades no justifica, *per se*, la extensión del acuerdo arbitral a otras compañías del grupo.⁵⁸

En adición a las menciones efectuadas por Poudret y Suárez Anzorena, es posible identificar dos casos resueltos por los tribunales británicos y una sentencia de una Corte norteamericana, que muestran las dificultades que el tema presenta.

En el caso «Caparo Group», resuelto en 1998 por una Corte Comercial inglesa,⁵⁹ rechazó la aplicación de la doctrina de los grupos de sociedades, aunque el principal fundamento fue la inexistencia de situaciones de hecho que autorizaran a aplicarla.⁶⁰

En el más reciente caso «Peterson Farms»,⁶¹ los tribunales ingleses resolvieron que la doctrina del grupo de sociedades «no es parte del derecho inglés». La justicia inglesa anuló un laudo arbitral que había determinado la proceden-

⁵⁷ POUURET, Jean-François: «L' originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé», Bulletin d'information de la Cour de cassation, N° 589, 15/12/2003.

⁵⁸ SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio: «Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral, según la práctica internacional», Revista Internacional de Arbitraje, Enero-Junio de 2005, p. 65.

⁵⁹ Commercial Court, Queen's Bench Division, 7 August 1998, in re Caparo Group Ltd. v. Fagor Arrastate Sociedad Cooperativa.

⁶⁰ «[...] on the facts of the instant case, the position is quite clear. The contract, as I have said, was governed by English law; so was the arbitration agreement. Under English law, I can see no basis upon which it could be held that the parties to either the contract or the arbitration agreement were other than Fagor on the one hand and CML on the other. In my judgment, there is no room for a conclusion that Caparo was a party to either the contract or the arbitration agreement».

⁶¹ English High Court, in re Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd., EWHC, 121, Comm., 4 february, 2004.

cia de una indemnización a favor de sociedades del Grupo C&M Farming, que no habían sido parte en el contrato que contenía la cláusula arbitral. La Corte estimó que la decisión de considerar los daños de quienes no habían firmado la cláusula arbitral no era sostenible conforme el derecho inglés, ya que la doctrina del grupo de sociedades no es parte de este derecho. Tampoco encontró justificación para invocar la existencia de una representación o «agencia» entre la firmante del contrato y las restantes empresas de su grupo.⁶²

No obstante la receptividad que, en general, han mostrado los tribunales norteamericanos, en fecha reciente, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito —revocando la decisión de la Corte de Distrito— denegó el reconocimiento de un laudo que había condenado a Oracle System Ltd. y a Oracle Corporation (esta última, matriz de aquella y no firmante del contrato) a pagar a Sarhank Group una indemnización por la ruptura intempestiva de un contrato de distribución. Sostuvo que un acuerdo de arbitraje es voluntario y que, sobre la base de los principios de la legislación interna sobre contratos, es la Corte quien debe decidir si las partes acordaron someter la cuestión de la arbitrabilidad a decisión de los árbitros. Así, resolvió que, como Oracle Corporation no era parte del acuerdo arbitral, los árbitros carecían de facultades para determinar el alcance de su jurisdicción respecto de ella.⁶³

2.5. La doctrina

Haciendo referencia a los antecedentes del derecho francés y norteamericano, se ha puesto de manifiesto que «En recientes decisiones se ha invocado la teo-

⁶² Un comentario al caso puede verse en GAFFNEY, John P.: «The Group Of Companies Doctrine And The Law Applicable To The Arbitration Agreement», *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 19, N° 6, June 2004. Asimismo, PATIL WOOLHOUSE, Sarita: «Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law», *Arbitration International*, vol. 20, N° 4, 2004, pp. 435 y ss; y en LEADLEY, John y WILLIAMS, Liz: «Choice of Arkansas law, or English law in arbitration agreement, excludes ICC 'Group of Companies' doctrine, English Judge Rules», en *International Litigation & Arbitration Newsletter*, Baker & Mc Kenzie, Volume 3, Issue 3, March 2004.

⁶³ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Sarhank Group, v. Oracle Corporation, April 14, 2005, Docket N° 02-9383. Un comentario al caso puede verse en GARFINKEL, Barry H. y HERLIHY, David: «Looking For Law In All the Wrong Places: The Second Circuit's Decision In Sarhank Group v. Oracle Corporation», *Mealey's International Arbitration Report*, Volume 20, N° 6, June 2005.

ría de la desconsideración, especialmente cuando la parte no tiene patrimonio suficiente para honrar sus compromisos, y la operación fue realizada en virtud de la credibilidad de su controlante». Para que el acuerdo arbitral pueda considerarse extensivo a una sociedad no-firmante, ésta debe hallarse dentro de alguna de las siguientes situaciones: (a) Haber desempeñado un papel activo en las negociaciones de las cuales surgió el contrato en el que se incluyó la cláusula arbitral; (b) Estar involucrada, activa o pasivamente, en la ejecución del contrato; o (c) Haber estado representada, efectiva o implícitamente, en el negocio jurídico.⁶⁴

Autorizada doctrina ha opinado que «puede irse más allá de la estricta visión de un grupo separado en diferentes personas jurídicas para extender un acuerdo arbitral firmado por una sociedad del grupo, y abarcar a otras sociedades del mismo grupo, cuando se dan ciertas condiciones». Comentando la sentencia francesa en el caso «Kis France», los autores señalaron: «No es la existencia de un grupo sino la intención de las partes —demostrada en este caso por la existencia de contratos interrelacionados— lo que justifica la extensión de la cláusula arbitral». Agregando, finalmente, que «La parte que aceptó los beneficios de un contrato que no firmó no puede desconocer la cláusula arbitral contenida en él».⁶⁵

También se ha dicho que la cláusula compromisoria insertada en un contrato internacional tiene una validez y eficacia propias que impone extender su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que puedan suscitarse, de manera que en lo que hace a su situación contractual y sus actividades, debe presumirse que la cláusula de arbitraje ha sido aceptada por ellas, debiendo entenderse que conocen su existencia y aplicabilidad, así no hayan sido firmantes del contrato que lo haya establecido. Pero la aplicación de esta regla a las sociedades no-signatarias supone la existencia de situaciones de hecho libradas a la apreciación judicial, de las cuales pueda inferirse que conocían la existencia y el alcance de la cláusula arbitral.⁶⁶

⁶⁴ WALD, Arnoldo: «A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos», *Revista de Arbitragem e Mediação*, mayo-agosto de 2004, pp. 31 y ss.

⁶⁵ GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (eds.): *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, ed. Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 283, 289 y 282.

⁶⁶ ROBERT, Jean: *L'Arbitrage. Droit Interne et Droit International Privé*, 6ª edición, ed. Dalloz, París, 1993, p. 242 y siguientes, N° 276.

En el mismo sentido, se ha expuesto que «la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que, en casos particulares, permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias, cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe».⁶⁷

A la luz de la jurisprudencia francesa, se ha señalado que al permitirse que no-signatarios del contrato que contiene la cláusula arbitral sean obligados a someterse al arbitraje, «el arbitraje es promovido al rango de modo no solamente usual, sino presumido, de resolver los conflictos derivados del comercio internacional».⁶⁸

Analizando el tema a la luz del derecho peruano, aunque advirtiendo que ello requiere la comprobación de ciertas situaciones de hecho que califiquen como fraudulentas o abusivas, se ha dicho que «el arbitraje estatutario puede ser aplicado incluso a sociedades que, siendo formalmente independientes, se ha comprobado que integran un patrimonio común y una voluntad común, de manera que, de no mediar fraude o abuso de derecho, sus bienes y actividades habrían sido simplemente patrimonio de la sociedad signataria demandada», toda vez que «estas empresas escondidas tras el velo societario podrían no haber existido y sus activos habrían sido parte de la empresa principal que contiene la disposición sobre arbitraje (...) Como el Derecho no puede amparar el abuso del derecho ni el fraude, la simple posibilidad de que ello esté sucediendo justifica una investigación. Y esto supone que los accionistas de la empresa principal que se sienten perjudicados puedan emplazar a las subsidiarias sobre la base del convenio contenido en los estatutos de la principal y que los árbitros puedan incorporar a tales subsidiarias no signatarias dentro del arbitraje, salvo que demuestren que su constitución y operaciones no han afectado los fines y el patrimonio de la sociedad principal. Obviamente, la carga de la prueba corresponderá a los accionistas demandantes».⁶⁹

En suma, lo que determina la posibilidad de que un no-firmante de la cláusula arbitral pueda ser parte en un proceso arbitral es la voluntad presunta

⁶⁷ SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio: «Algunas notas...», op. cit., p. 58.

