

EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA DOCTRINA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES*

Teresita de Jesús Escobar Vázquez**

Resumen. Con el tiempo, se ha ido desarrollando un derecho basado en las aportaciones de la práctica arbitral fundamentalmente, y que es propio de los grupos de sociedades. Este derecho se encuentra en armonía con las cambiantes necesidades del comercio internacional, ya que tiene sus bases en la *lex mercatoria*. La gran mayoría de los laudos arbitrales dictados bajo esta normativa, también suelen tener una fundamentación inspirada en concretas figuras del mundo jurídico, aceptadas universalmente, como lo son la representación, la estipulación en beneficio de un tercero, el *estoppel* o doctrina de los actos propios y la técnica del “levantamiento del velo” societario. Dicha cobertura argumental también se desarrolla al margen de toda legislación nacional y va creando un “acervo justificativo” de la extensión, en materia de grupos de sociedades, que aporta seguridad jurídica en el contexto de la ausencia de normativa *ad hoc*.

* Mi agradecimiento sincero al Mg. David Basualdo Argüello por su valioso aporte.

** Magíster en Educación con énfasis en Docencia Universitaria (2006). Doctoranda en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción (Paraguay). Coordinadora Académica de Posgrados en Ciencias Jurídicas de la Universidad Americana. Docente de Derechos Intelectuales. Correo:tescov@hotmail.com

1. Planteamiento general

1.1. Noción mercantil de los grupos de sociedades

La concepción de los grupos de sociedades tiene su origen en el seno del derecho mercantil. En numerosas obras de reconocidos autores pueden apreciarse interesantes aproximaciones al estudio de esta institución, de creación más o menos reciente. Algunos la describen brevemente como un conjunto de sociedades sometidas a una misma dirección económica (Broseta Pont, 1994, p. 231). Otros autores hacen una descripción más minuciosa, sin embargo, se destaca en todos los casos, como punto en común, la dirección unificada que presentan estas sociedades, nombrándose administradores o directores encargados de llevar adelante un proyecto destinado a la consecución de un fin común, formándose entre éstas empresas, una auténtica unidad económica.

Parece quedar claro que así lo sea, sobre todo teniendo en cuenta la relevante aportación de Rodrigo Uría con respecto al tema que nos ocupa, quien afirma que la unión de carácter financiero es un sistema de enlace capitalista que supone la participación de unas sociedades en el capital de otras, y que ofrece la ventaja de su gran flexibilidad, porque permite que se aumente o disminuya el número de las sociedades vinculadas, mediante una simple operación de adquisición o venta de acciones. Por último, la unión personal se produce por medio de la elección o nombramiento de administradores comunes. Este sistema constituye un instrumento de dirección y dominio de sociedades, en apariencia autónomas, que reporta no pocas ventajas de orden económico, suprimiendo concurrencias comerciales, asegurando colaboraciones, coordinando planes de producción..., etc. Por lo general, este sistema de unión personal es una consecuencia del anterior, pero aunque no esté unido a ese sistema de enlace capitalista es capaz, por sí solo, de dar vida a una verdadera unión de sociedades (Uría González, 1996, p. 361).

1.2. Estructura de las sociedades pertenecientes a un grupo

Todos los grupos de sociedades presentan una estructura bastante compleja, que es a la vez contradictoria y dual, pues está formado por dos facetas, una jurídica y otra económica. Esta dos facetas apuntan a sectores fundamentalmente opuestos; la jurídica nos muestra una realidad pluralista, y la económica lo hace señalando a la unidad.

Conviene dejar en claro, principalmente, que el grupo de sociedades no constituye en sí mismo un conjunto o unidad indisociable, de formación compacta u homogénea, ya que está formado por un número más o menos grande de empresas que la componen, y cada una de ellas está dotada de una personalidad jurídica propia e independiente, diferente del resto de las empresas del mismo grupo. Además, no podemos desconocer el hecho de que los grupos de sociedades también constituyen una unidad económica, en tanto que están sometidas a un régimen de control o dirección unificada que ejerce la matriz sobre sus filiales. Sin embargo, parece excesivo admitir, con el anterior fundamento, que la firma de una de las sociedades del grupo comprometa a las demás, porque sería desconocer la individualidad que, como personas jurídicas, poseen. Ahora bien, también es contrario a la realidad económica limitar, por razones puramente formales, los efectos de la convención arbitral cuando las sociedades del grupo han sido sujetos activos de la operación (Gill Minguillón, 2001, p. 102-112).

Debemos tener en cuenta esta realidad dual que representa el grupo de sociedades, sobre todo a la hora de dar una solución a los problemas de ampliación *ratione personae* del convenio arbitral a una o más sociedades no suscriptoras del grupo. De hecho, considerar solo la realidad económica, implicaría la extensión automática del convenio arbitral a todas las sociedades del grupo, por el único hecho de formar parte de él, lo cual reportaría dos consecuencias altamente negativas. Como primera medida se produciría la vulneración de la independencia jurídica de las sociedades que integran el grupo, y por otro lado, actuaría en detrimento de la naturaleza consensual propia de la institución arbitral.

Idéntico resultado obtendríamos si sólo se considerara la personalidad jurídica independiente que posee cada una de las sociedades que componen el grupo, es decir, la pluralidad jurídica que éste representa. Esta visión, que deriva de la concepción estrictamente formalista del convenio arbitral, provocaría que la cláusula arbitral no se pudiese extender a ninguna sociedad no suscriptora, lo cual, además de no permitir atender a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto favorables o desfavorables a la extensión, propiciaría un fraccionamiento del litigio y, consiguientemente, tanto un notable incremento de los costes y de los plazos como del riesgo de inconciliabilidad entre las sentencias falladas (por la jurisdicción estatal y por la arbitral) (Aguilar Grieder, 2001, p. 9).

Por ello parecería que ninguna de las dos concepciones pueda ser considerada de forma aislada, siendo justo afirmar que una ampliación de los efectos del convenio arbitral a una sociedad no suscriptora sólo debe ser permitida de forma excepcional, y debidamente justificada en cada caso. De conformidad con lo señalado, la doctrina que aquí exponemos adopta una postura ecléctica, en la que la sociedad que no haya suscripto el convenio arbitral sólo puede ser compelida a someterse a los efectos de dicho convenio, de manera excepcional y en los casos concretos que la justifiquen por los motivos y en base a las circunstancias que se expondrán durante el desarrollo del presente trabajo.

1.3. Relevancia práctica del estudio de la doctrina

La práctica comercial internacional ha demostrado que la aplicación estricta del principio de los efectos relativos del contrato produciría, que en numerosas ocasiones, las verdaderas partes contractuales se mantengan ocultas y al fin no resulten vinculadas por la cláusula arbitral. Actualmente, ni el art. II del Convenio de Nueva York ni los más modernos derechos del arbitraje exigen ya, firma del documento en que se contiene el convenio, sino referencia clara de las partes a las que vincula (Poudret, 1995, p.32). Contrariamente, la sola firma del convenio, puede no implicar la condición de parte contractual.

La misma práctica se ha encargado de dejar en evidencia que, ni todas las partes contractuales son necesariamente las firmantes del convenio arbitral, ni todos los que lo han formalmente suscrito tienen automáticamente la consideración de parte del contrato principal, y consiguientemente, de la cláusula arbitral que lo acompaña (Jarrosson, 1994, p.66). En el comercio internacional resulta de imperiosa necesidad que las partes contratantes sepan realmente quién o quiénes son los encargados de la toma de decisiones, a fin de evitar el juego de sociedades pantalla, que puede causar un grave perjuicio a sus intereses económicos. Es justamente la intención de la doctrina de los grupos de sociedades, también denominada teoría de la unidad económica del grupo, vincular a las verdaderas partes contractuales, en aras del principio de la buena fe que debe imperar en este tipo de negocios.

Es por ello que, a la hora de determinar las verdaderas partes contractuales, nos hallamos ante la novedad que la jurisprudencia ha venido resolviendo la cuestión al margen de las leyes nacionales, aplicando para el efecto usos del comercio internacional y principios del derecho de sociedades. En efecto, la doctrina de los grupos de sociedades encuentra una solución al problema que nos ocupa basándose en una perspectiva universalista o anacional, es decir, realizando un minucioso análisis caso por caso de las circunstancias concurrentes, al margen de cualquier legislación nacional. De esta forma se quiere lograr que la extensión de los efectos del convenio arbitral, de carácter excepcional, se presente debidamente justificada en cada caso.

Y. Derains y S. Schaf, partidarios de esta doctrina, consideran que las excepciones que posibiliten la extensión de los efectos del convenio arbitral deben surgir, no de una ley nacional que determine un sistema conflictual, sino de reglas anacionales. En general, los derechos nacionales suelen ser más rigurosos que el derecho transnacional cuando se trata de cuestiones que, en última instancia, van a provocar la extensión. En la práctica jurisprudencial, tanto arbitral como estatal, casi la totalidad de las sentencias que han admitido la extensión de los efectos del convenio arbitral, lo hicieron basándose en los usos del comercio

internacional y/o en los principios de la *lex mercatoria*, y no en una normativa nacional, lo que no quiere decir que la misma no deba justificarse debidamente en todos los casos.

Esta perspectiva anacional, impulsada por la teoría de la unidad económica del grupo, pretende sobre todo, aparte de dotar de eficacia a la administración de justicia, adaptarse a las mutables necesidades del comercio internacional, a la verdadera voluntad o expectativas legítimas de las partes y al mantenimiento del principio de la buena fe que debe regir en las relaciones comerciales. En opinión de G. Pluyette, el alejamiento de la cláusula arbitral, con respecto a la norma de conflicto (de un derecho nacional), se justifica desde el punto de vista de la eficacia y desde el consentimiento. Desde el ángulo de la eficacia, puesto que ésta desvinculación permite asegurar una verdadera eficacia al arbitraje internacional; y desde el consentimiento, ya que el papel principal del juez, que controla la regularidad de la sentencia, consiste en verificar la existencia del consentimiento, lo que implica la búsqueda de la común voluntad de las partes, y no de la ley determinada por un sistema conflictualista¹.

En definitiva, la mayor flexibilidad de los efectos del convenio arbitral propugnada por la teoría de la unidad económica del grupo en base a reglas anacionales, ha permitido que en el seno del arbitraje comercial internacional, sea factible oponer una cláusula arbitral a una o varias sociedades integrantes de un grupo que, sin haberla suscripto, verifiquen el cumplimiento de determinadas condiciones. De esta forma, en el caso de que se constate la equiparación de un grupo de sociedades a una verdadera unidad económica, se producirá finalmente la extensión de los efectos del convenio arbitral a las sociedades no suscriptoras de dicho convenio, que formen parte del grupo. Ello implica que los efectos del convenio arbitral ni se extienden automáticamente a todas las sociedades del grupo ni exclusivamente a las firmantes del mismo.

¹ G. Pluyette, *Débats*, TrCom.fr.dr.int.pr, 1991-1993, p. 109.

En el ámbito del arbitraje comercial internacional, no es que se niegue la autonomía jurídica de las sociedades de un grupo, sino que simplemente, ante determinadas circunstancias y de forma excepcional, se puede sobrepasar la realidad jurídica con el objeto de situarse sobre el campo económico. “La práctica judicial y arbitral, ante la concurrencia de determinadas circunstancias, han tendido, para apreciar la cuestión relativa al alcance y a los efectos del convenio arbitral, a considerar la realidad de los hechos, esto es, la económica, por encima del velo jurídico que los recubre”². Esta práctica arbitral y estatal, que se muestra a favor de los delineamientos de la teoría de la unidad económica del grupo, ha llevado a cabo en cada caso una valoración exhaustiva del conjunto de las circunstancias concurrentes, de modo a corroborar si corresponde o no la extensión de los efectos del convenio arbitral sobre las sociedades no suscriptoras pertenecientes al grupo.

