

La teoría de inoponibilidad de la personalidad y su aplicación al arbitraje. Posibilidad de extender la cláusula arbitral a partes no signatarias

Iván Kerr*

I. Introducción [\[arriba\]](#)

1.1 *El arbitraje como instrumento para resolver conflictos.*

El mundo de los negocios cada vez más exige a los abogados que aborden con mayor seriedad y sentido práctico la solución de los diferendos, conflictos y problemas de sus clientes. Las empresas, y especialmente las multinacionales con inversiones en distintas jurisdicciones, requieren hoy abogados que no sean simples conductores de pleitos, sino profesionales instruidos que los acompañen en sus negocios, conozcan los problemas que atraviesan a los mismos y propongan soluciones creativas y económicas.

Ciertamente, el litigio judicial como lo conocemos en Argentina, desgastante, rígido, extenso, costoso y, en muchos casos, de indudable riesgo, resulta ser una herramienta no deseada. En este sentido, la conveniencia del sistema arbitral, pese a ser aún más antiguo que el propio judicial es, sin lugar a dudas, la vedette que caracteriza las nuevas formas de resolver conflictos en el ámbito empresarial. Su agilidad, eficacia e internacionalización para la solución de diferendos, resultan ser claras ventajas sobre el trámite que ofrece el propio proceso judicial.

En apoyo a esta tesis, WARREN E. BURGER, ex presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica expresó que: “No será exagerado el énfasis que yo pusiera al hablar a los hombres de negocios y de la industria, -y muy especialmente a los abogados- si les dijera que todo contrato privado de importancia debe necesariamente ser tratado como “candidato” al arbitraje privado para el caso de discordia”.

1.2 *Los “Grupos Económicos”*

Por otro lado, no es menos cierto que la afirmación efectuada en el párrafo anterior, es que los negocios empresarios se consolidan cada vez más entre corporaciones empresarias que interactúan económicamente entre sí mediante la constitución de grupos y redes que desarrollan un sinnúmero de distintos tipos de relaciones y vínculos comerciales.

En efecto, tanto en el plano internacional como en nuestro propio ámbito nacional, asistimos a diario a situaciones en las cuales reconocidos grupos económicos extranjeros utilizan variados vehículos societarios para reducir su exposición y consiguiente responsabilidad. Constituyen así, distintas personas jurídicas subsidiarias que actúan en forma coordinada con el objeto de concertar negocios en nombre del grupo al cual pertenecen. Se trata de empresas organizadas en forma distinta desde un aspecto de vista jurídico-formal, pero que tienen una actuación unificada con quienes ejercen su control.

1.3 *El objeto de análisis del presente trabajo*

Efectuadas estas consideraciones preliminares, el objeto del presente trabajo se circunscribe a analizar con detenimiento la teoría de la penetración de la

personalidad societaria para extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias del mismo.

Es decir, si puede un árbitro asumir jurisdicción frente a otras personas que -en principio- no hayan convenido el acuerdo arbitral, o al menos, como veremos más adelante, no lo han hecho de manera expresa.

El tema planteado, si bien todavía resulta novedoso para estas latitudes, ha llevado a numerosos juristas especializados en la materia arbitral a rever en muchos casos el alcance de la cláusula arbitral cuando se configuran situaciones de abuso ilícito de la forma societaria. Y se pretende aprovechar de la existencia de contratos con sus subsidiarias para escudar detrás a un grupo empresarial poderoso, que es en definitiva quien impartió las órdenes, impuso condiciones de contratación, auditó la contraparte, etcétera.

El interrogante que proponemos desarrollar pretende resolver si efectivamente se puede extender la cláusula compromisoria para juzgar a la empresa controlante de un grupo económico por los actos de una de ellas. Para ello deberemos justificar que en ciertos casos especiales, los árbitros puedan incluir a aparentes terceros como demandados dentro del arbitraje, evitando así que se vea frustrada la justicia sobre la base de una apariencia que escude a quien verdaderamente contrató con la parte demandante. Ello, sin perjuicio de que quizás no sea éste quien ha firmado directamente el contrato ni la cláusula arbitral y se haya valido para ello de una persona jurídica diferente y subordinada.

Indefectiblemente entraremos en el campo de la “teoría del disregard anglosajón” o “corrimiento del velo” que introdujeron los juristas BUTTY y ANAYA en la reforma de la ley 22.903 a nuestra ley de Sociedades Comerciales, permitiendo readecuar la imputación de responsabilidad, tomando las relaciones que existen detrás de la forma de persona jurídica independiente que ostenta la sociedad directamente contratante.