⁶⁸ POUURET, Jean-François: «L'originalité...» citado.

⁶⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: «El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje», Rev. Ius et Veritas, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 29, 2004.

de las partes y de los intervinientes en el proceso, que puede inferirse de la conducta de las sociedades en cuestión: puede presumirse esa voluntad, entre otras situaciones, si la casa matriz y las filiales participaron activamente en la negociación, ejecución y rescisión del contrato.⁷⁰

3. El análisis del tema, conforme el Derecho argentino

Lo dicho hasta aquí es suficientemente elocuente y demostrativo de que, en el derecho comparado —al menos en Francia y los EE.UU.—, la circunstancia de que una persona no haya sido signataria del acuerdo arbitral no crea una barrera infranqueable ni impide, por ese solo hecho, que pueda ser parte en un arbitraje, sea como parte demandante o demandada. Bajo ciertas condiciones, configurándose determinadas situaciones de hecho, es posible que esa persona —tercero en la relación convencional que dio origen al arbitraje— pueda invocar el acuerdo arbitral o éste pueda serle oponible.

En los párrafos siguientes analizaremos si tal solución es admisible a la luz del sistema jurídico argentino. Para ello, indagaremos —en primer lugar— si las teorías que, en el derecho comparado, se han elaborado para extender los efectos del acuerdo arbitral a quienes no son firmantes en sentido estricto, son aplicables conforme las normas y principios vigentes en el derecho argentino. En segundo lugar, examinaremos la posición de los tribunales.

3.1. Las normas y principios de derecho

Diversos principios pueden aplicarse para resolver la cuestión. Aunque todos ellos encuentran múltiples zonas de contacto, por razones de mejor sistematización, agruparemos aquellos que derivan del principio general de la buena fe y consideraremos luego, separadamente, el que se funda en la teoría de la penetración de la personalidad jurídica de las sociedades.

⁷⁰ VASSEUR, Michel: «Le droit des personnes morales – Groupes de sociétés– Interventions d'Etat», *Revue de l'Arbitrage*, Paris, 1988, p. 475 y siguientes.

3.1.1. *La aceptación tácita, la buena fe y la doctrina de los actos propios*

La cláusula o acuerdo arbitral puede, sin esfuerzo, calificarse de «convención»: se trata de un acuerdo entre dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico (conf. nota al artículo 1137, Código Civil).⁷¹ Es consecuencia de ello que, en general, le son aplicables las normas relativas a los contratos.⁷² En lo que aquí interesa, debe ser el resultado del consentimiento, de una convergencia o acuerdo entre dos o más voluntades, cada una de las cuales debe reunir los presupuestos «internos» —discernimiento, intención y libertad— y el «externo» —su manifestación— (arg. artículos 897 y 913, Código Civil).

Sobre este último aspecto, cabe recordar que la voluntad, para tener relevancia jurídica, debe salir de la esfera interna del sujeto emisor, debe existir un hecho exterior por el que se manifieste. No obstante, esa exteriorización no necesita, siempre, ser la resultante de una declaración formal: puede también ser tácita o inducida por presunción de la ley.

En efecto: la expresión de la voluntad puede producirse por medio de hechos materiales o declaraciones. Los primeros consisten en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado (artículo 914, Código Civil). Las declaraciones, a su vez, pueden ser realizadas por diferentes medios. Pueden ser: (a) Expresas (positivas): manifestadas verbalmente, por escrito o por signos inequívocos (artículos 917 y 1145, Código Civil); (b) Tácitas: resultantes de actos o hechos por los cuales se pueda conocer con certidumbre la existencia de la voluntad o que autoricen a presumirlo (artículo 918 y 1145, Código Civil); o (c) Presumidas por la ley: en los casos en que la ley autoriza a presumirla (artículo 920, Código Civil), tales como cuando alguien hiciera lo que no hubiera hecho o no hiciera lo que hubiera hecho si su intención fuese otra (artículo 1146, Código Civil).

Más aún: hasta el silencio puede ser un modo de expresión de la voluntad, si hubiera una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia,

⁷¹ Explicando la definición de «contrato» que contiene la norma, el codificador enseña: «Los juristas distinguen los contratos de las convenciones, aun cuando en el uso común se llama convenciones a los contratos». Luego de citar las opiniones de Aubry y Rau y Duranton, Vélez Sársfield señaló que «todo contrato es una convención, pero no toda convención, aunque tenga efectos civiles, es un contrato. La palabra convención es un término genérico que se aplica a toda especie de negocio o cláusula que las partes tengan en mira».

⁷² CAIVANO, Roque J.: Arbitraje, ed. Ad Hoc, 2ª edición, 2000, p. 109.

o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (artículo 919, Código Civil y, especialmente, los ejemplos que el codificador trae en la nota).⁷³

La presunción de consentimiento tácito que surge del artículo 1146 del Código Civil encuentra fundamento en dos principios esenciales: por un lado, en el principio de no-contradicción, desde que la aceptación se presume porque el disenso entraría en contradicción con lo actuado por el mismo sujeto;⁷⁴ por el otro, en el principio de buena fe, conforme el cual los contratos deben *celebrarse*, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (artículo 1198, párrafo 1º, Código Civil). De allí que, cuando la conducta de las partes permita inferir una declaración tácita de voluntad, subordinar sus efectos a la forma escrita o a la existencia de una manifestación expresa del consentimiento, implicaría admitir la violación al principio de la buena fe que rige el derecho de las obligaciones,⁷⁵ y una tolerancia indebida a la mala fe y a la deslealtad en los negocios jurídicos.⁷⁶

Es dable advertir que la doctrina del *estoppel* a que han recurrido en ocasiones los tribunales norteamericanos es, en esencia, una derivación de la máxima romana *venire contra factum proprium non valet*.⁷⁷ Nos es aventurado inferir que esta máxima forma parte del sistema legal argentino,⁷⁸ ya que surge de los principios

⁷³ CAIVANO, Roque J.: «Silencio, doctrina de los actos propios y renuncia tácita», Rev. La Ley 1996-C-197.

⁷⁴ CNCom., sala E, 26/08/1987, in re Cordovil, José A. c. American Express Argentina S.A., Rev. Jurisprudencia Argentina 1987-IV-479.

⁷⁵ CCom.Cap., sala C, 23/9/1971, in re Fernández, Ignacio c. Tomiro S.A., Rev. Jurisprudencia Argentina 13-1972-46.

⁷⁶ CNac. Esp. Civ. y Com., sala 4ª., 31/5/1976, in re Damonte de Schiavo, Elsa c. Gangre, Pedro, Rev. Jurisprudencia Argentina 1977-II-43.