La doctrina de los grupos de sociedades o teoría de la unidad económica del grupo, de origen jurisprudencial, es concebida como una creación llamada a conciliar y corregir los desacuerdos verificados entre dos posturas extremas, intentando un equilibrio entre el excesivo formalismo y la extensión automática del convenio arbitral, así como entre la realidad jurídica y la económica que poseen los grupos de sociedades. Esta doctrina nace y se desarrolla fundamentalmente de la práctica de los tribunales arbitrales conformados dentro del seno de la Corte internacional de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), y sus efectos no tardan en repercutir sobre las sentencias emitidas, especialmente por los tribunales o *courts d'appel* franceses.

En definitiva, se ha ido desarrollando con el tiempo, un derecho basado en las aportaciones de la práctica arbitral fundamentalmente, y que es propio de los grupos de sociedades. Este derecho se encuentra en armonía con las cambiantes necesidades del comercio internacional, ya que tiene sus bases en la *lex mercatoria*. La gran mayoría de los laudos arbitrales dictados bajo esta normativa, también suelen tener una

² Y. Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards*. Nota a Sent. Num. 3742/1983, JDI 1984, p. 910.

fundamentación inspirada en concretas figuras del mundo jurídico, aceptadas universalmente, como lo son la representación, la estipulación en beneficio de un tercero, el *estoppel* o doctrina de los actos propios y la técnica del “levantamiento del velo” societario. Dicha cobertura argumental también se desarrolla al margen de toda legislación nacional y va creando un “acervo justificativo” de la extensión, en materia de grupos de sociedades, que aporta seguridad jurídica en el contexto de la ausencia de normativa ad hoc.³

2. Origen y desarrollo de la doctrina de los Grupos de Sociedades

Cabe recordar que en este campo no existe legislación alguna que se encargue de regular las cuestiones relativas a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral. Se debe precisamente a este hecho que la jurisprudencia interpreta un papel imprescindible a la hora de dar una solución al problema que se nos plantea. Existe una gran cantidad de sentencias, tanto arbitrales como estatales, de las cuales algunas pasaremos a analizar a continuación, que se abocan a la difícil misión de proveer una solución justa y eficaz a la cuestión y que a la vez son responsables del nacimiento de un auténtico pensamiento jurisprudencial cada vez más consolidado en la materia.

Estas sentencias, emanadas tanto de tribunales arbitrales como estatales y que abordan la cuestión de la extensión de los efectos del convenio arbitral, son la demostración de que existe una práctica común cada vez más aceptada dentro de la esfera del comercio internacional, siendo los arbitrajes impulsados por instituciones como la CCI, CIRDI (Centro Internacional para el Reglamento de los Diferendos Relativos a la Inversión) y la Society of Maritime Arbitrators, entre otras, las encargadas de dar mayor impulso a la solución de las controversias en base a los mencionados principios, inspirados en las necesidades de la práctica

³ H. Aguilar, loc.cit, p.14.

comercial internacional.

Antes que desconocer el movimiento favorable a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral en el área de los grupos de sociedades, las sucesivas sentencias emitidas por los tribunales estatales, sobre todo franceses, han contribuido, en mayor o menor medida, a la formación y evolución de un derecho relativo a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral en esta materia, que se encuentra en constante formación y que constituye en la actualidad uno de los máximos exponentes del denominado derecho transnacional.

Sin embargo cabe aclarar que esta consagración no es total, ya que no todos los tribunales se han manifestado a favor de la práctica a la hora de decidir una controversia. En este hecho inciden cuestiones como la sede o lugar en donde tiene lugar el arbitraje, la institución que se encarga de llevar adelante el mismo, como así también la cuestión relativa a la nacionalidad del tribunal arbitral. Estos factores ejercen una influencia importante sobre el tribunal que deberá juzgar la cuestión. A modo de ejemplo cabe citar la experiencia de los tribunales tanto arbitrales como federales de Suiza, que han sido históricamente los principales opositores a la extensión de los efectos del convenio arbitral, al fundamentar sus sentencias exclusivamente en base a su derecho nacional que prohíbe expresamente este tipo de prácticas.

El análisis de algunas sentencias significativas, que se han mostrado favorables a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, nos permitirá comprender con mayor profundidad el desenvolvimiento de la noción de la doctrina de los grupos de sociedades. Para dicho efecto, a continuación se analizarán los argumentos esgrimidos en las sentencias y las circunstancias que rodearon a cada uno de los casos.

2.1. Precedentes

2.1.1. Precedente Mediato

Según la opinión de algunos autores, la sentencia de 1 de julio de

1973, dictada bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIRDI), denominada *Holiday Inns v. Morocco*, ya contenía algunos aportes relevantes con respecto a los elementos que configuran la doctrina de los grupos de sociedades.

Los hechos que rodearon esta importante sentencia fueron los siguientes: dos grupos americanos, el *Occidental Petroleum Corporation* (OPC) y el *Holiday Inns*, unidos entre sí por medio de un acuerdo de *joint venture*, celebraron con el gobierno de Marruecos un complejo proyecto industrial para la construcción de cuatro hoteles en dicho país. La mayor parte de los contratos que conformaban este proyecto fueron firmados por las sociedades matrices de ambos grupos. Sin embargo el acuerdo base fue concluido por las matrices en “nombre y por cuenta” de dos de sus respectivas filiales, *Holiday Inns S.A.*, *Glarus* (que todavía estaba en proceso de formación) y *Occidental Hotels of Morocco* (que debía ser creada para estos efectos). Cuando los conflictos surgieron, los dos grupos americanos presentaron una demanda de arbitraje ante el CIRDI, en cumplimiento de lo previsto en el acuerdo base, a lo cual se opuso el gobierno de Marruecos, basándose para ello en un enfoque excesivamente formalista.

El tribunal arbitral se basó, para la resolución del conflicto, sobre todo en el artículo 13 del *basic agreement* que reservaba expresamente a los dos grupos el derecho a ceder, a cualquiera de sus sociedades, ya fueran o no comunes, los derechos y obligaciones que pudiesen derivar del acuerdo. Acá notamos cómo el tribunal no recurre a ningún derecho nacional, sino que estudia directamente la voluntad de las partes contenidas en el acuerdo base, como así también el espíritu de los contratos que conformaban el complejo proyecto industrial.

En el análisis de los hechos más relevantes que rodearon al caso, y que al final fueron determinantes para la extensión de los efectos del convenio arbitral fueron los siguientes: En primer lugar, la gran flexibilidad y la ausencia de formalismo que imperaba con respecto a la designación de las sociedades del grupo que iban a asumir la responsabilidad de

ejecutar las obligaciones, como estaba establecido en el mencionado art. 13 del *basic agreement*. En segundo lugar, se puede notar que esta ausencia de formalismo produce un entrelazamiento de las obligaciones contractuales existente entre las sociedades que conformaban los dos grupos y la consiguiente consideración del conjunto del proyecto como un todo. En tercer lugar, los co-contratantes (autoridades marroquíes) dirigieron, indistintamente, las comunicaciones oficiales, relativas al proyecto industrial que se estaba llevando a cabo a las sociedades matrices, a sus filiales o al conjunto del grupo, es decir, consideraban a las filiales como parte integrante del contrato.

El tribunal arbitral, de esta forma, extendió los efectos del convenio arbitral a las filiales del grupo, sin embargo fundamentó jurídicamente los elementos fácticos haciendo uso de dos figuras o instrumentos previstos en la ley. El primero de ellos fue la subrogación, considerada ésta como un principio general del derecho. Por virtud de la subrogación, el garante queda subrogado en todos los derechos del deudor principal, incluyendo la cláusula arbitral, siempre que el primero haya ejecutado las obligaciones por él garantizadas. La otra figura jurídica a la cual recurrió el tribunal para la fundamentación fue la cesión, considerada esta también como un principio general del Derecho, y que se encontraba expresamente previsto en el artículo 13 del *basic agreement*. Con respecto a este punto el tribunal arbitral consideró que la cesión de obligaciones y de los derechos acarrea también la cesión del derecho de recurrir al arbitraje.

Gran parte de la jurisprudencia y la doctrina no reconoce a esta sentencia como antecedente de la teoría de la unidad económica del grupo, sobre todo porque sus fundamentos recurren a principios jurídicos genéricos, como lo son la cesión y la subrogación. Sin embargo, no se puede desconocer que la sentencia realiza algunos delineamientos básicos de la mencionada teoría.

2.1.2. Precedentes Próximos

Podemos considerar, según la opinión de la mayoría de los autores, a la Sentencia número 2375 del año 1975 dictada bajo los auspicios de la CCI como la verdadera precursora de la doctrina de la unidad económica del grupo. Esta sentencia supone el alejamiento de la práctica anterior, extremadamente sometida a cuestiones formales y el inicio de una nueva tendencia más acorde con las nuevas corrientes surgidas en la práctica comercial internacional. Posteriormente, la sentencia 4131/1982 (Dow Chemical), considerada como la consagración de la teoría de los grupos de sociedades, se refiere a la resolución que estamos por analizar, a fin de dotarla de fuerza y fundamento como precedente válido, utilizando estas palabras: “considerando que en este mismo sentido ya se han pronunciado tribunales arbitrales instituidos en el marco de la CCI; que las decisiones de éstos tribunales forman progresivamente una jurisprudencia que hay que tener en cuenta (...)”.⁴

Los hechos que dieron lugar a la sentencia son los siguientes: una sociedad francesa X (antigua filial de W) demandó, ante un tribunal arbitral con sede en París, a dos sociedades del mismo grupo, filial española Y (primera demandada) y matriz Z (segunda demandada), el pago de los gastos de preparación de una licitación encaminada a la ejecución de un proyecto de obras públicas en España. La susodicha demanda de arbitraje se fundaba en un protocolo, que contenía una cláusula arbitral previendo el arbitraje de la CCI, concluido entre dos sociedades matrices, la sociedad francesa W, que en el momento de la celebración del acuerdo controlaba a la sociedad X, y la sociedad matriz Z, incorporada a las Bahamas, que continuaba controlando a la sociedad Y en el momento de la presentación de la demanda. Las dos demandadas impugnaron la competencia del tribunal arbitral por considerar que ni la sociedad X podía invocar el convenio arbitral, ni a la sociedad Y podía serle opuesto, como consecuencia de no haber sido ninguna de las dos parte en el protocolo concluido por sus respectivas sociedades matrices.

Es menester señalar que en esta sentencia, igualmente el árbitro

⁴ Sent. 4131/1982. JDI 1983, p. 899.

no se basó en ninguna legislación nacional para solucionar la cuestión señalada; se remitió a las reglas generales del derecho, a los usos y a las costumbres, en definitiva, a la *lex mercatoria*. De igual forma, el árbitro, basándose exclusivamente en lo expresado por el contrato y los hechos que lo rodearon, decidió acerca de su competencia para entender el asunto.

En el análisis del caso, el árbitro rechazó la excepción de incompetencia planteada por las demandadas en base a los siguientes argumentos: que las dos sociedades matrices estipularon el protocolo litigioso tanto por ellas mismas como por sus filiales; que la empresa francesa matriz había reservado su participación en el proyecto a su filial; que la correspondencia revela que las partes se referían a las sociedades españolas como “grupo” y es incontestable que la filial española forma parte del grupo de la sociedad matriz española y que el consejo de directores de la compañía promotora está formado por dos directores por cuenta de la sociedad madre española y dos por cuenta de su filial. En este caso los árbitros dieron preeminencia al principio de unidad económica del grupo sobre su individualidad jurídica, si bien ésta se respetó, teniendo en cuenta que lo que motivó la vinculación de las sociedades no fue su simple pertenencia al grupo, sino la demostración fehaciente de activa participación de las demás sociedades en la operación económica.

Otro precedente digno de destacar es la Sentencia del tribunal arbitral de la CCI número 1434 del año 1975,⁵ la cual decidió, ante la concurrencia de circunstancias muy propicias a la extensión, ampliar el alcance del convenio arbitral a las sociedades no suscriptoras del grupo A, recurriendo para ello de un modo implícito y vago, a la figura jurídica de la representación tácita.