Sin embargo, no deja de ser éste un tema jurídico altamente controvertido para lo cual será necesario revisar la doctrina y la jurisprudencia de algunos países y tribunales arbitrales internacionales, pero teniendo presente que estamos ante una cuestión abierta.

En efecto, el hecho de que un convenio arbitral suscrito por una compañía perteneciente a un grupo de económico pueda obligar o les dé título a otros miembros de ese grupo no signatarios del convenio, sigue siendo un tema de debate abierto. Existen laudos y resoluciones judiciales que han contestado afirmativamente a este tema, como también, los hay quienes han negado todo efecto vinculante -y el nacimiento de cualquier derecho- de un convenio arbitral suscrito solo por uno de los miembros del grupo de compañías en relación con los otros miembros de tal grupo. Veremos que la respuesta que la doctrina ha dado a este problema sigue siendo hoy controvertida, como lo son los laudos arbitrales y las sentencias judiciales.¹

El objeto será entonces permitirnos aunar criterios y ver más allá de las formas jurídicas propias que rigen el sistema arbitral, para intentar aportar una solución más acorde con la realidad que se esconde detrás de las apariencias de este tipo de los negocios.

Aventuramos que no será tarea fácil y que deberemos superar ciertos paradigmas que por años han cerrado las puertas a la posibilidad de extender los efectos de una cláusula arbitral a partes no signatarias de la misma.

II. El arbitraje y la doctrina clásica contractualista [\[arriba\]](#)

Como hemos expuesto ya, el tema a tratar en el presente trabajo es controvertido. Sabemos que haciendo una interpretación lineal de las normas que rigen la materia, nuestro planteo resulta un imposible.

La mayor parte de la doctrina clásica ha sostenido siempre que el arbitraje es un método de solución de conflictos de excepción. Su jurisdicción es delegada y requiere de un previo acuerdo entre las partes. Por tanto, se concluye fácilmente que es imposible involucrar en un procedimiento arbitral a quien no se ha sometido previamente al mismo expresando su voluntad por escrito mediante la suscripción del correspondiente convenio arbitral.

Sin embargo, creemos que es necesario revisar con detenimiento aquellos argumentos jurídicos en los que se funda la doctrina clásica contractualista para rechazar la hipótesis que originalmente nos hemos propuesto en este trabajo.

2.1 El origen convencional del Arbitraje

En este sentido, sabemos que conforme lo establece el Código Civil argentino en los artículos 1195 2 y 1199 3, los contratos son inoponibles a terceros, entendiéndose así que, como principio general, los mismos no pueden crear obligaciones respecto de terceros.

La aplicación directa de este principio al acuerdo arbitral nos lleva a decir que -en principio- sólo las partes que suscribieron el acuerdo arbitral están obligadas por la cláusula compromisoria.

Al respecto, el doctor CAIVANO, nos enseña, en un importante trabajo sobre la materia, que: “el acuerdo arbitral tiene naturaleza convencional por lo que resulta aplicable a su respecto lo dispuesto en materia de contratos. En el tema que nos ocupa, el principio es el contenido en el art. 1199 del Código Civil, conforme el cual los contratos sólo obligan y producen efectos entre las partes. Este principio se funda -en general- en que la fuerza obligatoria de los contratos tiene fundamento en la voluntad de las partes y, por consiguiente, no puede tener eficacia ni producir efectos respecto de quienes no han prestado su consentimiento. En el caso del acuerdo arbitral en particular, ese principio tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje, siendo paralelamente obligado a resignar la competencia de los tribunales judiciales”⁴.

Agrega CAIVANO que: “La voluntad de las partes de someterse a arbitraje es, precisamente, la base de la justificación constitucional que la Corte Suprema de Justicia argentina ha hecho de la jurisdicción arbitral”⁵.

2.2 El efecto relativo de los contratos

Ahora bien, hemos dicho ya que la naturaleza del arbitraje es netamente convencional, a excepción de los arbitrajes “forzosos”, que son impuestos por ley.