⁷⁷ La doctrina de los propios actos, expresada en los brocardos latinos *nemo contra factum proprius venire potest, adversus factum suum quis venire non potest* o *venire contra factum proprius nemo potest*, tiene sus orígenes tanto en el derecho alemán, como en la jurisprudencia española y en el derecho inglés cuyo instituto lleva el rótulo de *estoppel*. CNCom. Sala A, 15/03/1985, in re Colombo, Antonio c. Apolo Cía. de seguros, Rev. La Ley 1985-C-311, Rev. El Derecho 114-197. Sobre el tema puede verse, con amplitud, SIRKIN, Eduardo: «Sobre la doctrina de los propios actos», Rev. DJ 1996-2-423 y, más recientemente, del mismo autor, «Algo más sobre la Doctrina de los Actos Propios», ElDial.com, Año VIII, N° 1925, 1º/12/2005, con cita de abundante jurisprudencia que ha hecho aplicación de este principio.

⁷⁸ «La doctrina de los actos propios constituye, en los términos del artículo 16 del Código Civil, un principio general del derecho que los jueces deben aplicar cuando, en el caso que

contenidos en los artículos 953,⁷⁹ 1071,⁸⁰ y 1198,⁸¹ del Código Civil, que exigen la conformidad de los actos con la moral y las buenas costumbres, prohíben el ejercicio abusivo de los derechos y establecen el deber general de comportarse de buena fe. Ella no podría ser ajena a nuestro derecho, ya que encuentra su fundamento último en la regla moral, que se asienta sobre el respeto de la buena fe, la protección de la confianza suscitada, el comportamiento coherente en bien de terceros y el rechazo a la sorpresa y a la emboscada.⁸²

3.1.2. *La teoría de la penetración de la personalidad*

En el derecho argentino, la doctrina de la penetración del velo societario y la posibilidad de hacer caso omiso de la diferente personalidad jurídica de dos entes en caso de situaciones de control societario, tiene expresa recepción legislativa en materia comercial, tanto en la legislación societaria como en la normativa concursal.⁸³

se les presenta, se reúnen los elementos estructurales que posibilitan su aplicación». CNCiv., sala D, 13/02/1984, in re D'Ambar, S. A. c. I. M. O. S., Rev. La Ley 1985-A-243.

⁷⁹ Artículo 953, Código Civil: «El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto» [énfasis añadido].

⁸⁰ Artículo 1071, Código Civil: «El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres» [énfasis añadido].

⁸¹ Artículo 1198, primer párrafo, Código Civil: «Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión» [énfasis añadido].

⁸² BORDA, Alejandro: *La Teoría de los Actos Propios*, ed. abeledo-perrot, 2000, capítulo II, con cita de LÓPEZ MESA, Marcelo J. y ARELLANO, Luis O.: «La aplicación a un caso de dos fértiles doctrinas (los propios actos y la absurda valoración de la prueba)», Rev. La Ley 1994-C-453.

⁸³ Adicionalmente, hacemos notar que el tema ha tenido gran desarrollo en derecho laboral. Sobre el tema remitimos a MARK, Mariano H.: «Responsabilidad solidaria de los integrantes del conjunto económico por las obligaciones laborales», Rev. Jurisprudencia Argentina 2002-IV-141.

El artículo 33 de la Ley de Sociedades define qué se entiende por sociedad controlada, considerando tales a «aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: (1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; o (2) Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades».⁸⁴ Más adelante, el párrafo 3º del artículo 54 de la Ley de Sociedades (incluido por Ley 22.903) establece la inoponibilidad de tales estructuras societarias en situaciones de uso abusivo o fraudulento de la forma legal: «La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados».

Por su parte, el artículo 161 de la Ley de Concursos contempla una aplicación de esta figura a situaciones de falencia, al disponer la extensión de la quiebra a «toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores» (inciso 1º); a «toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte» (inciso 2º); y a «toda persona respecto de la cual exista confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos» (inciso 3º). La norma aclara que, a esos fines, «se entiende por persona controlante: (a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos

⁸⁴ De manera semejante, el artículo 2º del Decreto 677/2001 (que tiene rango de ley, al haber sido dictado por el Poder Ejecutivo en uso de facultades delegadas por el Congreso) establece la siguiente definición de «Controlante», «grupo controlante» o «grupos de control»: «Aquella o aquellas personas físicas o jurídicas que posean en forma directa o indirecta, individual o conjuntamente, según el caso, una participación por cualquier título en el capital social o valores con derecho a voto que, de derecho o de hecho, en este caso si es en forma estable, les otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en asambleas ordinarias o para elegir o revocar la mayoría de los directores o consejeros de vigilancia».

necesarios para formar la voluntad social; (b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso».

Antes de su consagración normativa expresa, esta teoría encontró fundamento en los principios del derecho común, tales como la simulación ilícita, el abuso del derecho y el fraude (artículos 959, 1071 y 971 del Código Civil, respectivamente). Hoy, además de su precisa configuración positiva, el instituto tiene fundamentos «de base», explicados en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades: «Se declara expresamente la calidad de sujeto de derecho que la sociedad reviste, si bien se precisa que ella guarda *el alcance fijado en la ley*. En este particular se adopta la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica y, de ese modo, como lo señalara en otra oportunidad uno de los co-redactores, la sociedad resulta así no sólo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica... que la ley reconoce como medio técnico idóneo para que todo grupo de individuos pueda ejercer el fin lícito que se propone. Con esta norma la ley posibilita, en fin, una amplia elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica, y también de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico *sea empleado para fines que exceden las razones de su regulación*». [énfasis añadido]

En efecto. La sociedad es un instrumento, un medio que la ley habilita para hacer posible o más eficaz fin un emprendimiento económico. Y la personalidad jurídica que se le otorga a esa sociedad «es el recurso técnico instrumental que permite a la pluralidad de socios actuar como unidad en el mundo jurídico y, a través de la persona societaria y del mecanismo interno de participación en utilidades y pérdidas, obrar a efectos del fin común que los motiva y lleva al vínculo social». ⁸⁵ Este límite al reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho surge de la propia Ley de Sociedades, cuyo artículo 2º condiciona esa calidad, subordinándola al «alcance fijado en la ley».

De allí que, frente a las diversas formas de aprovechamiento abusivo que se fueron conociendo, doctrina y jurisprudencia «fueron gestando la necesidad de formular remedios jurídicos y abandonaron la idea de que entre la persona jurídi-

⁸⁵ SUÁREZ ANZORENA, Carlos, en ZALDÍVAR, MANÓVIL, RAGAZZI, ROVIRA Y SAN MILLÁN, Cuadernos de Derecho Societario, ed. Abeledo-Perrot, 1973, tomo I, p. 131.

ca y los individuos que la componen se levantaba una muralla infranqueable. Sin que ello importe afectar de modo alguno al instituto de la personalidad jurídica, pues la misma subsiste en tanto no se la use más allá de los fines lícitos previstos por la ley. Por tanto, se entendió que dicha barrera debía ser penetrada para adentrarse en ella y hallar la verdad, la realidad oculta detrás de ella. A tal fin responde la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica» cuyo objetivo es «desaprobar conductas antijurídicas y de aprovechamiento disfuncional de la personalidad jurídica, ‘desestimando’ la estructura formal del ente y ‘penetrando’ en el sustrato real que subyace bajo la apariencia jurídica del mismo».⁸⁶

Como bien se ha dicho, bajo ciertas condiciones, para evitar los efectos nocivos de un uso abusivo de la personalidad «... se admite que se corra o se perfore el velo de la ficción, se levante la cortina, se mire detrás de la máscara, se descubra más allá de los bastidores, para ir al hombre, a fin de restablecer la justicia o equidad violada mediante el esquema societario. La verdad real prima sobre la formal».⁸⁷ Utilizando una expresión de algunos tribunales norteamericanos, se ha dicho que «si los socios no distinguen entre sus negocios y los de la sociedad, los tribunales tampoco se van a fijar en la existencia de sujetos diferentes».⁸⁸

Su lógica se basa en que «el régimen de la personalidad jurídica no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos de terceros. Las técnicas manipuladas para cohibir el uso meramente instrumental de las formas societarias varían y adoptan diferentes nombres, pero todas postulan en sustancia la consideración de la realidad económica y social y la supremacía del derecho objetivo. Es obvio que esto adquiere particular relevancia cuando los jueces deben enfrentarse con los complejos problemas jurídicos que suscita la fenomenología moderna de los grupos societarios. Particularmente, en sus interferencias y conexiones y con relación al carácter supranacional que es su nota característica en la vida contemporánea, todo lo cual consolida los poderes de concentración por las dificultades que presenta su control, la difusión de sus influencias y el entrecruzamiento de sus redes de

⁸⁶ MATACH, Sebastián A.: «La teoría del disregard en el anteproyecto de modificación a la Ley Societaria», *Rev. Jurisprudencia Argentina* 2004-III-1179.