En ella, los hechos son los siguientes: a un tribunal arbitral, con sede en Ginebra, le correspondió resolver acerca de las condiciones de

⁵ Sent. 1434/1975, JDI 1976, p. 978.

ejecución de dos contratos, concluidos por una sociedad estatal del país B, ciertas sociedades del grupo A y M.A. (siendo éste el principal dirigente del grupo A). Estos dos contratos, que contenían cláusulas arbitrales previendo el arbitraje de la CCI, se inscribían dentro del marco de un proyecto complejo de relaciones contractuales, encaminadas a la construcción de una fábrica, así como a su posterior dirección técnica por el grupo multinacional A en un país en vías de desarrollo (país B). Al tribunal arbitral correspondía resolver, en primer lugar, si el convenio arbitral era oponible únicamente a las sociedades firmantes de los dos contratos, donde el mismo se encontraba, o si debía vincular al conjunto del grupo A.

Tampoco se ha recurrido al Derecho nacional en este caso para resolver la situación planteada, sino al “espíritu de los contratos” a la “realidad económica” y a la “*lex mercatoria*”. Debido a la confusión producida por los dispares términos del contrato, los árbitros procedieron a la búsqueda de la voluntad común real de las partes, siendo ésta el fundamento principal de la decisión del tribunal arbitral, partiendo de un concepto económico de la noción de grupo de sociedades.⁶

El análisis realizado se basa sobre todo en la observancia de una gran flexibilidad a la hora de designar a las sociedades del grupo A que debían intervenir en la operación y con una evidente falta de formalismo, lo que produjo en el co-contratante (país B) la idea de estar tratando con todo el grupo como una auténtica unidad. Otro factor importante para la extensión fue el entrelazamiento entre las obligaciones de las empresas del grupo A en la ejecución del contrato.

Por último, los árbitros concluyen que el índice revelador de la voluntad de las partes, más que el examen de los documentos por éstas intercambiados, se deducía de la práctica consistente en la intervención de los grupos de sociedades en la conclusión de acuerdos industriales internacionales,⁷ motivo por el cual se mostraron a favor de la extensión

⁶ Y. Derains, *Collection of ICC arbitral awards*. Nota Sent. CCI num. 1434/1975, p. 983.

⁷ Y. Derains, *Íbidem*.

de los efectos de la cláusula arbitral en este caso en concreto.

Otra sentencia que constituye, de alguna u otra forma, un precedente de la doctrina de los grupos de sociedades es la sentencia número 1510 de la Sociedad de Arbitraje Marítimo de Nueva York de 28 de noviembre de 1980, la cual presenta como característica, el hecho de que incita a pensar que la sola pertenencia a un mismo grupo de sociedades constituye razón suficiente para extender el convenio arbitral a todas las sociedades de un mismo grupo que presenten interés en las actuaciones, sin hacer referencia a que las sociedades afectadas por la extensión hayan o no participado efectivamente en la operación litigiosa. Es decir, esta sentencia basa la extensión de los efectos del convenio arbitral en el mero interés de las sociedades no firmantes en las actuaciones, y no en la participación efectiva que demuestre una voluntad clara de integrar como parte las estipulaciones contractuales. Este hecho, como se estudiará más adelante, podría provocar graves perjuicios a la institución arbitral, por la ausencia de una manifestación, aunque sea tácita, de la voluntad de las partes de someterse a un arbitraje.

2.2. Consagración de la doctrina

Definitivamente es la sentencia número 4131 del año 1982, caratulada como “Dow Chemical v. Isover Saint Gobain”, dictada bajo los auspicios de la CCI, la que verdaderamente consagró la teoría de la unidad económica del grupo, y delimitó su contenido concreto.

Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera: Un grupo multinacional americano (Dow Chemical) celebra, en momentos distintos, con un grupo multinacional francés (Isover Saint Gobain) dos contratos para la distribución en Francia, por esta última sociedad, de productos destinados al aislamiento térmico. Cada uno de estos contratos contenía un convenio arbitral, que preveía el arbitraje de la CCI. Con motivo de la ejecución del contrato, tres de las filiales del grupo Dow Chemical, así como la sociedad matriz, presentaron una demanda de arbitraje ante la CCI contra a la sociedad Isover Saint Gobain.

Esta sentencia, al igual que sus predecesoras, señaló expresamente que no era necesario acudir a un derecho nacional (en base al art. 8 apartado 3° y 4° del Reglamento de la Corte de Arbitraje del la CCI) para determinar la cuestión de la competencia de los árbitros con respecto a las sociedades de un grupo no suscriptor del convenio arbitral. De esta forma, la sentencia se basa en un doble fundamento; la voluntad común de las partes y en los usos del comercio internacional. La sentencia expresamente señala que: “el tribunal determinará el alcance y los efectos de las cláusulas arbitrales de que se trata, y deducirá de ellas su decisión relativa a la excepción de incompetencia, fundándose en la común voluntad de las partes en el presente procedimiento, tal y como se deriva de las circunstancias que han rodeado la conclusión y caracterizado la ejecución y después la terminación de los contratos donde figuran, y teniendo igualmente en cuenta, a semejanza de la jurisprudencia francesa relativa al arbitraje internacional, los usos conforme a las necesidades del comercio internacional, especialmente tratándose de un grupo de sociedades”, cerciorándose en todo caso, de que la solución por el adoptada, sea compatible con el orden público internacional.⁸

Para determinar la voluntad común de las partes, el tribunal arbitral recurrió a un análisis pormenorizado de los hechos y los acontecimientos que rodearon la conclusión, ejecución y terminación del contrato. Procediendo de esta forma, comenzaron a estudiar la correspondencia y los demás documentos intercambiados, como así también, en los términos en que estaban redactados los contratos. Del análisis se obtuvieron los siguientes hechos: 1) La filial francesa era de hecho la que en mayor medida se comunicaba con el grupo francés (por medio de reuniones, correspondencia, redactando el proyecto del contrato, etc.) 2) Estaba previsto en los términos del contrato que las entregas objeto del mismo, podían efectuarse a través de cualquier filial perteneciente a la sociedad matriz del grupo americano. Esta flexibilidad y ausencia de formalismo en las designaciones de las sociedades del grupo que iban a

⁸ Sent. 4131/1982, J.D.I. 1983, p.901

encargarse de la ejecución del contrato pone de manifiesto la importancia secundaria que tales designaciones tenían, lo que demuestra un desinterés del grupo francés al hecho de que el contrato fuese firmado por una u otra sociedad. 3) Es la filial francesa la que de hecho efectuó las entregas que caracterizaban la ejecución de ambos contratos, así como la que había cumplido las restantes tareas atribuidas al vendedor (como conceder la ayuda técnica al distribuidor) 4) La correspondencia hacía referencia, sin más especificaciones, a que se había concluido el contrato con el grupo Dow Chemical, de lo que se deduce la intención de las partes de no conceder ningún significado al hecho de haber firmado el contrato unas sociedades y no otras. 5) La filial francesa había desempeñado un papel esencial en la rescisión del contrato de distribución, ya que los actos que consagraban esta rescisión tuvieron lugar entre ella y la sociedad Isover Saint Gobain, lo que evidencia que la filial francesa actuó y fue tratada por su co-contratante como una verdadera parte contractual. 6) Por último, resulta de las circunstancias del caso que las relaciones contractuales no se podrían haber formalizado sin el consentimiento de la sociedad matriz americana, ya que ésta era la propietaria de las marcas con las que los productos objeto del contrato, debían ser comercializados en Francia. Esto permite concluir que la sociedad matriz era el pivote de las relaciones contractuales establecidas entre ambos grupos.

La consagración de la teoría de la unidad económica del grupo parece encontrarse en las palabras que siguen a continuación, y que hacen referencia al uso del comercio internacional que la noción del grupo de sociedades constituye. Señala expresamente la sentencia que: “un grupo de sociedades posee, a pesar de la personalidad jurídica distinta perteneciente a cada una de éstas, una *realidad económica* única que el tribunal arbitral debe tener en cuenta cuando resuelve sobre su propia competencia, en aplicación del artículo 13 o del artículo 8 del Reglamento de la CCI.” Estas palabras adquieren aún más relevancia al final de la sentencia, por el hecho de que las mismas son inspiradas en “regla

material no estatal, deducida únicamente de la *lex mercatoria*⁹ en donde se afirma que “la cláusula arbitral expresamente aceptada por ciertas sociedades del grupo, debe ligar a las otras sociedades, quienes por el papel que han jugado en la conclusión o en la terminación de los contratos que contienen las susodichas cláusulas, aparecen según la común voluntad de todas las partes en el procedimiento, como habiendo sido verdaderas partes en los contratos, o como estando referidas, en primer lugar, por éstos y por los litigios que de ellos pueden derivar (...) que las decisiones de éstos tribunales forman progresivamente una jurisprudencia que es necesario tener en cuenta, pues deduce las consecuencias de la realidad económica y es conforme a las necesidades del comercio internacional, a las cuales deben responder las reglas específicas, progresivamente elaboradas, del arbitraje internacional”.¹⁰

2.3. Ratificación y límites

La solución adoptada por la sentencia Dow Chemical ha sido fielmente acogida por numerosos laudos arbitrales a través de los años. A modo de ejemplo, estudiaremos en este trabajo dos sentencias, describiendo en cada una de ellas la importancia que reviste a los fines de sentar las posturas y fijar los límites verdaderos a la doctrina de la unidad económica del grupo.

La primera de ellas es la Sentencia CCI número 5721/1990, cuya fundamental aportación consiste en establecer expresamente los límites inherentes a la doctrina de los grupos de sociedades, según la valoración efectuada por Otto Sandrock en su obra del año 1993. A fin de comprender a cabalidad la postura que adopta el tribunal en la sentencia, citaremos a continuación un fragmento de singular importancia: “en resumen, la pertenencia de dos sociedades a un mismo grupo o la dominación de un accionista no son jamás, por sí mismas, razones suficientes que justifiquen de pleno derecho el levantamiento del velo social. Sin embargo, cuando una sociedad o una persona individual

⁹ I. Fadlallah, *Travaux du comité français de droit international privé*: CNRS, 1984-1985, p. 110.

¹⁰ J.D.I. 1983, p.904.

aparecen como el pivote de las relaciones contractuales acontecidas en un asunto particular, conviene examinar con cuidado si la independencia jurídica de las partes no debe, excepcionalmente, ser descartada en beneficio de un juicio global. Se aceptará tal excepción cuando se manifieste una confusión mantenida por el grupo o por el accionista mayoritario.”¹¹ Con estas palabras el tribunal arbitral deja en claro que la extensión de los efectos de la cláusula a una sociedad no firmante es la excepción, debiendo ser debidamente justificada en cada caso.

La Sentencia número 6519 del año 1991, dictada bajo los auspicios de la CCI, al igual que la anterior, también realiza un valioso aporte a los fines de la delimitación del alcance de la doctrina instaurada por la Sentencia Dow Chemical, y lo hace con las siguientes palabras: “...sin negar la realidad económica que puede constituir la existencia de un 'grupo de sociedades', los efectos de una cláusula arbitral no pueden extenderse a sociedades no firmantes que tengan una personalidad jurídica distinta, más que cuando hayan sido representadas efectiva o implícitamente, o cuando hayan jugado un papel activo en las negociaciones que han precedido, o incluso cuando estén directamente referidas por el acuerdo en el seno del cual figura la cláusula arbitral (...) con la exclusión de las que no han sido finalmente más que los instrumentos de una operación financiera entre las manos de un accionista mayoritario que ha utilizado a su voluntad las acciones de las cuales era propietario en el seno de estas sociedades”¹²

En otros casos posteriores, como las sentencias 6673 del año 1992 y la 7155 del año 1993, ambas de la CCI, los respectivos tribunales arbitrales no hicieron lugar a la extensión de los efectos del convenio arbitral, por no quedar fehacientemente demostrado que las sociedades no suscriptoras de la cláusula hayan participado efectivamente de las operaciones litigiosas. Esto demuestra que ni aún la institución en donde tiene su origen la teoría de los grupos de sociedades es proclive de la extensión automática de los efectos a las sociedades no suscriptoras del

¹¹ J.D.I. 1990, p.1024.