De ello se sigue que la estipulación de una cláusula arbitral válida trae aparejada la exclusión de la jurisdicción judicial. Si bien todavía puede existir algunos autores que resistan la naturaleza jurisdiccional de los árbitros, “la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia argentina afirma que el arbitraje importa el sometimiento por voluntad de las partes a una jurisdicción, es decir a un poder para decir el derecho que, no obstante estar originado en la autonomía privada, tiene los mismos efectos atribuibles a las resoluciones de la jurisdicción estatal, sin que la falta de imperium de los árbitros incida en desmedro de su carácter, pues si bien está garantizada a favor del Estado la reserva de la fuerza, la potestas, el poder exclusivo de asegurar coactivamente el derecho, tal reserva no se extiende a la jurisdicción, esto es al poder de resolver la controversia”⁶.

En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, y la doctrina clásica contractualista nos dirá que sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no-signatarios.

En este sentido, el doctor RIVERA⁷ sostiene que el “arbitraje tiene origen convencional, pues para que una controversia pueda someterse a la decisión de árbitros es necesario que las partes lo acuerden (salvo los casos excepcionales de arbitrajes forzosos, que deben estar establecidos por ley)”. Y luego agrega: “ese contrato es la fuente del poder de los árbitros para decidir la controversia. Éste es la premisa fundamental sobre la cual se construye todo el sistema arbitral”.

También nuestros tribunales así lo han sostenido al expresar que “la posibilidad de pactar el arbitraje tiene fundamento en el artículo 1197 del Código Civil.”⁸

Incluso la propia Corte de Suprema de Justicia de la Nación se ha encargado de reconocer la naturaleza contractual del arbitraje al sostener que “aún cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccionalmente por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por los abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes”⁹.

Por tanto, una primera aproximación al tema nos permite decir que por aplicación del principio de los efectos relativos de los contratos, receptado por nuestro Código Civil en los artículos 116110 y 116211, alguien que, sin haber expresado su consentimiento, no puede ser obligado a resignar la jurisdicción natural judicial y tener que dirimir sus disputas en la esfera de un proceso arbitral.

2.3 El consentimiento. Necesidad de acuerdo escrito

En el mismo sentido es claro que la voluntad de someterse a una disputa por árbitros debe estar revestida de componentes externos -su manifestación por escrito- y de elementos internos, es decir, debe estar expresada con discernimiento, intención y libertad.

El art. 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, estipula al respecto que la prórroga de jurisdicción “operará si surgiere de convenio escrito mediante

el cual los interesados manifiestan explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez al que acuden...”.

En referencia al mencionado artículo 2° del ordenamiento procesal citado, el maestro FALCÓN sostiene que: “esta norma debe relacionarse con el artículo 1°, ya que la prórroga siempre está sometida a las condiciones que establece el citado artículo”¹². Y el artículo 1°, entre otros supuestos y en lo que aquí respecta, permite la prórroga de asuntos exclusivamente patrimoniales a favor de árbitros.

Luego el propio FALCÓN señala que la “prórroga expresa debe ser escrita. Esta expresión escrita debe realizarse antes del proceso, en cuyo supuesto es la única vía; o en el curso del mismo, mediante una manifestación respectiva de la competencia a la que se acude o por la que se es requerido”¹³.

Es claro entonces que la prórroga de jurisdicción, tal como lo exigen los artículos 1 y 2 de nuestro ordenamiento procesal, debe surgir de acuerdo escrito de partes de donde surja explícitamente la voluntad de dichas partes de prorrogar la jurisdicción de un tribunal arbitral.

También se ha dicho que la cláusula arbitral tiene un efecto negativo por cuanto la misma importa sustraer a los contratantes de la jurisdicción oficial del país del que se trate¹⁴, y que ese efecto únicamente puede ser invocado por aquellos que resultaron firmantes de esa cláusula, sin presumirse ningún tipo de renuncia a la jurisdicción natural a la que tiene derecho toda persona.

A su vez, en nuestro país, la propia Corte, en el caso “Basf”¹⁵ - al cual nos referiremos con más detalle más adelante- haciendo suyo el dictamen del Procurador Fiscal, atribuyó la competencia a un juzgado comercial en detrimento de un tribunal arbitral, argumentando básicamente que: “el juez natural para intervenir en los conflictos entre particulares es el Poder Judicial de la Nación” y que la prórroga de jurisdicción a favor de los árbitros “debe surgir del contrato que relacione a las partes en litigio y, conforme lo destaca el Fiscal de Primera Instancia, ello requiere una manifestación concreta, clara y expresa del consentimiento de las partes a favor del arbitraje”.

El resumen de lo expuesto nos lleva a concluir que -a primeras luces- la prórroga de jurisdicción debe surgir de un acuerdo escrito del cual se pueda desprender explícitamente la voluntad de las partes para someterse a un proceso arbitral.