⁸⁷ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, «Visión desde el derecho del trabajo, de la teoría de la desestimación de la persona jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social», *Revista de Derecho Laboral*, 2001-1, ed. Rubinzal-Culzoni, p. 228.

⁸⁸ SANMILLÁN, Carlos, ROVIRA, Alfredo, RAGAZZI, Guillermo, MANÓVIL, Rafael y ZALDÍVAR, Enrique: *Cuadernos de Derecho Societario*, ed. Abeledo-Perrot, 1980.

administración, con sociedades filiales reales o aparentes». ⁸⁹ Luego de señalar que «en el sub lite la apariencia de formas jurídicas que asumen distintas fracciones del mismo grupo... no debe producir el efecto de que una parte formalmente diferenciada... sea la única afectada por la decisión judicial» la Corte recordó que «no debe confundirse la razón del derecho con el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia», concluyendo que «estas pautas obligan a aprehender el intrincado caso sub examen previniendo que pueda admitirse, mediante aquella utilización meramente instrumental de las formas societarias, una abstracción inadmisibles de los fines perseguidos o de la realidad social que debe legitimarlos». ⁹⁰

Porque, como también ha dicho la Corte, «comprobado el fenómeno de la concentración de empresas debe considerarse el fondo real de la persona jurídica y la actuación sustantiva de las relaciones que auténticamente las vinculan»; ⁹¹ y, de manera más específica «La existencia de dos sociedades diferenciadas desde el punto de vista del derecho privado, pero unificadas económicamente, conduce al examen de otro problema propio de la materia en recurso, planteado por la apelante: el alcance del concepto de la ‘realidad económica’ específicamente aceptado por las leyes impositivas nacionales, [regulación que da preeminencia] a la situación económica real, con prescindencia de las estructuras jurídicas utilizadas que pueden ser inadecuadas o no responder a la realidad económica» y que «ya sea por aplicación de la teoría de la penetración... como mediante los parámetros del principio de la realidad económica o de la teoría del órgano, de lo que se trata es de la consideración del fondo real de la persona jurídica. Esto se impone no sólo por los abusos a que se presta la complejidad de relaciones y actividades en ciertas estructuras sociales sino también por la dimensión creciente de numerosos grupos de empresas internacionales y los graves problemas jurídicos que su expansión plantea». ⁹²

En última instancia, y por encima de las formas, «tras la persona societaria hay siempre intereses humanos y hombres que conforman o dirigen su voluntad, mientras que el instrumento es neutro. Pero el derecho positivo es un conjunto de valores traducido en normas de conducta y, por ello, no cabe que

⁸⁹ CSJN, 13/07/1973, in re Compañía Swift de La Plata Frigorífica S.A. c. Dirección General de Fabricaciones Militares, Rev. Fallos 286:69.

⁹⁰ CSJN, 13/07/1973, in re Compañía Swift..., citado en nota anterior.

⁹¹ CSJN, 18/10/1973, in re Mellor Goodwin S.A.C.I.yF., Rev. Fallos 287:79.

⁹² CSJN, 31/07/1973, in re Parke Davis y Cía. de Argentina S.A.I.C., Rev. Fallos 286:97.

permanezca indiferente cuando en razón o al amparo de esa neutralidad, del concepto jurídico de persona se dan consecuencias adversas a las normas que lo constituyen, o a su fundamento. Por ello, ya en razón de intereses nacionales o bien ante la utilización por socios o terceros de la personalidad societaria en oposición a los fines que motivaron su aceptación, o a otros superiores del ordenamiento jurídico mismo, se llega a penetrar la persona. La penetración es una superación de la forma jurídica persona adoptada por la pluralidad organizada en unidad, es un levantar el velo de la personalidad, un mirar dentro de ella para atender a sus realidades internas y a la que es propia de quienes conforman o disponen de la voluntad que la ley le asigna».⁹³

Aunque ya el artículo 2º de la Ley de Sociedades importaba «reprimir el uso antifuncional o disvalioso de la personalidad societaria, yéndose más allá de la teoría de la penetración», el círculo de protección de los intereses de terceros que resulta de esa norma fue completado, luego, con la inoponibilidad dispuesta a tenor de la última parte del artículo 54, que introdujo el uso «debido» del recurso societario.⁹⁴

Analizando el ámbito de aplicación del artículo 54 de la Ley de Sociedades se ha remarcado su amplitud: incluye todo tipo de control, sea interno o externo, directo o indirecto, y se aplica a todo tipo de persona;⁹⁵ es inclusive más amplio que el artículo 33, ya que mientras este se refiere a «sociedades controlantes», el artículo 54 alude –genéricamente– a «controlantes», comprendiendo a las personas físicas y también a las sociedades. Ello «permitirá responsabilizar por ‘control’ al ‘grupo personal’, el cual, como lo recuerda Otaegui, no se configura por la dominación de una sociedad sobre otra, sino que se caracteriza por la existencia de los mismos accionistas controladores en distintas sociedades, las que constituyen un grupo cuando aquellos imprimen a todas las compañías una política económica ‘de conjunto’».⁹⁶

⁹³ SANMILLÁN, Carlos, ROVIRA, Alfredo, RAGAZZI, Guillermo, MANÓVIL, Rafael y ZALDÍVAR, Enrique: Cuadernos de Derecho Societario, ed. Abeledo-Perrot, 1980.

⁹⁴ FARGOSI, Horacio P.: «Nota sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria», Rev. La Ley 1985-E-711; y «Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica», Rev. La Ley 1988-E-796.

⁹⁵ MIGUENS, Héctor J.: «Responsabilidad del controlante en el derecho argentino», Rev. Jurisprudencia Argentina 2005-I-1444.

⁹⁶ CASTRO SAMMARTINO, Mario y GARRONE, José A.: Ley de Sociedades Comerciales, ed. Abeledo-Perrot, 1998, con cita de OTAEGUI, Julio C.: Concentración Societaria, ed. Ábaco, p. 219.

Finalmente, como pautas para determinar cuándo estamos en presencia de sociedades que, si bien formalmente son distintas personas jurídicas, en la realidad encierran un mismo y único grupo económico, la jurisprudencia ha señalado que debe tenerse por comprobado que una sociedad no es más que un instrumento del que se valió la sociedad controlante si: (a) El presidente de la sociedad controlante es titular del 85% del paquete accionario de la sociedad; (b) La sociedad ha sido constituida con un capital irrisorio, tanto por su monto como en relación con las utilidades obtenidas; (c) Los representantes en las asambleas de la sociedad son funcionarios jerárquicos de la controlante; (d) La actividad principal de la sociedad son negocios complementarios o paralelos a los de la controlante; (e) La controlante cancelaba deudas de la sociedad.⁹⁷

De todas maneras, debe señalarse aquí que la sola existencia de un grupo o de una situación objetiva de control no autoriza, sin más, a «penetrar» el entramado societario y hacer caso omiso de la personalidad diferenciada de los entes que lo componen. Porque, como ha dicho la jurisprudencia «una situación de control no presupone necesariamente un uso abusivo de la personalidad», situación ésta que debe configurarse para que ello suceda.⁹⁸

3.2. La posición de los tribunales sobre el alcance del acuerdo arbitral

Es importante conocer cómo razonan los jueces a la hora de interpretar el alcance de las cláusulas arbitrales. Porque si bien, en principio, la cuestión de si un no-signatario de dicha cláusula puede demandar o ser demandado ante el tribunal arbitral habrá de ser resuelta por los mismos árbitros, esa decisión siempre estará sujeta a control judicial, por lo que los órganos del Estado tendrán, sino la primera, la última palabra sobre el tema.