¹² J.D.I. 1991, p.1066.

grupo por el simple hecho de pertenecer a él. Por el contrario, esta teoría nace y se desarrolla con las directrices bien claras, admitiendo la extensión sólo en los casos que se encuentren debidamente justificados.

2.4. Confirmación de la doctrina por los tribunales estatales europeos

La primera sentencia estatal de la cual se tiene registro, que hizo lugar a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral invocando la teoría de la unidad económica del grupo, fue de fecha 6 de octubre de 1977, en el caso *Roussel-Uclaf*, del Tribunal Supremo inglés. La misma se ha basado en un enfoque objetivo, ya que el tribunal parece fundarlo sobre la premisa de una buena administración de justicia, es decir, sobre los problemas inherentes, a la concurrencia de un doble procedimiento, uno arbitral y otro estatal, en relación con una misma cuestión¹³.

La principal aportación de la sentencia consistió en la siguiente afirmación: Evidentemente, si el procedimiento arbitral así los decide, puede eventualmente ocurrir que la sociedad matriz sea culpable y no tenga ningún derecho a vender los artículos en cuestión; y, en este caso, la filial va a ser igualmente culpable. Pero, si la matriz es inocente, parece de sentido común que la filial sea igualmente inocente. Las dos partes y sus acciones están, a mi juicio, tan estrechamente relacionadas en este caso que sería correcto afirmar que la filial puede establecer que está dentro del alcance de la cláusula arbitral, sobre la base de que está demandando 'por o para' la matriz (...)¹⁴.

La confirmación estatal más relevante que terminó por consagrar la teoría de los grupos de sociedades fue la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 21 de octubre de 1983, que desestimó el recurso de anulación interpuesto contra la sentencia arbitral en el asunto *Dow Chemical*, confirmando la sentencia arbitral con las siguientes palabras: "...resulta de la combinación de los artículos 8, 11 y 13 in fine de este reglamento

¹³ Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman. *Traité de l'arbitrage commercial international*, p. 305.

¹⁴ Y.C.A., 1979, p.320.

(CCI) que, para resolver sobre su competencia, el árbitro debe tener en cuenta especialmente la voluntad expresada sobre este punto por las partes y los usos del comercio internacional (...); considerando que por una interpretación soberana de los contratos y de los documentos intercambiados durante su negociación y su rescisión, los árbitros han juzgado, al término de una motivación pertinente y exenta de contradicción, que, siguiendo la voluntad común de todas las interesadas, las sociedades Dow Chemical France y Dow Chemical Company habían sido partes en estos contratos aunque no los hayan materialmente firmado, y que la cláusula arbitral les era desde entonces aplicable; Que ellos también han recurrido accesoriamente a la noción de 'grupos de sociedades' cuya existencia a título de uso del comercio internacional no es necesariamente impugnada por la demandante"¹⁵. Según la opinión de una autora, lo que verdaderamente llevó a la Corte a ampliar el alcance del convenio arbitral a las dos sociedades no firmantes fue la afirmación de una *voluntad común* de las partes de querer que dichas dos sociedades participasen de forma efectiva en la operación litigiosa (Aguilar Grieder, 2001, 152-153).

De la misma forma, la Sentencia de la *Cour d'appel* de Pau, de fecha 26 de noviembre de 1986 (Sponsor A.B. v. Lestrade), no se limitó solo a continuar la tendencia confirmada por la sentencia Dow Chemical, sino que además, según la opinión de varios autores, logró posicionar a la doctrina de los grupos de sociedades en su punto más álgido. Lo hizo con éstas palabras: "...está admitido en Derecho que la cláusula arbitral expresamente aceptada por ciertas sociedades del grupo debe ligar a las otras sociedades quienes por el papel que han jugado en la conclusión, en la ejecución o en la terminación de los contratos que contienen las susodichas cláusulas, aparecen según la común voluntad de todas las partes en el procedimiento como habiendo sido verdaderas partes en estos contratos, o como estando referidas, en primer lugar, por éstos y por los litigios que de ellos pueden derivar. En efecto un grupo de sociedades posee (...) una realidad económica única, que los tribunales

¹⁵ Rev. Arb., 1984, p.100-101.

deben tener en cuenta”¹⁶. Resulta destacable sobre todo que la sentencia haya recurrido a la noción de los grupos de sociedades, esto es, a la consideración de la realidad económica por éstos configurada, añadiendo que dicha configuración constituye un uso del comercio internacional (Aguilar Grieder, 2001, 155).

En las dos sentencias citadas anteriormente podemos notar que la *Cour d'appel* ratifica la decisión de los árbitros de basar su decisión de extensión primordialmente en la voluntad común de las partes, así como en los usos del comercio internacional, los cuales reconocen la noción de los grupos de sociedades¹⁷. Sin duda, resulta lo más interesante en estas sentencias, la confirmación de que la tendencia por ellas impuestas están admitidas en Derecho. Esta cuestión evidentemente produjo duras críticas por parte de un sector de la doctrina, que se oponían a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral por motivos no contemplados estrictamente en las normativas nacionales. Sin embargo, otro sector doctrina igualmente importante, aunque consideró tal vez un poco prematura a esta confirmación estatal, destacó sobre todo la fuerza y la magnitud que había ido adquiriendo en tan breve tiempo la teoría de la unidad económica del grupo.

Igualmente, las Cortes de Apelación francesas, siguieron fundamentado sus sentencias en base a los principios de la doctrina de los grupos de sociedades con posterioridad al caso Dow Chemical, lo que siguió produciendo críticas por parte de sus detractores. Aun así vale la pena hacer breve mención a dos sentencias importantes. La primera de ellas es de fecha 31 de octubre de 1989, dictada en el caso “Société Kis France e autres v/Société Générale el autres”, en la que la *Cour d'appel* de París constató el estrecho entrelazamiento existente entre las obligaciones recíprocas de las partes así como de la situación de dominio de las dos sociedades matrices con respecto de sus filiales sometidas a sus decisiones comerciales y financieras, deduciendo una voluntad común de las partes de extender los efectos del convenio arbitral a las

¹⁶ Rev. Arb., 1988, p.156.

¹⁷ Rev. Arb. 1992 pp. 90- 94.

filiales no suscriptoras. En el siguiente caso la *Cour d'appel* de París en "Orri v. Sociedad de Lubricantes Elf Aquitaine", en fecha 11 de enero de 1990 dictó una sentencia que se ha convertido en precedente de referencia obligada, por cuanto contiene un criterio de extensión en función de la situación y actividad de cada sociedad en el marco de las relaciones comerciales que le unen con otra u otras. El aporte más resaltante de la misma señala: "Según los usos del comercio internacional, la cláusula compromisoria inserta en un contrato internacional tiene una validez y una eficacia propias que ordenan extender su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y los litigios que de ello pudieran derivarse, desde que queda establecido que su situación contractual, sus actividades y relaciones comerciales habituales entre las partes hacen presumir que éstas han aceptado dicha cláusula, de la cual conocían las existencia y alcance aunque no hayan sido signatarias del contrato que la estipulaba"¹⁸.

3. Presupuestos para la extensión subjetiva del convenio arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo según la doctrina

3.1. Pertenencia de la sociedad no suscriptora a un grupo de sociedades

La doctrina de la unidad económica del grupo exige, como presupuesto previo necesario para ampliar el alcance subjetivo de la cláusula arbitral, la pertenencia de la empresa no signataria a un grupo de sociedades. Es decir, la sociedad que pretende o a la que se pretende extender el convenio arbitral, debe pertenecer a un grupo de sociedades.

Entre los problemas que se presentan generalmente en éste ámbito, uno habitual es aquel que se da con la mayor o menor integración de los grupos. En aquellos grupos donde el control de la matriz sobre sus filiales es mayor, también será mayor la subordinación de éstas a sus

¹⁸ J.D.IN° 1, 1991, p.14.

decisiones y acuerdos, con lo que se favorece en mayor medida las posibilidades de extensión de los efectos del convenio. Sin embargo, la cuestión no resulta muy clara cuando dicho control es menos manifiesto, por lo que será necesario un análisis más minucioso del tribunal a fin de determinar dicho extremo.

En este orden de cosas, otro problema que se plantea frecuentemente es el del momento en que es necesaria la pertenencia a un grupo de sociedades para poder hacer efectiva la aplicación de la teoría de la unidad económica del grupo. La no pertenencia a un grupo de sociedades en el momento de suscitarse el litigio o de presentarse la demanda, no supone un obstáculo a la extensión de los efectos del convenio arbitral a dicha sociedad, siempre que las circunstancias concurrentes así lo justifiquen (Jarrosón, 1994, p. 221). Como lo sostienen Y. Derains y S. Schaf en su obra ya citada, el hecho de tener cada una de las sociedades del grupo su propia personalidad jurídica no excluye que cuando una de dichas sociedades ya no forme parte del grupo pueda beneficiarse o resultar afectada por la cláusula arbitral. Ello en modo alguno implica que no se exija el requisito de la pertenencia a un grupo de sociedades, sino que este presupuesto previo es suficiente con que concurra en un momento determinado (Derains, 2010, p.231).

En todo supuesto de arbitraje se distinguen tres momentos fundamentales, el de la suscripción de la cláusula arbitral, aquel en el cual se suscita la controversia y el de la presentación de la demanda. Según la opinión brindada por la sentencia CCI 2375 del año 1975, el punto de referencia para valorar si una sociedad pertenece o no a un grupo de sociedades, a fin de estudiar la factibilidad de la extensión de los efectos del convenio arbitral, debe de ser el momento de conclusión del contrato en el cual aparece incluida la correspondiente cláusula arbitral. Esta postura vendría fundamentada sobre todo por razones de previsibilidad que debe existir al momento de la celebración del contrato, debido a que las partes deben poder prever a quién o a quiénes se podría extender sus efectos en el supuesto de concurrir determinadas circunstancias que así lo justifiquen (Aguilar Grieder, 2001, 18).

La estructura de grupo, por las características que presenta, es especialmente proclive a que se produzcan intromisiones de unas sociedades sobre otras. De ello se deriva que el ámbito de los grupos de sociedades sea el más adecuado para la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral, pero esto, de ningún modo significa que la misma pierda su carácter de excepcional o que sea fácil de conseguir. La pertenencia a un grupo de sociedades, de ninguna manera, tiene el valor de una presunción de extensión de los efectos de la cláusula arbitral a los demás miembros del grupo, siendo sólo un mero principio de prueba de la oponibilidad del convenio arbitral a la sociedad no suscriptora, que deberá ser completado para ser operativo.

3.1.1. Insuficiencia del criterio de pertenencia como factor de ampliación

Como ya se ha expuesto en el apartado anterior, queda claro que la pertenencia de una sociedad a un grupo de sociedades, dentro de un momento determinado, constituye un presupuesto previo necesario para la aplicación de la doctrina de los grupos de sociedades. Ahora bien, tal como se desprende de la jurisprudencia analizada líneas más arriba, el sólo hecho de la pertenencia de una sociedad no firmante al mismo grupo que la suscriptora no es en ningún caso, un requisito suficiente para que se verifique la extensión del convenio arbitral de forma automática.

A todas las sociedades constituidas legalmente el derecho las dota de personalidad jurídica. Este reconocimiento posibilita que cada una de las sociedades tenga autonomía patrimonial. Por este motivo, en el ámbito de los grupos de sociedades, no sólo existe una separación e independencia patrimonial entre las sociedades que la componen, sino también entre cada una de estas empresas y sus socios. Esta condición particular del derecho de sociedades, impide que se pueda extender directamente los efectos del convenio arbitral a las empresas no suscriptoras, respetando la individualidad y la autonomía de cada una de ellas.