⁹⁷ C.Fed. San Martín, Sala I, 28/04/1994, in re Macri, Francisco, citado por CASTRO SAMMARTINO, Mario y GARRONE, José A.: *Ley de Sociedades Comerciales*, ed. Abeledo-Perrot, 1998.

⁹⁸ CNCom., sala B, 30/06/2005, in re Casademont, Paul A. c. Talentum Think Tank Ltd., *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Lexis-Nexis, Newsletter, 03/10/2005. En el fallo se citan, como precedentes del mismo tenor, los fallos dictados in re Corralón Patagónico de Los Andes S.A. c. Oscar A. Corral Construcciones S.A., de fecha 5/06/2002; y Pardini, Fabián R. c. Compañía Fredel S.R.L., del 6/11/1996.

En efecto, de conformidad con el principio de la «competencia de la competencia» —conocido en el derecho comparado como *kompetenz-kompetenz* o *compétence-compétence*— el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, la validez o el alcance (objetivo o subjetivo) del acuerdo arbitral.⁹⁹ Ello implica, en definitiva, reconocer a los árbitros facultades para verificar y resolver las cuestiones relativas a su propia jurisdicción, facultades que comprenden la potestad de analizar y decidir todas las cuestiones de las cuales depende la existencia y extensión de esa jurisdicción: si el acuerdo arbitral que se invoca existe y es válido, si es oponible a todas las partes del proceso, si las cuestiones incluidas en él son arbitrables y si las que se le someten a su decisión son de aquellas comprendidas en ese acuerdo.

Aunque este principio no está consagrado expresamente en la legislación argentina, ha sido incorporado en casi todos los Reglamentos institucionales, de modo que es posible asumir que la cuestión deberá plantearse, al menos en una primera instancia, ante los árbitros y ser resuelta por ellos. Sin embargo, la decisión que los árbitros adopten sobre el particular será susceptible de revisión judicial. Ello por cuanto el principio de la «competencia de la competencia» no implica otorgar a los árbitros el «poder total» para resolver el planteo de incompetencia, ya que generalmente se prevé una vía recursiva judicial para revisar la decisión de los árbitros (especialmente cuando se declaran competentes). El objetivo de la regla que consagra ese principio es evitar que los árbitros se vean obligados a suspender el procedimiento arbitral o a cesar en sus funciones por el simple planteo de incompetencia o invalidez del acuerdo arbitral, precisar el momento y las condiciones en que los tribunales judiciales ejercen su función de contralor sobre la jurisdicción arbitral; pero no implica convertir al árbitro en juez único o final de su propia competencia.¹⁰⁰

A diferencia de algunas normas (por ejemplo, el artículo 16.3 de la Ley Modelo de UNCITRAL)¹⁰¹ que instituyen un recurso judicial directo contra la

⁹⁹ El tema puede verse desarrollado en CANTUARIAS, Fernando y ARAMBURU, Manuel Diego: Arbitraje en el Perú; Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras, ed. Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1994, p. 225 y siguientes.

¹⁰⁰ BROCHES, Aron: «Commentary on the UNCITRAL Model Law», International Handbook on Commercial Arbitration, supl. 11, enero de 1990.

¹⁰¹ Artículo 16.3, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL: «El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2 del

decisión de los árbitros de declararse competentes a través de un laudo interlocutorio previo, en la legislación argentina no existe previsión alguna. A raíz de esa ausencia normativa, de no hallar el agraviado por la decisión arbitral una vía procesal inmediata, podría replantear la cuestión en la instancia del recurso de nulidad contra el laudo definitivo.¹⁰²

Ello justifica, como se anticipó, que veamos la posición de los tribunales argentinos.

3.2.1. *La teoría de la «excepcionalidad del arbitraje», sus excepciones y nuestra crítica*

Al resolver cuestiones vinculadas a la exigibilidad de cláusulas arbitrales, nuestros tribunales, históricamente, han limitado su alcance. En razón de que, al resolver la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, están al mismo tiempo resolviendo sobre la extensión de su propia jurisdicción, los tribunales han mostrado una tendencia a excluir la intervención de los árbitros y «retener» para el Poder Judicial el juzgamiento de cuestiones o personas que caían dentro de la jurisdicción de los árbitros por estar comprendidas en un acuerdo arbitral válido.

presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6° que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo» [énfasis añadido].

¹⁰² Aunque –a primera vista– la decisión de los árbitros de considerar sujeta al arbitraje a una persona no-signataria del acuerdo arbitral no estaría entre las causales legales por las cuales procede la nulidad de un laudo, podría sostenerse que es judicialmente revisable, por estar en juego la garantía constitucional del debido proceso y del juez natural. Tal lo resolvió por los tribunales de Rosario, en el que se admitió un recurso de nulidad contra un laudo arbitral, en que se cuestionaba la competencia del tribunal arbitral, argumentando que el recurso de nulidad, previsto en el artículo 360 del Código Procesal local para atender errores in procedendo, defectos procesales y salvaguardar las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa, es igualmente aplicable «en orden al recurso de nulidad del laudo arbitral, y es respecto al mismo que cabe considerar el planteo de incompetencia del tribunal arbitral realizado por la demandada, ya que de la decisión del mismo habrá de resultar la validez o invalidez del laudo dictado». CApel.CyC Rosario, Sala 2ª, 8/07/2004, in re Basf Argentina S.A. c. Capdevielle, Kay y Cía. SACIFM, Expte. N° 210/2003, N° 254.

Aunque principalmente referida al alcance objetivo o material del acuerdo arbitral, algunos tribunales acuñaron una frase, que se convirtió en jurisprudencia por fuerza de su reiteración: la competencia arbitral es de excepción porque implica una renuncia a la jurisdicción de los tribunales judiciales y, en consecuencia, las cláusulas arbitrales deben interpretarse restrictivamente.¹⁰³

Creemos oportuno, sin embargo, hacer notar que, aunque reiterada en muchos casos, esta interpretación judicial no es unánime, encontrándose pronunciamientos que, ya sea de manera explícita o en forma indirecta, se apartan de este criterio. Asimismo, esa línea de pensamiento es errada y carece de todo fundamento legal en el ordenamiento argentino.

Hace casi 30 años, en un voto en disidencia, el vocal de la Cámara Comercial, Dr. Edgardo M. Alberti razonó en el sentido exactamente opuesto, explicando la lógica interpretación que corresponde adoptar: «en la medida en que la ley autoriza a los sujetos de derecho a constituir su propio juez mediante la sujeción a árbitros y que el tema del diferendo verse sobre materia patrimonial perteneciente a sujetos capaces, no se entiende por qué la competencia de la llamada 'jurisdicción arbitral' soporta la minusvalía de ser apreciada restrictivamente».¹⁰⁴

En precedentes que datan de finales del siglo XIX, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que, habiéndose convenido en la póliza de seguro que toda cuestión sería resuelta por árbitros, no puede ocurrirse ante los jueces de derecho entablado demanda por cobro del seguro, toda vez que la convención es la «ley suprema» entre los contratantes;¹⁰⁵ y que sometidas, por convenio de partes, todas las cuestiones entre socios a la decisión de jueces árbitros, la promovida durante su liquidación, sobre cambio de administración de la sociedad, corresponde al conocimiento de éstos, y no al del juez federal.¹⁰⁶

¹⁰³ CNCom, sala E, 28/04/2000, in re Nova Pharma Corporation S.A. c. 3M Argentina S.A., Rev. El Derecho, 194-151. En ese dictamen se citan como «fuente», otras sentencias del Fuero: «Sánchez, María del Pilar c. Maderas Boker S.H.», sala B, 20/05/1986; «Carello, Cristina y otro c. Productos El Orden S.R.L.», sala A, 21/12/1988; «Amorín y Cía. S.R.L. c. Amorín, Juan, sala C, 18/08/1989; «Denami, José y otro c. Rinalmar S.R.L. y otros», dictamen 66.601, 16/06/1992; «Atorrasagasti, María Cristina c. Atorrasagasti Bagues Piazza S.R.L.», sala D, 22/12/97, Rev. El Derecho, 181-155.

¹⁰⁴ CNCom., sala D, 7/09/1976, in re Expreso Albión S.R.L. c. Mercado de Tudesco, Rosa R., Rev. El Derecho 70-144, Rev. Jurisprudencia Argentina 1977-I-590.

¹⁰⁵ CSJN, 1874, in re Filareto, Kanaci c. Cía. de Seguros Trasatlánticos, Rev. Fallos 15: 23.

¹⁰⁶ CSJN, 1891, in re Querencio, Carlos M. c. Benítez, Gregorio, Rev. Fallos 45: 296.

En otro caso se interpretó que la sola existencia de una cláusula arbitral trae aparejada la posibilidad de articular la excepción de incompetencia, y que existiendo un acuerdo de voluntades para someterse a arbitraje, tal excepción debe ser admitida. Si las partes pactaron someter a árbitros «cualquier cuestión emergente de la interpretación del convenio», debe resolverse sobre esa vía la acción que busca la interpretación del contrato —aunque se acumule una acción por daños y perjuicios— ya que la decisión que recaiga en esa sede deberá expedirse sobre el porcentaje que por las tierras objeto del contrato le corresponde al actor. No sólo porque es necesario, como paso previo que los árbitros establezcan cuál es el alcance que reúnen las palabras de los interesados, sino también porque aquellos están facultados a expedirse sobre cuestiones accesorias.¹⁰⁷

Del mismo modo, se resolvió derivar a la jurisdicción arbitral pactada una demanda —promovida en sede judicial— que perseguía el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la rescisión intempestiva de un contrato de suministro, si este contenía una cláusula sometiendo a decisión de árbitros toda controversia que surja en relación con la negociación, celebración, interpretación, cumplimiento o incumplimiento del contrato. Se admitió allí que era procedente la prórroga de jurisdicción pactada en favor de árbitros extranjeros, haciendo notar que ello «tiene su fundamento en la necesidad de favorecer el comercio multinacional y los términos de su intercambio».¹⁰⁸

En otro caso, se dijo que, no existiendo impedimento para que la cuestión sea objeto del arbitraje convenido, el tribunal judicial debe declararse incompetente. Se puso de manifiesto allí que «ante la verificación de la cláusula arbitral, el magistrado debe actuar con cautela suficiente para no invadir el ámbito de competencia que las partes convinieron a favor de los árbitros; máxime cuando la misma es del alcance de la de autos pues si se permitiera el desplazamiento de la jurisdicción arbitral bajo cualquier pretexto, se estaría favoreciendo de forma muy laxa el apartamiento de lo que, en definitiva, es la intención común de las partes».¹⁰⁹

¹⁰⁷ CNCiv., sala G, 14/08/1990, in re Vázquez Torrielli, E. N. c. Vázquez de Castro, Rev. La Ley 1990-E-148.

¹⁰⁸ CNCom., sala B, 13/07/2001, in re Industrias Isaco S.A. c. Lavorazioni Meccaniche Specializzate S.A., Lexis-Nexis on line, N° 11/32434.

¹⁰⁹ CNCiv., Sala J, 27/04 2004, in re Bollini, Carlos Alberto c. Dunar Interiores S.R.L., Rev. El Derecho, 208-42.

En esta línea, es importante rescatar un caso resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el que se hizo prevalecer la jurisdicción arbitral pactada en un contrato de importación, cláusula que se consideró «indudablemente legítima» (tanto a la luz de lo establecido en el artículo 61.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como de nuestra legislación) aun cuando se argumentaba que ella estaba contenida en un contrato celebrado «por adhesión» y que se juzgó subsistente a los fines de juzgar un reclamo orientado a lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios que se habrían producido por la resolución incausada del convenio.¹¹⁰ La importancia de este precedente se realza por dos motivos. En primer lugar, porque esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación,¹¹¹ aunque sin pronunciamiento expreso sobre el tema.¹¹² En segundo lugar porque, si bien no lo refuta, la Corte se aparta del dictamen del Procurador General de la Nación, que propiciaba la anulación de la sentencia de la Cámara Comercial por aplicación de la teoría de la «excepcionalidad» de la cláusula arbitral.¹¹³

¹¹⁰ CNCom., sala D, 22/02/2002, in re Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo S.A. de C.V., Rev. El Derecho 197-554.

¹¹¹ CSJN, 05/04/2005, in re Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo S.A. de C.V., Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Lexis-Nexis, 13/06/05.

¹¹² En este punto, el fallo de la Corte mereció una justificada crítica de Rivera: «Por un lado es plausible que la Corte no haya seguido el dictamen del Procurador en lo que hace a la interpretación del alcance de la cláusula arbitral; por otro es de lamentar que no haya efectivamente argumentado por qué subsisten los efectos de la cláusula arbitral incluida en un contrato resuelto». RIVERA, Julio César: «Contrato resuelto: subsistencia de la cláusula arbitral y conflicto de competencia», Rev. La Ley 01/07/2005.

¹¹³ En este dictamen se señaló que «todo convenio de jurisdicción arbitral es de excepción, desde que importa sustraer la cuestión de los jueces establecidos por la ley, y, en consecuencia, las cláusulas contractuales que someten los conflictos a arbitraje deber ser de interpretación restrictiva. Partiendo de esta premisa, estimo que, no obstante la amplitud de su redacción, la cláusula contractual que en la especie somete cualquier disputa, controversia o reclamación que resulte del contrato al juicio de árbitros, debe entenderse que se refiere, como principio, a todas aquellas cuestiones que se suscitaren mientras el contrato estuviera en vigor, y con relación a su inteligencia, alcances y planteos que hagan a su vigencia; mas, una vez resuelto el mismo, el reclamo por los daños y perjuicios derivados de dicha resolución señalada como incausada, debe interpretarse como que excede los términos de la referida cláusula compromisoria, para caer en la jurisdicción de los tribunales comerciales de nuestro país, salvo eventualmente una aclaración expresa en contrario».