Tal como lo manifestó I. Fadlallah en su obra ya citada con respecto al tema que nos ocupa: “El grupo no es considerado en sí mismo como un principio de integración que acarrea de pleno derecho la transparencia en su seno (...) el grupo no es únicamente principio de unidad, es también principio de diversidad y de división del trabajo, y organización de la limitación de la responsabilidad. Como consecuencia de la legitimidad de la limitación de la responsabilidad, si las obligaciones suscritas por una de las sociedades del grupo son ejecutadas exclusivamente por ella misma, no habrá que plantearse la cuestión relativa a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a ninguna otra sociedad del grupo, ya que de este modo no ha habido lugar a ninguna confusión”¹⁹.

En el caso de que se reconozca la posibilidad de extender los efectos de la cláusula arbitral a una sociedad que no ha suscripto la misma, de forma directa y automática, por la sola pertenencia a un grupo de sociedades, se estaría cometiendo un desconocimiento y por consiguiente una violación de la autonomía jurídica de aquella. Y como si esto fuera poco, se cometería un gran atropello contra la naturaleza consensual del arbitraje. La voluntad de las partes de someterse a una cláusula arbitral es, de hecho, la misma esencia del arbitraje, por lo que debe procederse con extrema cautela a la hora de ampliar el alcance subjetivo de dicho convenio.

La existencia de un grupo de sociedades no crea una presunción simple de existir relaciones recíprocas activas en el interior del grupo considerado, sino que simplemente constituye un terreno particularmente favorable para que se produzcan estas intromisiones²⁰. En términos similares se ha expresado otro autor que señala lo siguiente: “los grupos de sociedades no son por sí mismos un factor automático de extensión, todo lo más, la existencia de un grupo es una tierra particularmente fértil para la aplicación de los mecanismos contractuales (utilizados por la jurisprudencia) en materia internacional, la existencia de un grupo de sociedades crea no una presunción, sino un índice que permite considerar

¹⁹ I. Fadlallah, loc.cit, 1984-1985, p. 27.

²⁰ A. Chapelle. Nota a Sent. De la Corte de apelación de París de 21/10/1983.

más fácilmente la extensión de la cláusula arbitral” (Jarrosso, 1994, p. 132). Es imprescindible tener en cuenta que la pertenencia jurídica a un grupo de sociedades, no significa, por sí sola, la vinculación al arbitraje, ni contradice el efecto relativo de los convenios arbitrales (Sandrock, 1993, p. 634).

Sin embargo, en numerosas ocasiones, se han registrado prácticas dentro de este grupo de empresas que demuestran una voluntad de someterse al convenio arbitral suscripto por otra empresa del grupo. En estos casos, las empresas no suscriptoras desean, o por lo menos, actúan como si quisieran quedar vinculadas por dicho acuerdo y que la diversidad de las sociedades del grupo pase desapercibida. Son éstos casos específicos en los cuales debe reconocerse las expectativas legítimas de las partes involucradas, concediéndoles la extensión o ampliación de los efectos del convenio arbitral.

3.2. Voluntad común de las sociedades implicadas.

Respetando la esencia del arbitraje, la jurisprudencia ha dejado en claro que, la ampliación de los efectos de la cláusula arbitral sólo se produce en los casos en que existe una voluntad común de los suscriptores de considerar como auténtica parte contractual a la sociedad que no suscribió materialmente el acuerdo.

Se trata de descubrir si la sociedad no firmante ha manifestado su voluntad de quedar vinculada por el contrato principal y por la cláusula arbitral en él inserta; así como si tanto la sociedad firmante, como el tercero, esto es, la persona ajena al grupo que con ella ha contratado, han aceptado dicha voluntad de la sociedad no firmante considerándola, por tanto, como verdadera parte contractual (Derains, 2010, p.241).

La jurisprudencia deja en claro que lo realmente importante no es la forma en que la voluntad común de las partes quede demostrada, siempre y cuando exista la certeza de la existencia de dicha voluntad. Esta demostración puede ser complicada en ocasiones, sin embargo, la

misma jurisprudencia aporta numerosos elementos a tener en cuenta en el análisis de las relaciones entre las partes, y que son capaces de demostrar con certeza la existencia o no de voluntad común a la hora de considerar a la sociedad no suscriptora como verdadera parte contratante. Por tal motivo se sostiene que esta voluntad debe ser debidamente probada en cada caso.

Con respecto al momento en el cual debe existir esta voluntad, la jurisprudencia ha señalado que no hay necesidad de que la misma exista al momento de la suscripción del convenio arbitral, esta se puede presentar en cualquier tiempo siempre que sea anterior al momento en el cual surge la controversia. Esto se debe a que en un momento posterior, la voluntad vendrá determinada por los concretos intereses en juego.

Según la opinión acertada de un autor es preciso tener en cuenta que la voluntad de no firmar un contrato no equivale necesariamente a la de no ser parte en el mismo, siendo éstas dos nociones diferentes. No es infrecuente que una sociedad que no sea parte de un contrato al principio, se convierta en tal en el transcurso de la ejecución, por actos de ejecución que expresen su adhesión o ratificación (Derains, 2010, p.241).

3.3. La participación efectiva como manifestación tácita de la voluntad

Como ya se trató en los apartados anteriores, la teoría de la unidad económica del grupo sostiene que, para que se practique la extensión de los efectos de la cláusula arbitral entre las partes, es necesario que exista una voluntad común entre los suscriptores y las sociedades no suscriptoras. Esta voluntad puede ser manifestada de forma directa, a través de la firma del convenio arbitral, pero en algunas ocasiones, esta manifestación de la voluntad de someterse a las estipulaciones del convenio puede ser manifestada tácitamente, a través de actos concretos de participación que demuestren ese interés. Para su demostración, la citada teoría ha recurrido al análisis caso por caso, método que permite estudiar detalladamente las relaciones contractuales concurrentes de

forma individual.

En este análisis minucioso, tanto los tribunales arbitrales como los estatales, en su esfuerzo por llegar a desentrañar el interés legítimo de las partes, proceden al estudio de las relaciones existentes y la conducta desplegada por las partes durante todas las fases del contrato. Entre los elementos que funcionan como indicadores se encuentran, entre otros: la correspondencia mantenida, como así también toda documentación intercambiada por las sociedades, a los efectos de conocer los términos y las intenciones contenidos en dichos documentos.

La jurisprudencia también es determinante al concluir que la voluntad de las partes debe ser real y no hipotética para que se den los efectos de ampliación. Si bien es cierto la misma puede manifestarse de forma tácita, se exige que nunca derive de conjeturas hipotéticas o indicios vagos, sino de actos concretos y concluyentes de las sociedades en cuestión.

En general la doctrina se ha manifestado de forma unánime al reconocer que la participación efectiva en la operación litigiosa, de la sociedad no suscriptora, es un requisito fundamental y una exigencia en todo caso, para fundamentar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral.

La manera más eficiente de comprobar la existencia de voluntad entre las partes es a través de la participación efectiva en las operaciones litigiosas. Podemos considerar que de esta forma, las sociedades implicadas exteriorizan su voluntad y dejan entrever sus legítimos intereses. Así, la utilización del criterio de participación efectiva es fundamental a los intereses de la mencionada doctrina; quien colabora en la ejecución de un negocio, cuyo componente programático incorpora un convenio arbitral, y no está sujeto a especiales condiciones, puede verse vinculado por el convenio arbitral (Artuch Iriberry, 1997, p.199-210).

Con esta participación o colaboración efectiva, la sociedad no suscriptora perteneciente a un grupo de sociedades, manifiesta su voluntad de someterse a los acuerdos que materialmente no ha firmado, pero con los que se identifica por tener un interés en que produzca sus efectos. De igual manera, la sociedad suscriptora, al consentir la participación de la sociedad miembro del grupo, que no ha suscripto materialmente la cláusula arbitral, acepta al menos implícitamente que la misma forme parte de la relación contractual y por consiguiente de los efectos del convenio. Con respecto a la sociedad co-contratante, que contrata con una sociedad miembro de un grupo de sociedades, y que a los efectos que fueren, acepta aunque sea implícitamente la participación efectiva, en cualquiera de las etapas del contrato, de otra sociedad de ese mismo grupo, con la cual no tiene aún firmado un convenio, también manifiesta su voluntad de ampliar o extender los efectos de dicho convenio a la citada sociedad no suscriptora.

También es importante señalar que la doctrina considera suficiente para la extensión, una intromisión efectiva de la sociedad no firmante, que sea de una naturaleza y alcance suficientes como para inducir al co-contratante a considerar legítimamente que dicha sociedad va a quedar vinculada por la cláusula en cuestión. Esto obedece a la protección que otorga la doctrina a la apariencia creada, ya que existen actos de participación relevante ejecutados por la sociedad no suscriptora, que pueden crear un convencimiento real y legítimo en el co-contratante, de que aquella actúa como parte en el contrato litigioso.

En fin, a los efectos de evitar que se desvirtúe la institución arbitral, es necesario que se respete la voluntad de las partes y que la misma sea interpretada correctamente. Es por ello que la extensión de los efectos a las sociedades no suscriptoras, por más de que pertenezcan a un grupo, debe ser siempre la excepción, debiendo existir manifestaciones concretas e indicios suficientes como para que dicha ampliación sea justificada en cada caso.

3.3.1. Participación efectiva: activa y pasiva

De la Sentencia que consagró la teoría de los grupos de sociedades, conocida como Dow Chemical, parece deducirse que a la hora de analizar la participación de las sociedades que no han suscripto materialmente el convenio arbitral, es necesario tener en cuenta no sólo la conducta activa de las mismas. En ocasiones también podría ocurrir que la sociedad no suscriptora se vea directamente afectada por el convenio arbitral, lo que igualmente podría llevar a extender sus efectos sobre ésta.

Esto es lo que cabría interpretar de las siguientes palabras contenidas en la sentencia 4131/1982, y que parece ser opinión mayoritaria dentro de la doctrina de los grupos de sociedades: "la cláusula arbitral expresamente aceptada por ciertas sociedades del grupo, debe vincular a las otras sociedades que por el papel que han jugado en la conclusión, ejecución o resolución de los contratos que contienen las citadas cláusulas, demuestran la voluntad común de todas las partes en este proceso de erigirse como verdaderas partes contratantes, o como partes afectadas, en primer lugar, por estos últimos así como por los litigios que puedan derivar de los mismos" Esta fórmula también aparece recogida en la Sentencia *Cour d'appel* de Pau de 26 de noviembre de 1986.

Conviene tener presente que tanto la participación activa como la pasiva pueden tener lugar en cualquiera de las etapas del contrato. Una voluntad favorable siempre es más fácil deducirla de un acto concreto que de una actitud pasiva; pero la cuestión de la extensión dependerá en última instancia, de la naturaleza que presente dicha actitud pasiva.

La participación se reputa pasiva cuando la sociedad no firmante, que pretende o a la que se pretende extender los efectos del convenio arbitral, resulte directamente afectada o beneficiada por el contrato principal. Tal es el caso, por ejemplo, de las sociedades matrices que gozan de la titularidad de los derechos de la propiedad industrial o

intelectual, bajo los cuales los productos, objeto del contrato al cual aparezca referida la cláusula arbitral, hayan de ser comercializados. Este caso específico, que resulta ser el más común en la práctica, necesariamente conlleva la aceptación tácita del contrato principal y de la correspondiente cláusula arbitral, ya que los negocios no pueden llevarse a cabo sin el consentimiento de la empresa matriz, que es titular de todos los derechos (Aguilar Grieder, 2001, p. 19).

El ejemplo nos ayuda a entender con mayor profundidad las palabras contenidas en la sentencia citada anteriormente en este apartado. La sociedad matriz, si bien no es suscriptora de la cláusula arbitral y ni siquiera participa efectivamente en las negociaciones o en la ejecución del contrato litigioso, se ve afectada por las disposiciones del mismo y por consiguiente, según la opinión doctrinal, se deberían extender los efectos de la cláusula arbitral sobre ésta sociedad perteneciente al grupo.

3.3.2. Necesidad de ratificación en la participación pasiva

Con respecto a la participación pasiva, que es admitida por la práctica arbitral y estatal como posible causante de la extensión de los efectos del convenio arbitral, surge la duda en cuanto a si ha de ser necesaria una ratificación de la voluntad para fundamentar la ampliación de la cláusula a la sociedad participante no suscriptora.