Por nuestra parte, oportunamente hemos rebatido el razonamiento que lleva a la aludida teoría de la excepcionalidad,¹¹⁴ considerando que esta conclusión no sólo carece de sustento jurídico y lógico, sino que contradice abiertamente la correcta interpretación de las normas vigentes. Hemos dicho que si bien contiene premisas que son ciertas y se apoya en creencias que los abogados solemos tener como verdades indiscutibles, la argumentación contiene una fractura lógica, desde que la conclusión no es una derivación razonada de las premisas que conforman el silogismo.¹¹⁵

En efecto: es cierto que al pactar el arbitraje las partes están renunciado a la jurisdicción judicial.¹¹⁶ Puede asumirse como cierto —en tanto no es del todo inexacto— que la jurisdicción arbitral es de excepción. Pero el yerro en el razonamiento jurídico de la jurisprudencia consiste en dar al término «excepcional» una connotación que —en el caso— exorbita su verdadero significado. Porque la condición de «excepcional» de la jurisdicción arbitral puede predicarse únicamente en el sentido que sólo existe si las partes voluntariamente se sometieron a ella, lo que no significa que, una vez pactada, su extensión deba interpretarse restrictivamente. En una de sus acepciones, «excepcional» es antónimo de «general» o «natural», en tanto alude a un hecho que «constituye excepción de la regla común» o que «se aparta de lo ordinario». Valiéndose de la equívocidad del término, se dice que si la jurisdicción judicial es «natural», la arbitral, por definición, debe ser «excepcional». Y luego, recurriendo a un principio general del Derecho, se razona que «lo que es excepcional debe interpretarse restricti-

¹¹⁴ ZAMENFELD, Víctor y CAIVANO, Roque J.: «El arbitraje en materia societaria», Rev. El Derecho 194-152; y CAIVANO, Roque J.: «Jurisdicción arbitral y control judicial, con referencia al arbitraje societario», en Cuestiones Actuales de Derecho Empresario, en homenaje al profesor consulto Dr. Víctor Zamenfeld, ed. Errepar, julio de 2005, pp. 121/154.

¹¹⁵ Un silogismo es un argumento que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce necesariamente de las otras dos. El razonamiento en el que las premisas son verdaderas pero la conclusión no lo es, se denomina «falacia por afirmación del consecuente». La inferencia no es válida cuando no hay ninguna regla lógica que autorice a dar el paso de las premisas a la conclusión. Se trata de falacias formales: los argumentos parecen correctos (desde el punto de vista estrictamente formal del silogismo), pero lo que se dice en las premisas no es relevante con relación a la conclusión. Es claro, no obstante, que la lógica es un instrumento importante pero no suficiente para el control de los argumentos en las ciencias jurídicas. ATIENZA, Manuel: Las razones del Derecho (Teorías de la argumentación jurídica), ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

¹¹⁶ CNCiv., sala A, 13/6/72, Rev. El Derecho 50-463; ídem 3/6/76, Rev. El Derecho 69-393.

vamente». Pero la falla lógica radica en que no estamos aquí en presencia de una situación que sea excepcional en el sentido mencionado. Recurriendo, por analogía, a la teoría de los contratos, puede decirse que el sometimiento a arbitraje, más que «excepcional», es un elemento «accidental» del contrato en el que se incluye la cláusula arbitral, por existir sólo cuando hubiese sido inequívocamente incorporado.¹¹⁷ En otras palabras: es correcto afirmar que la sujeción de las partes a la jurisdicción del Poder Judicial es un elemento «natural» en cualquier contrato, desde que existe sin necesidad de pacto;¹¹⁸ pero la jurisdicción arbitral, aunque sea una excepción a ello, lo es sólo en el sentido de requerir una declaración de voluntad y no en el sentido de interpretar su extensión con carácter restrictivo en los casos en que ha sido inequívocamente pactada.

En conclusión. Si bien, como se vio, la doctrina de la excepcionalidad del arbitraje no es totalmente unánime, es intrínsecamente errónea y carente de fundamento conforme la legislación argentina, y fue esencialmente aplicada a la extensión objetiva antes que subjetiva del acuerdo arbitral, no es posible aseverar que la extensión del acuerdo arbitral a un no-firmante vaya a tener favorable acogida por los tribunales.

¹¹⁷ En materia contractual los conceptos «esencial», «natural» y «accidental» se utilizan para clasificar a los elementos del contrato. Así, se dice que consentimiento, capacidad, objeto y forma son elementos «esenciales» de todos los contratos porque sin ellos no hay contrato; las garantías por evicción y vicios redhibitorios son elementos «naturales» del contrato de compraventa, porque forman parte de él salvo pacto en contrario; mientras que son «accidentales» aquellos elementos que no existen si no son expresamente pactados, como la garantía de solvencia del deudor en la cesión de derechos (SALVAT, Raymundo M.: *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Vol. V, Fuentes de las Obligaciones, Tomo I, Contratos, ed. La Ley, 1946, p. 27).

¹¹⁸ Esta condición tiene, en general, reconocimiento constitucional. En nuestro caso, surge del juego de los artículos 18 y 116 de la Constitución Nacional. En otros casos, es más explícito: la Constitución Política del Perú afirma que «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes» (artículo 138); la Constitución española dispone que «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial...» (artículo 117 inciso 1); la Constitución mexicana establece que «El ejercicio del Poder Judicial del Estado se deposita en un órgano colegiado denominado Tribunal Superior de Justicia, en juzgados de primera instancia y de cuantía menor, que conocerán y resolverán las controversias que se susciten en el territorio de la Entidad» (artículo 88).

3.2.2. El caso «BASF»

En los pocos casos que ha tocado a nuestros tribunales examinar de manera directa quiénes están obligados por la cláusula arbitral, la decisión no fue favorable. Se trata de sendos casos, planteados ante las Cámaras Arbitrales de Cereales de Buenos Aires y Rosario, en que se discutía quiénes estaban obligados por la cláusula arbitral contenida en contratos de compraventa de cereales.

El origen de la cuestión se remonta a diversos contratos, mediante los cuales Basf Argentina S.A. [BASF] vendía granos a distintos compradores, negocios concertados con intervención de Capdevielle Kay y Cía. S.A. [Capdevielle] como corredor. Siguiendo una práctica usual en el comercio de granos, en los contratos se disponía que el comprador debía realizar el pago del precio al corredor (en el caso, Capdevielle), condición ésta que —además de ser «natural» en el comercio de granos—¹¹⁹ resultaba en el caso de una estipulación expresa por todos los firmantes del contrato (vendedor, corredor y comprador). Alegando que Capdevielle no había rendido cuentas ni pagado a Basf diversas sumas que aquel había percibido como consecuencia de una serie de contratos, Basf promovió demandas arbitrales contra Capdevielle. Basf justificó la competencia arbitral en la existencia de la cláusula arbitral contenida en los contratos de compraventa, los que —firmados por vendedor, comprador y corredor— preveían que *«Toda cuestión que surja con motivo de la celebración, cumplimiento, incumplimiento, prórroga o rescisión del presente boleto, será sometida a la resolución de la Comisión Directiva de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales...»*.

Aunque, como se verá, el resultado final es coincidente, ambos casos tuvieron distinta tramitación procesal, en razón de las diversas maneras de plantear la cuestión.

En el caso tramitado en Buenos Aires, Capdevielle planteó la incompetencia por vía de inhibitoria. Admitida ésta por el juez comercial, y rechazada por el tribunal arbitral, se llevó el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

¹¹⁹ Tan así es que, en las «Reglas y Usos del Comercio de Granos», recopilación de normas realizada por las Cámaras Arbitrales de Cereales y aceptada por todas las entidades que nuclean a los operadores de toda la cadena agroindustrial, se establece que «La intervención de corredor en la operación de compraventa implicará, salvo pacto en contrario, facultades concedidas por el vendedor para firmar en su nombre fijaciones, ampliaciones, anulaciones, rescisiones, prórrogas, recibos de mercadería, así como para facturar y percibir el precio» (artículo 9.1) [énfasis añadido].

como tribunal competente para resolver la contienda positiva de competencia que se había trabado entre el juzgado comercial y la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales.¹²⁰ Al resolver, la Corte, haciendo suyo el dictamen del Procurador Fiscal, atribuyó la competencia al juzgado comercial. Básicamente argumentó que «el juez natural para intervenir en los conflictos entre particulares es el Poder Judicial de la Nación» y que la prórroga de jurisdicción a favor de los árbitros «debe surgir del contrato que relacione a las partes en litigio y, conforme lo destaca el Fiscal de Primera Instancia, ello requiere una manifestación *concreta, clara y expresa* del consentimiento de las partes en favor del arbitraje» (énfasis añadido). En el caso, ponderó que si bien el corredor intervino en la celebración de los contratos y firmó los instrumentos que contienen la cláusula arbitral, esta última «claramente está referida a la intervención del órgano arbitral para la solución de diferendos que surjan entre vendedor y comprador, pero no entre el corredor y su comitente enajenante, los que discrepan en torno al resultado de la gestión del primero y la debida rendición de cuentas sobre los supuestos importes recibidos de los compradores».¹²¹