La opinión jurisprudencial sostiene que la participación pasiva, no debe generar consideraciones drásticamente diferentes a la participación activa, y que aquella también debe implicar una voluntad común de las partes de considerar a la sociedad participante como auténtica parte contractual.

Lo que diferencia a los dos tipos de participaciones es justamente que la sociedad participante que se verá afectada por la cláusula arbitral que no suscribió materialmente, en el caso de que se verifique una participación activa, no necesita ratificar sus actuaciones, siempre y

cuando éstas sean consecuencias de actos concretos que generan en todas las partes contratantes la seguridad de que ésta sociedad, si bien no es parte contractual, es parte procesal del referido contrato litigioso y que realiza sus acciones motivada por la voluntad de unirse al acuerdo y de esta forma, disfrutar de los beneficios y cargar con las obligaciones provenientes del mismo. Sin embargo, la participación pasiva de la sociedad no suscriptora genera dudas en cuanto no son actos directos los efectuados por ésta empresa, sino que la misma se ve afectada por las estipulaciones de un acuerdo o contrato del cual no forma parte directa, sino indirectamente. Es por éste motivo, que la doctrina ha manifestado la necesidad de que éstas participaciones pasivas, en la mayoría de los casos, vengán seguidas por una ratificación adicional de parte de las sociedades afectadas. Según S. Jarvin, éste criterio queda cumplido cuando la sociedad que ha intervenido pasivamente pone de manifiesto su intención de ratificar el contrato litigioso que contiene la cláusula arbitral²¹.

Sin embargo, también es importante destacar que la jurisprudencia ha sostenido que la necesidad de ratificación adicional no es necesaria en todos los casos, ya que existen y se pueden presentar distintos supuestos en los que la sola intervención de la sociedad participante, lleva implícita la voluntad de ratificar el contrato litigioso. Este es el caso del ejemplo citado en el apartado anterior y que configura la participación pasiva más frecuente, en el cual la sociedad matriz no firmante, goza de la titularidad de los derechos de la propiedad industrial o intelectual bajo los cuales los productos, objeto del contrato, hayan de ser comercializados o difundidos²².

A entender de la Prof. Hilda Aguilar “el hecho de que las relaciones contractuales litigiosas no se puedan formalizar sin el consentimiento de la sociedad propietaria de los derechos de la propiedad industrial o intelectual, implica, ya de por sí, una ratificación tácita del contrato litigioso, y consiguientemente, de la correspondiente cláusula arbitral. En

²¹ S. Jarvin, loc. cit., p. 733.

²² Sent. CCI 4131/1982 / Sent. 6673/1992.

éste caso en particular, no sería necesario otro acto para ratificar la operación económica, ya que esta última es inherente a la participación pasiva. En todo caso para que los efectos de la cláusula arbitral se extiendan a la sociedad propietaria de dichos derechos, es preciso probar la titularidad de los mismos” (Aguilar Grieder, 2001, p.22).

Existen también otros tipos de participación pasiva, las cuales requerirán de la ratificación de la sociedad no suscriptora participante. Tal es el caso, por ejemplo, cuando la finalidad del contrato sea ceder una parte de las acciones y beneficios detentados en otras sociedades a la sociedad no firmante. Como se podrá apreciar, este tipo de participación no llevaría implícita la ratificación del contrato litigioso. En el supuesto contemplado, para extender a esta última sociedad los efectos del convenio arbitral, es necesario que la sociedad no suscriptora realice un acto adicional que implique la manifestación de la voluntad de ratificar la correspondiente operación contractual litigiosa.

En conclusión, se debe tener presente que en todos los casos de participación pasiva, es decir, en los supuestos en que la sociedad no suscriptora resulte beneficiada o afectada por la operación litigiosa, la primera tarea a ser realizada por el tribunal, será la de verificar si dicha intervención pasiva implica o no una ratificación tácita de la operación. En caso positivo, se deberá ampliar implícitamente los efectos del convenio arbitral sobre la sociedad no suscriptora, pero en el caso de no ser así, se debería negar dicha extensión.

3.3.3. Insuficiencia del criterio de la participación como factor de extensión

La simple participación de la sociedad no suscriptora, perteneciente a un grupo de sociedades, en una de las fases del contrato, no es motivo suficiente como para que el tribunal arbitral declare automáticamente la expansión de los efectos del convenio arbitral sobre dicha sociedad. Para que los árbitros o jueces decidan si corresponde o no la ampliación del alcance subjetivo de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora, que

ha prestado su cooperación con el contrato, es preciso determinar previamente el título o papel con el cual ésta intervino en dicha operación.

A tal efecto, la participación relevante debe ser bien diferenciada de la no relevante. Para ello, los árbitros o jueces deberán analizar y valorar correctamente las circunstancias que rodean al caso concreto de que se trate.

En todos los casos la valoración del tribunal debe ir orientada a descubrir si la participación de la sociedad no suscriptora, en la operación litigiosa, implicaba la voluntad de las partes firmantes de considerar a aquella como verdadera parte contractual. En caso contrario, la participación debe ser considerada como no relevante, debiéndose denegar la extensión de los efectos del convenio.

La mayor parte de la práctica y de la doctrina, defensoras de la teoría de la unidad económica del grupo, coinciden en admitir que la participación en la operación litigiosa sólo puede provocar extensiones de los efectos del convenio arbitral a la sociedad participante, cuando de dicha participación pueda desprenderse, con certeza, una voluntad común de las partes de considerar a la sociedad participante como parte contractual, y consiguientemente, de la cláusula arbitral (Aguilar Grieder, 2001, p.190).

El análisis que se efectúe deberá buscar ante todo descubrir, tanto a través de los términos de los documentos intercambiados como del espíritu del o de los contratos, la voluntad común e inequívoca de las partes de considerar o no, aunque sea implícitamente, a la sociedad no firmante como auténtica parte contratante.

Este análisis es imprescindible a los efectos de evitar la desvirtualización de la institución arbitral. Por este motivo la práctica arbitral y estatal consideran que la extensión de los efectos del convenio a una sociedad no firmante que ha participado en la operación litigiosa no debe ser impuesta de forma automática. La ampliación debe ser siempre

la excepción, debiendo señalarse en cada caso indicios suficientes y valederos que la justifiquen.

Sobre los peligros de la ampliación indiscriminada de los efectos del convenio arbitral, ya se expidieron varios autores, entre ellos Giocanti, quien señala que la ampliación *ratione personae* del convenio arbitral debe ser la excepción, ya que en caso contrario los grupos de sociedades se alejarían de la vía arbitral. En el mismo sentido se expresa I. Fadlallah, quien considera que para hacer lugar a la extensión será necesaria una motivación fáctica específica y sería en cada supuesto, ya que “es preciso evitar crear una presunción de extensión del arbitraje al grupo, so pena de provocar un reflejo de defensa que podría ir hasta la denegación de todo arbitraje”.²³ Para Artuch Iriberry la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a quienes no la hayan suscrito ha de hacerse con prudencia, ya que es muy distinto favorecer la validez del convenio a permitir un efecto expansivo con impredecibles resultados (Artuch Iriberry, 1997, p. 202).

3.3.4. Manifestaciones concretas de participación relevante

A efectos prácticos, resulta interesante mencionar algunas conductas o manifestaciones, tanto de las sociedades suscriptoras como de las no suscriptoras del convenio arbitral, que favorecen la ampliación de los efectos de la cláusula arbitral, por constituir demostraciones claras de un interés legítimo de parte de la sociedad que las realiza y de las que las aceptan o consienten, es decir, son indicadores de participación relevante.

La práctica favorable a la teoría de la unidad económica del grupo no ha exigido la concurrencia de todos los elementos de hecho para defender la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no firmante, siendo suficiente con la presencia de uno o varios de los mismos. Entre ellas podemos citar a las siguientes: la flexibilidad y

²³ I. Fadlallah, loc.cit., pp. 118 y 120.

ausencia de formalismo en la designación de las sociedades del grupo que vayan a firmar o ejecutar la operación litigiosa; la comunicación frecuente entre la sociedad no firmante y la contraparte con el objeto de fijar los términos del contrato; el hecho de que la correspondencia, o los documentos contractuales intercambiados entre las partes, se dirijan a una determinada sociedad no firmante; cuando la sociedad no firmante haya efectuado la entrega que caracteriza la ejecución del correspondiente contrato y/o cumplido las restantes tareas atribuidas por el mismo, así como cuando el co-contratante se haya dirigido a la sociedad no suscriptora para la fijación, en todo o en parte, del precio de venta correspondiente al objeto del contrato; y/o cuando el pago de la ejecución del contrato deba efectuarse a la sociedad no firmante; cuando la sociedad firmante reserve expresamente a la no firmante su parte del proyecto; y/o cuando se ponga de manifiesto expresamente en la correspondencia, o en los documentos contractuales intercambiados entre las partes, la pertenencia de la sociedad no firmante a un grupo de sociedades; y/o cuando al menos una parte del capital de la compañía promotora a crear, para la realización del proyecto, deba repartirse a la sociedad no firmante; y/o cuando todos o parte de los miembros de la junta directiva de la compañía promotora, creada para la realización del proyecto, sean nombrados, al menos parcialmente, por cuenta de la sociedad no firmante; cuando la sociedad no firmante haya llevado a cabo con la contraparte, ya sea total o parcialmente, los actos que consagran la rescisión del contrato (a través de la correspondencia, de reuniones, etc.); cuando, aun a pesar de haber sido el contrato litigioso rescindido entre la sociedad suscriptora y su co-contratante, los documentos contractuales intercambiados entre las partes contengan expresamente que ello no afecta las relaciones comerciales existentes entre éste último y la sociedad no firmante perteneciente al grupo de la suscriptora del contrato (especialmente cuando la finalización de las susodichas relaciones la haya comunicado directamente la contraparte a la sociedad no firmante).

Esta clase de interacciones entre las sociedades es considerada por la doctrina como participaciones relevantes y constituyen importantes

indicadores de la verdadera voluntad de quienes participan en la operación litigiosa. En todo caso, se puede deducir claramente de éstas conductas, la existencia de suficiente seguridad sobre la voluntad común de las partes de someter a la sociedad no firmante al arbitraje, o bien, pueden ser interpretados como comportamientos confusos de la sociedad no firmante, con los que se ha inducido razonablemente a la otra parte contractual a creer que dicha sociedad iba a quedar vinculada por la correspondiente cláusula arbitral, lo cual tiene idénticas consecuencias extensionistas.

3.3.5. Participación relevante según la fase contractual

Muchos autores se han preguntado en cuál de las fases debería tener lugar la participación relevante de la sociedad no suscriptora para que se puedan extender los efectos del convenio a las mismas. ¿Debería ser válida la participación efectiva de los no suscriptores sólo en algún momento determinado de la operación litigiosa o ella se podía verificar en cualquier tiempo?

Dentro de las fases del contrato pueden distinguirse la negociación, la ejecución y la terminación. Al estudiar la práctica arbitral, notamos que algunas sentencias, parecen otorgar mayor relevancia al momento de la ejecución, al parecer por considerarla como una etapa fundamental del contrato.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina y de la práctica no discriminan según que la participación haya tenido lugar en cualquiera de las tres fases del contrato. De hecho, es opinión mayoritaria que, la participación relevante de la sociedad no suscriptora puede verificarse en cualquiera de las fases del contrato, y que en cualquiera de ellas tendrá el mismo efecto, siempre y cuando se compruebe que el interés legítimo de todas las partes era considerar a la sociedad no firmante como una auténtica parte contractual.

Para que la participación en la negociación pueda ser considerada

una práctica favorable a efectos de la extensión de la cláusula arbitral, es que ésta se haya comunicado frecuentemente con el co-contratante con el objeto de fijar los términos del contrato. Dentro de ésta fase podemos considerar como prácticas favorables a la extensión los siguientes actos concretos: acudir a las reuniones encaminadas a la conclusión del acuerdo; mantener correspondencia con la otra parte contractual; encargarse de la configuración del proyecto del contrato; cumplir las condiciones necesarias, como trámites gubernamentales, para la consecución de la operación.²⁴

Sin embargo, la participación efectiva de las sociedades no suscriptoras se hace mucho más evidente durante la fase ejecutiva del contrato. A modo de ejemplo, se considera como una circunstancia muy favorable a la extensión cuando la sociedad no firmante haya efectuado la entrega que caracteriza la ejecución del correspondiente contrato, así como cuando el co-contratante se haya dirigido a la sociedad no suscriptora para la fijación, en todo o parte, del precio de venta correspondiente al objeto del contrato.

Algunas conductas efectuadas por la sociedad no firmante durante la fase de terminación de la operación litigiosa, capaces de ser consideradas como favorecedoras de la extensión del convenio arbitral a las mismas, se produce, por ejemplo, cuando ésta sociedad haya desempeñado un papel esencial en la finalización del contrato, por haber llevado a cabo con el co-contratante, total o parcialmente, los actos que implican la rescisión del mismo. O también en los casos en que se haya producido la terminación de la relación contractual entre la firmante y su co-contratante, pero dejando en claro la primera, que dicha alteración no modifica las relaciones de la co-contratante con la o las demás empresas no firmante/s perteneciente al grupo de la suscriptora. Ello implica la transformación de la sociedad participante, por lo tanto, en parte contractual, ya que el contrato litigioso, de otro modo, no podría subsistir.

²⁴ Vid. Por ejem., la Sent. CCIN° 4231/1982, así como la Sent. Cour d'appel de Pau 26/11/1986.

3.3.6. *Carga de la prueba*

La mayor parte de la doctrina ha coincidido en afirmar que la carga de la prueba, a los fines de la ampliación de los efectos del convenio arbitral, compete a la sociedad, ya sea del grupo de sociedades o del co-contratante, que invoca tal extensión.

Es así que la voluntad requerida para extender el alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral en materia de grupos de sociedades ha de cumplir dos exigencias, a saber; la necesidad de una motivación específica en cada caso y la no inversión de la carga de la prueba por la mera pertenencia al mismo grupo de sociedades que la sociedad firmante y participación en la operación litigiosa.

Por este motivo, la sola participación en la operación litigiosa, no es motivo suficiente como para invertir la carga de la prueba. Así mismo se requiere que la sociedad que invoca la extensión, pruebe debidamente la existencia de una voluntad de todas las partes intervinientes de considerar a la sociedad no firmante como verdadera parte contratante, y como tal, afectada por la correspondiente cláusula arbitral.

Una vez más resulta oportuno dejar sentada la postura jurisprudencial de proceder con extrema cautela a fin de valorar correctamente, a través de las pruebas ofrecidas, la verdadera voluntad de las partes, ya que la extensión de los efectos del convenio sólo puede aplicarse de manera excepcional.

3.4. *La condición de empresa matriz como factor relevante de la extensión.*

Otro motivo susceptible de provocar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral es la condición de empresa matriz que ostenta la sociedad no suscriptora del mencionado convenio. La sociedad matriz es en ocasiones “el alma, el inspirador y la cabeza pensante” de la

correspondiente operación litigiosa²⁵.

Según la doctrina, el hecho de que la sociedad matriz no firmante haya creado la filial, que va a suscribir el correspondiente contrato, con el único objetivo de ejecutarlo, constituye una circunstancia casi determinante de la extensión. En este caso particular se puede considerar a la empresa no suscriptora, es decir, a la matriz, como un tercero en apariencia, ya que necesariamente aparecerá como pivote de las relaciones entre la empresa co-contratante y la que se encuentra en proceso de formación. La Sentencia CCI num. 5721/1990 nos sirve de sustento para dicha afirmación, ya que la misma establece expresamente: "...Sin embargo, cuando una sociedad o una persona individual aparece como el pivote de las relaciones contractuales acontecidas en un asunto particular, conviene examinar con cuidado si la independencia jurídica de las partes no debe, excepcionalmente, ser descartada en beneficio de un juicio global." De esta sentencia podemos concluir que la extensión del convenio arbitral es factible por la aparición de la empresa no suscriptora (la matriz), como eje de las actuaciones y comunicaciones entre las partes, lo que puede producir en el co-contratante, la creencia de que la mencionada sociedad responderá eventualmente de las consecuencias que pudieran derivarse de la ejecución o inejecución contractual.

4. Otros supuestos capaces de producir la extensión de la cláusula arbitral a una sociedad no signataria.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente en el presente trabajo, la jurisprudencia defensora de la doctrina de los grupos de sociedades, si bien acude para la resolución de los conflictos mercantiles al espíritu de los contratos, a la realidad económica y al sentido común, no son éstos los únicos principios invocados a la hora de fundamentar los laudos arbitrales. En la mayoría de las ocasiones se ven en la necesidad de acudir a otras figuras legales que sean capaces de proporcionar un cierto peso a la resolución. Con ello se busca que las mismas sean

²⁵ Sent. Cour d'appel de Pau de 26/11/1986.

confirmadas por los tribunales nacionales, que finalmente, serán los encargados de dotarlas de fuerza ejecutoria. De hecho, en la mayoría de las sentencias analizadas anteriormente, los tribunales arbitrales recurrieron a figuras jurídicas de universal reconocimiento para fundamentar en última instancia dichos laudos.

Entre éstos supuestos se encuentran algunas figuras jurídicas que denotan una voluntad común de las partes por considerar a una sociedad no firmante como integrante del contrato celebrado y por lo tanto sujeta a la cláusula arbitral contenida en el mismo, ellas son la representación y la estipulación en beneficio de un tercero. Existen además otras figuras que son ajenas al criterio de la voluntad de las partes, y que por lo tanto son impuestas por los tribunales en los casos establecidos expresamente por sus legislaciones nacionales, estas son; la doctrina de los actos propios, también conocida como *estoppel* y la del levantamiento del velo social. La jurisprudencia ha recurrido desde antiguo a estas figuras jurídicas, que ponen un límite al efecto relativo de los contratos. Aparte de ellas, también se dan en la práctica otras situaciones especiales capaces de llevar a una sociedad o persona, ya sea física o jurídica, no firmante del convenio, a verse involucrada en un procedimiento arbitral, por el papel que ocupa, por ejemplo, en una cadena de contratos. De cada una de éstas figuras se tratará a continuación.

4.1. La estipulación en beneficio de un tercero.

La estipulación en beneficio de un tercero es una figura jurídica apta para justificar la extensión de los efectos del convenio arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo. La misma consiste en que una de las partes de una determinada relación jurídica estipula derechos a favor de alguien que no ha intervenido en el negocio. Este beneficiario nada tiene que ver con el asunto, pues ni siquiera es representado por quien ha estipulado a su favor. Con todo, el beneficiario adquiere un derecho que puede invocar en cualquier momento.

Para que un sujeto no signatario pueda invocar un pacto arbitral

mediante la figura de la estipulación a favor de otro, es necesario acreditar que las partes directamente vinculadas tuvieron la intención de cobijar a dicho sujeto no beneficiario. Para ello, las partes signatarias del convenio arbitral, deben estipular en términos claros la intención de que un tercero, es decir, una sociedad no signataria de la cláusula, sea capaz de adquirir derechos a partir del contrato celebrado entre los mismos. De esta forma se produce que un no firmante del acuerdo arbitral, se convierta en parte del mismo, produciéndose un rompimiento del efecto relativo de los contratos por un acuerdo expreso entre las partes.

4.2 La representación

Las reglas de la representación, dentro del el esquema que nos ocupa, pueden describirse de la siguiente manera; En donde una sociedad signataria haya actuado no sólo en nombre de sí misma, sino también en nombre y representación de otra u otras sociedades pertenecientes al mismo grupo, el convenio arbitral deberá desplegar sus efectos también sobre aquella u aquellas. De hecho esta figura jurídica es más idónea para justificar la extensión de los efectos del convenio arbitral a la sociedad no suscriptora, porque, diferencia de lo que acontece con el beneficiario, en la representación, el representado adquiere tanto derechos como obligaciones. Resulta por tanto claro que el convenio arbitral, al igual que cualquier otro contrato, puede ser concluido por un representante.

Es bueno aclarar, sin embargo, que según la opinión doctrinal mayoritaria, en las diversas leyes nacionales se pueden distinguir tres clases o tipos distintos de representación. Ellas son la representación expresa, la tácita y la aparente. En la primera de ellas, una sociedad puede ser autorizada, mediante un poder generalmente otorgado de forma escrita, a comprometer y obligar a someterse a un proceso arbitral, no sólo a ella misma, sino también a otra compañía del mismo grupo, ya sea la principal, una filial, una subsidiaria o una sub-subsidiaria. En estos casos la solución al problema de la extensión de la cláusula arbitral es bastante sencilla, ya que no pueden existir dudas acerca de la voluntad

de las partes de someterse al arbitraje. En este caso, tanto la sociedad signataria como la representada por la misma (no signataria), se hallan obligadas por el convenio arbitral.

En el segundo supuesto, y en contrapartida de lo que sucede con la representación expresa, no existe un poder ni escrito ni verbal del representado que autorice al signatario de la cláusula arbitral, a que lo represente en dicho acto y de esa forma quedar obligado por las cláusulas del citado convenio arbitral. No obstante, tanto el representante como el representado pueden revelar su verdadera voluntad o intención de quedar sometidos por la cláusula arbitral mediante actos conclusivos, es decir, mediante comportamientos o participaciones que revelen una voluntad común de quedar vinculados, mediante la firma del signatario, al respectivo convenio arbitral. Aunque el poder con el que actúa el signatario representante no haya sido materializado en un documento escrito o en una declaración oral expresa, es posible concluir, que ese poder existe tácitamente, considerando los actos efectuados por las partes, de los cuales se puede deducir una voluntad o intención clara de los mismos, de ser partes en el acuerdo arbitral.

El tercer tipo de representación es la aparente, que también recibe el nombre de doctrina de los actos propios o *estoppel*, y por ser una variante más relevante de la representación, se estudiará más detalladamente en el siguiente punto.

4.3. La doctrina de los actos propios o estoppel

Como ya se manifestó al inicio del presente apartado, tanto éste instrumento jurídico, como el levantamiento del velo societario, tienen en común el ser ajenos a la voluntad común de las partes, lo cual puede crear en ciertas situaciones, dudas en cuanto a su aplicación en el arbitraje, ya que riñe con el carácter voluntarista de la institución arbitral.

Por la doctrina de los actos propios, ninguna de las partes está legitimada para alegar una postura opuesta a las posiciones adoptadas

expresa o implícitamente, con anterioridad, en un determinado negocio jurídico. Esta figura se basa sobre todo en la necesidad de proteger a la parte que ha confiado en una determinada situación creada por el co-contratante, durante la celebración o ejecución de un contrato. El principio del *estoppel* es una emanación del principio de la buena fe, y que por tal motivo consiste en la prohibición de actuar en contra de los propios actos, impidiendo que una parte desconozca su previo proceder, en el marco de un proceso judicial o arbitral. Este principio goza de una importancia creciente, ya que defiende el principio de la buena fe en los negocios, al proteger a la contraparte que ha confiado legítimamente en la apariencia creada. En virtud del mismo, el comportamiento contradictorio o aparente de las sociedades del grupo es capaz de producir la ampliación del alcance subjetivo de la cláusula arbitral a la sociedad no firmante.

4.4. La doctrina del levantamiento del velo

También conocida como teoría de la penetración de la personalidad societaria. La misma 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.

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. En determinadas ocasiones, los hechos indican la necesidad de sobrepasar esa personalidad jurídica independiente, considerándose a las sociedades del grupo, afectadas por el levantamiento del velo social, como un mismo sujeto de derecho.