En el caso tramitado ante la Cámara Arbitral de Cereales de la Bolsa de Comercio de Rosario, Capdevielle no planteó la incompetencia del tribunal arbitral por vía de inhibitoria (como en Buenos Aires) sino por vía de declinatoria. Luego de examinar la cuestión, la Cámara Arbitral rechazó el cuestionamiento efectuado a su jurisdicción y dictó un laudo de condena contra Capde-

¹²⁰ Conforme la regla general del derecho argentino, las contiendas de competencia entre jueces deben ser resueltas por el tribunal jerárquicamente superior a ambos. En el caso, la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales actuaba como tribunal de amigables componedores, cuyo laudo –conforme el Reglamento y al artículo 771 del Código Procesal– es irrecorrible y sólo pasible de cuestionamientos a su validez, que deben plantearse por vía de acción o demanda autónoma de nulidad (sobre el tema remitimos a nuestros trabajos «Recursos en el arbitraje», Rev. de Derecho Procesal, ed. Rubinzal-Culzoni, N° 2, marzo de 1999, páginas 271 y siguientes; y más específicamente, «Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad», Rev. Jurisprudencia Argentina 1994-I-845). En situaciones como ésta, la inexistencia de un tribunal jerárquico común conduce a atribuir competencia para resolver la contienda a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con el artículo 24 inciso 7° del Decreto-Ley 1285/58 (texto según ley 21.708. Esta interpretación ha sido admitida por la propia Corte (CSJN, 16/6/1993, Rev. Fallos 316:1524; CSJN, 11/07/1996, in re S.A. Energomachexport c. Establecimientos Mirón SAICIFA, Rev. Fallos 319: 1287).

¹²¹ CSJN, 11/05/2004, in re Basf Argentina S.A. c. Capdevielle y Cía. S.A., Competencia N° 1651, XXXIX, Lexis-Nexis on line, N° 35000740.

vielle. Contra el laudo, ésta parte planteó recurso de nulidad. Argumentó que la inexistencia de un presupuesto básico de la Cámara Arbitral juzgadora —cual es su competencia— implica «la nulidad del laudo por violación de formas que asumen carácter sustancial para el dictado de pronunciamiento válido». Al resolver el recurso de nulidad, la Sala 2ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, hizo hincapié en la naturaleza convencional del arbitraje: «Siendo el arbitraje un método o modo de resolución de los conflictos, que tiene el propósito y efecto de sustraerlos de la jurisdicción de los jueces ordinarios, sometiénolos a la decisión de particulares como amigables componedores, investidos de funciones a tal fin, salvo excepciones (vgr. el arbitraje establecido en el artículo 417 del CPCC) tiene naturaleza voluntaria. Esto es, que para someter la solución de diferendos a árbitros, se requiere para ello el acuerdo de los interesados, a través del denominado compromiso arbitral». Interpretando, como lo había hecho la Corte Suprema, que la cláusula compromisoria contenida en los contratos estipula el arbitraje sólo para las cuestiones que se susciten «entre las partes intervinientes como vendedora y compradora», concluyó que «en tanto no se fundara el sometimiento a arbitraje en la existencia de un pacto arbitral entre Basf S.A. y Capdevielle, Kay y Cía. S.A. para la solución de las divergencias que pudieran plantearse entre ellas, con motivo de la actuación de esta última como corredora, representante de aquella en las contrataciones de terceros, corresponde hacer lugar a la nulidad del laudo arbitral N° 02/2003 de la Cámara Arbitral de Cereales de Rosario, por ser incompetente para actuar arbitrando en el caso».¹²²

4. Conclusiones

Como se ha dicho, el carácter voluntario del arbitraje impide que alguien sea obligado a someterse a la jurisdicción de los árbitros si no ha prestado su consentimiento para ello. La línea de pensamiento que ha ido desarrollándose en el derecho comparado no reniega de ese principio. Más bien lo ratifica. En lo que esta interpretación puede considerarse «innovadora» es en hacer flexible la parte formal del principio: a la vista de ciertas circunstancias de hecho particulares,

¹²² CApel.CyC Rosario, Sala 2ª, 8/07/2004, in re Basf Argentina S.A. c. Capdevielle, Kay y Cía. SACIFM, Expte. N° 210/2003, N° 254.

priorizando el fondo, la realidad, por sobre la forma o la mera apariencia, considera que la firma puesta en el instrumento no es la única forma de prestar el consentimiento para someterse a arbitraje. Estas doctrinas, en definitiva, permiten concluir que ha existido conformidad respecto del arbitraje, que se ha consentido en él, dadas ciertas conductas o situaciones de hecho, aun en ausencia de una expresa y formal aceptación.

De los antecedentes descriptos se desprende que, en el arbitraje internacional, es generalmente admitido, como cuestión de principio, que pueda hacerse parte en un arbitraje a una persona —física o jurídica— distinta de aquellas que firmaron el contrato conteniendo la cláusula arbitral. Sin embargo, debe anotarse que esta solución no es absolutamente unánime y que —aun en los casos que se admite— es excepcional y requiere que se acrediten ciertas situaciones de hecho. Una pretensión semejante sólo es admisible a condición de que se verifiquen ciertos presupuestos, cuya prueba está a cargo de quien, no siendo parte en el acuerdo arbitral, pretende prevalecerse de él o de quien, siendo parte en él, pretende llevar a un no-signatario al juicio arbitral. La mejor demostración de ello es que, en los casos que se admitió la participación de no-firmantes del acuerdo arbitral en el proceso, más allá del soporte teórico, el principal fundamento fue el reconocimiento de la situación de hecho subyacente.

Las teorías que se han elaborado y las soluciones dadas en el derecho comparado son perfectamente compatibles con régimen jurídico argentino, que contiene normas legales y principios generales que permiten adoptarlas. Sin embargo, la resistencia de algunos tribunales, que insisten en examinar el alcance del acuerdo arbitral con un criterio restrictivo —sin mayores argumentos y a contramano de la recta interpretación del ordenamiento— pone alguna sombra de duda respecto de la receptividad que tendría en la jurisprudencia.

Como aclaración final sobre el tema, conviene precisar que una cosa es admitir que un no-signatario pueda invocar la cláusula de arbitraje —o aún que ésta pueda serle oponible— y otra diferente es derivar de allí, en forma automática, que el no-signatario puede ser responsabilizado por los eventuales incumplimientos contractuales. Si bien puede existir una relación entre ambas situaciones, son aspectos diferentes. Como explica Suárez Anzorena, la imputación de los efectos de la cláusula arbitral opera en el marco de los poderes del tribunal arbitral y define los alcances de su jurisdicción, mientras que la responsabilidad opera en el marco del derecho sustancial que rige la relación entre las partes e implica evaluar los méritos de la demanda y, en su caso, determinar

sobre quién recaen las obligaciones del contrato. Si bien muchas veces las mismas circunstancias que determinan la extensión de los efectos del acuerdo arbitral sirven para determinar su responsabilidad por las consecuencias que se derivan del incumplimiento, «de una cosa no se sigue necesariamente la otra» ya que puede haber casos en que existan elementos para extender la jurisdicción arbitral a un no-signatario, pero no para establecer su responsabilidad a la luz del contrato.¹²³

¹²³ SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio: «Algunas notas...», op. cit., p. 71.