Cada vez es más frecuente que un grupo se sirva de la personalidad jurídica propia e independiente de las sociedades que lo componen para perpetrar un abuso de derecho o un fraude. Este hecho contribuyó notablemente a la formación de una práctica jurisprudencial consolidada

consistente en penetrar en el interior de la persona jurídica con el objeto de descubrir quién se encuentra bajo el substrato de la misma y de esta forma evitar los abusos e injusticias que se puedan producir cuando la personalidad jurídica de las empresas se aparten de la finalidad para la cual han sido concebidas.

4.5. La extensión de la cláusula arbitral a los no firmantes en la cesión de créditos y dentro de una cadena de contratos.

Actualmente sigue siendo materia de estudio y existe disparidad de criterios en cuanto a la posibilidad de transmisión de la cláusula arbitral que forma parte de una cesión de créditos o que se encuentra dentro de una cadena de contratos. Concretamente se analiza si la cláusula arbitral es transferida junto con el resto de los derechos y/o obligaciones sustantivas, o si la estipulación se mantiene entre las partes originarias.

Desde luego no habrá dudas sobre la cuestión si la cláusula arbitral es expresamente identificada como objeto de la cesión, y ésta última es aceptada por el cedido. En tal hipótesis habrá un expreso consentimiento del cedente, cesionario y cedido. Las dudas, más bien se presentan cuando la situación de la cláusula arbitral no es expresamente contemplada por las partes en la cesión.

Históricamente no había problemas en reconocer que la cesión de los derechos nacidos de un contrato implicaba la cesión de la cláusula arbitral en él contenida, pues se entendía que, conforme el principio reconocido en la mayoría de las legislaciones basadas en el derecho romano, la cesión de un derecho comprende todos los derechos accesorios a él, así como las garantías y privilegios, con la excepción de aquellos considerados *intuiti personae*. Esto implica que el derecho se cede tal y como existe, o sea, con el contenido, alcance y limitaciones con que lo gozaba el cedente.

Sin embargo, la consagración del principio de la separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral, plantea algunas situaciones que deben

ser examinadas. Si, conforme este principio, la cláusula arbitral contenida en un contrato es autónoma y no accesoria de éste, cabe preguntarse cuál es su situación cuando el contrato es cedido. El tema presenta múltiples matices, y su solución varía de acuerdo a los tribunales.

En un principio parecería que, si la cláusula arbitral es un acuerdo autónomo y separable del acuerdo que la contiene, es consecuencia de ello que no pueda recurrirse, para considerar transferido en acuerdo arbitral en caso de cesión, al principio conforme el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pues no hay entre ambos pactos una relación principal – accesorio. Esta es la línea sostenida por los tribunales italianos en los casos *Impregilo* y *Zimmer*. En el primero de ellos, el tribunal consideró que la cesión del crédito no implicaba la cesión del contrato y que, por tanto, *Impregilo* era extraña a la relación jurídica y carecía de legitimación para invocar la cláusula arbitral. En el caso *Zimmer*, por su parte, la *Corte di Cassazione* juzgó que la cesión, que no mencionaba específicamente a la cláusula arbitral como parte de lo cedido, no era suficiente para considerar que el cesionario había aceptado el sometimiento a arbitraje, y que no se cumplían los requisitos del artículo II de la Convención de Nueva York, al no existir, de parte del cesionario, un consentimiento claro e indubitable para someterse a arbitraje.

Sin embargo, se advierte que la tendencia que parece prevalecer es la contraria. En general la mayoría de los tribunales de los países con tradición continental han fallado a favor de la extensión o transferibilidad de la cláusula arbitral junto con los contratos en los cuales se contienen. Así, la Audiencia Provincial de Madrid, por ejemplo, en sentencia del 18 de febrero de 2002, interpretó que, aún cuando el contrato que contenía la cláusula arbitral no había sido firmado por alguno de los demandados, sus efectos se extendían igualmente a éstos, que al recibir por cesión los derechos emanados del contrato originario, se subrogaron en los derechos de los antiguos firmantes.

La jurisprudencia francesa, siguiendo la misma línea, en el caso conocido como *Burkinabe*, interpretó que la cesión del contrato o de un

crédito implica, necesariamente, la transmisión del cedente al cesionario de la cláusula arbitral, ya que ésta es indisociable de la economía del contrato e, inclusive, fue más allá al señalar que en virtud del principio de la separabilidad, la validez de la transmisión de la cláusula no puede verse perjudicada por los vicios que podrían afectar la cesión del derecho sustancial.

Es importante también dejar constancia del criterio sostenido por los tribunales arbitrales de CCI con respecto al tema que nos ocupa. Los tribunales arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional resolvieron la cuestión en más de una ocasión, sin embargo, el caso que sentó la doctrina de éste organismo internacional es el número 2626, en el cual se sostiene que un acuerdo arbitral no es sólo oponible a las partes originarias, sino que también se impone a sus sucesores universales y a los sucesores a título particular, como los cesionarios y adquirentes de los derechos u obligaciones.

5. Conclusiones

El Paraguay a lo largo de los años ha acompañado los numerosos avances suscribiendo los distintos convenios internacionales más importantes en materia de arbitraje, pero, los mismos no eran suficientes debido a que las disposiciones del Código Procesal Civil de 1985 no se adaptaban a las necesidades actuales de la época, sobre todo para el arbitraje internacional.

Por lo mismo, fue necesario modernizar el sistema jurídico nacional de tal manera que garantizara el respeto a las disposiciones arbitrales y consecuentemente, la eficacia de los laudos. Esto fue posible, gracias al PNUD y al BID que encomendaron la tarea a un grupo de juristas y al CAMP (Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay) para iniciar la reforma legislativa tendiente a adecuarse a las reglas internacionales del arbitraje y posibilitar las inversiones extranjeras.

Se incorporó la ley Modelo de UNCITRAL, estableciendo un marco legal más vasto a efectos de ser asimilado y aceptado por personas de diversas culturas y tradiciones jurídicas, posibilitando su utilidad para el arbitraje local e internacional.

Así llegamos a concebir la anhelada ley N°. 1879/02 “ de Arbitraje y Mediación”, siendo ella una de las legislaciones más modernas en materia de arbitraje a nivel regional, la cual se halla complementada por las normas internacionales internalizadas en nuestro sistema jurídico que garantizan el eficaz cumplimiento de las decisiones de los tribunales arbitrales. Es considerada moderna, otorgando de esta manera una mayor seguridad a los eventuales inversionistas, sobre todo extranjeros.

Este instrumento normativo ha dado un mayor destaque al CAMP, y con ello, se inició una difusión y compromiso en mayor grado del arbitraje en el país, de la misma forma que el CEPED lo realiza a través de congresos tan importantes como el CLA.

En los contratos comerciales a nivel local se percibe un incremento progresivo de las cláusulas arbitrales inclusive en los procesos de contrataciones públicas, lo cual nos sigue situando como uno de los países a la vanguardia en la incorporación de lo más novedoso y útil en materia de arbitraje, y consideramos que nuestro país no estará ajeno a seguir incorporando los lineamientos internacionales en esta materia.

No podemos desconocer el rol del Poder Judicial, cuyo protagonismo es significativo en el reconocimiento del poder jurisdiccional de los árbitros tanto en las cláusulas arbitrales como en los laudos, pues los mismos son vinculantes. Con ello, se lograría una alternativa válida para resolver conflictos privados evitando en lo posible acudir a la justicia ordinaria.

Bibliografía

Aguilar Grieder, H. (2001). *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial*

internacional. Santiago de Compostela: Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico.

Aguilar Grieder, H. (2009). *Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades*. Huelva: Universidad de Huelva.

Ancel, J. P. (1991-1993). L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire. *Travaux du Comité français de droit international privé*, 11,75-105.

Artuch Iriberry, E. (1997). *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Eurolex.

Blessing, M. (1994). Extension of the arbitration clause to non-signatories: The arbitration agreement-its multifold critical aspects. *ASA Special Series*, 8, 32-77.

Born Gary, B. (2009). Parties to International Arbitration Agreements – B. Legal Bases for Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements. *International Commercial Arbitration, Kluwer Law International*, 1142-1211.

Broseta Pont, M. (1994). *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos.

Chapelle, A. (1988). L'arbitrage et les tiers: Le droit des personnes morales (Groupes de sociétés; Interventions d'Etat). *Rev Arb*, 3, 475-493.

Chillón Medina, J. M., Merino Merchán, J. F. (1991). *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. 2º ed. Madrid: Edit. Civitas.

Chocrón Giraldez, A. M. (2000). *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: Editor J. M. Bosch.

Cohen, D. (1992). Comentario a la Sentencia de la Cour d'appel de París de 11 de enero de 1990. *Rev. Arb*, 107-132.

Cohen, D. (1997). Arbitrage et groupes de contrats. *Rev. Arb*, 4, 471-503.

Correa Delcasso, J. P. (2011). La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: Análisis de la doctrina de la Corte de Arbitraje de la CCI, En Montañá, Miquel y Sellarés, Jordi (Coord.), *Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa* (p.45-74). Madrid: Difusión Jurídica.

Craig, W., Park, W., y Paulsson, J. (1990). The validity of the arbitration agreement. *ICCA*, 3, 57-105.

Cremades, B. (1989). El grupo de empresas y su tratamiento en el arbitraje comercial internacional. En *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español*. Lima: Editorial Cuzco.

Derains, Y. (2010). Is there a group of companies doctrine?, *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty arbitration*, 131.

Derains, Y. (1976). Comentario al laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 1434 (1975). *Collection of ICC Arbitral Awards, J.D.I.*, 978-989.

Derains, Y. (1984). Comentario al laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 3742 (1983). *Collection of ICC Arbitral Awards, J.D.I.*, 910.

Derains, Y. (1994). L'extension de la clause d'arbitrage aux non signatories – La doctrine des groupes de sociétés, The arbitration agreement-its multifold critical aspects. *A.S.A Special Series*, 8, 241-243.

Derains, Y., y Schaf, S. (1985). Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés. *I.B.L.J*, 2, 231-238.

Fadlallah, I. (1984-1985). Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés. *Travaux du Comité français de droit international privé*, 105-122.

- Fouchard, Ph., Gaillard, E., y Goldman, B. (1996). *Traité de l'arbitrage commercial international*. París.
- Gutiérrez García de Cortázar, E. (2010). *Non-signatories and arbitration: Recent Developments*. Kluwer Arbitratio.
- Gil Minguillón, S. (2001). *La litispendencia arbitral internacional: Extensión de la eficacia del convenio*. La Rioja.
- Hanotiau, B. (2006). *Non-Signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law, En Van Den Berg, Albert (Ed.), International Arbitration 2006: Back to Basics?*. ICC Congress Series.
- Hanotiau, B. (2006). *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multiissue and Class Actions*. Kluwer Law International.
- Jarrosson, Ch. (1994). Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés, en *The arbitration agreement-its multifold critical aspects. ASA Special Series*, 8, 209-228.
- Lalive, P., Poudret, J.F., y Reymond C. (1989). *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*. Laussane.
- Sandrock, O. (1993). Arbitration Agreements and Groups of Companies. *International Lawyer*, 27,940-961.
- Pluyette, G. (1991-1993). Débats. *Travaux du Comité français de droit international privé*. París.
- Poudret, J.F. (1995). *L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse* : J.D.I.
- Samuel, A. (1989). *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S., and West german law*. Zürich.

Santos Belandro, R. (1988). *Arbitraje comercial internacional. Tendencias y Perspectivas*. Montevideo.

Suárez Anzorena, I. (2005). Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral, según la práctica internacional. *Revista Internacional de Arbitraje*, 2, 54-75 p.

Uria González, R. (1996). *Derecho Mercantil*. Madrid.

Van Den Berg, A. J. (Ed.). (2008). *Yearbook Commercial Arbitration*. Kluwer Law Arbitration, 33.

Yáñez Velasco, R. (2004). *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de Arbitraje*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Youssef, K. (2010). The limits of consent: the right or obligation to arbitrate of non signatories in group of companies. *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty arbitration*, 71.

Legislación

Constitución del Paraguay, 1992.

Ley Nº. 1879/02, Arbitraje y Mediación.