En similar sentido el art. 736 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su parte final establece que la “sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en acto posterior” y luego el artículo 739 del mismo Código, sostiene que el “compromiso deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o acta extendida ante el juez de la causa, o ante aquel a quien hubiese correspondido su consentimiento”.

2.4 El consentimiento en distintas leyes de arbitraje

Las nuevas tendencias contemporáneas han llevado a las principales legislaciones modernas de arbitraje a efectuar modificaciones que claramente dejan entrever una nueva corriente más moderna. La misma determina que, si bien el convenio firmado es y sigue siendo la forma privilegiada de establecer un arbitraje, también puede darse el arbitraje en la medida que exista una voluntad manifiesta o una

voluntad tácita que surja de actos inequívocos o una conexión razonable e inseparable de una cierta condición jurídica.

2.4.1 La ley modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (con su revisión de 2006)

Respecto de estas nuevas tendencias, la reforma a la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 es el ejemplo más firme de lo expuesto en el párrafo anterior. En efecto, el 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó las nuevas disposiciones modelo sobre arbitraje comercial internacional dictadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que constituyen la primera reforma de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional desde su aprobación en el año 1985.

La reforma modificó -entre otras cosas- la definición y forma del acuerdo de arbitraje. Así, el anterior artículo 7.2 preveía que: “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes, o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”; y ahora el nuevo artículo 7.4 (opción I) expresa ahora que: “El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella es accesible para su ulterior consulta. Por comunicación electrónica se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por imensaje de datos a se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Según la Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, “la versión original de 1985 de la disposición relativa a la definición y forma del acuerdo de arbitraje (artículo 7) sigue de cerca el enunciado del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, en el que exige que el acuerdo conste por escrito. ... Los profesionales del arbitraje han señalado que, en varias situaciones, la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica. En los casos en que la voluntad de las partes para someterse a arbitraje no constituye un problema, debería reconocerse la validez del acuerdo de arbitraje. Por ese motivo, y con miras a ajustar mejor su contenido a las prácticas contractuales internacionales, se revisó en 2006 el artículo 7.”¹⁶

Explican FELDSTEIN DE CÁRDENAS, MEDINA, RODRÍGUEZ Y SCOTTI que la Comisión aprobó dos opciones, con el fin de reflejar dos formas distintas de abordar la cuestión de la definición y forma del acuerdo. La primera opción mantiene la estructura detallada del texto original de 1985. En ella se confirma la validez y eficacia de un compromiso por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia existente (compromis) o futura (clause compromissoire). El acuerdo

de arbitraje podrá con- certarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido.¹⁷

De esta manera sostienen los autores que se ha modernizado el enunciado al utilizar vocabulario alusivo a la utilización del comercio electrónico, que se ha inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005.¹⁸

Es decir que la segunda opción del artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL define ahora el acuerdo de arbitraje de una manera que omite directamente todo requisito de forma, no estableciendo la Comisión preferencia por ninguna de las opciones. Los Estados que adopten la Ley Modelo podrán examinarlas y escoger una u otra según convenga a sus necesidades concretas.¹⁹

2.4.2 La ley chilena de Arbitraje Comercial Internacional

El consentimiento expreso para consentir la jurisdicción arbitral también ha sido receptado por la Ley Chilena de Arbitraje Comercial Internacional²⁰ ya que la misma consagra en el inciso 2) del artículo 7° que el “acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito”. Aunque destacamos que con una visión más contemporánea, luego agrega que: “Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicaciones que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra”.

Esta primera aproximación nos deja entrever que el acento nos está puesto ya tanto en que el consentimiento sea por escrito, sino que el mismo también puede ser tácito.

2.4.3 La ley española de 2003: Ley N° 60/2003 de Arbitraje

La Ley española N° 60/2003, del 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje en su título II, sobre el convenio arbitral y sus efectos, en el artículo 9 regula específicamente la forma y contenido del convenio arbitral en estos términos: “1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. 2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato. 3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo... 6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español.”

Tal como podemos apreciar la ley española prevé expresamente la validez del convenio arbitral celebrado por medios electrónicos, adoptando el criterio de equivalencia funcional siempre que los nuevos medios permitan su accesibilidad posterior.²¹

2.4.4 La ley peruana de 2008: El Decreto Legislativo N° 1071 sobre Arbitraje

Perú ha aprobado, recientemente, una nueva legislación sobre arbitraje: el decreto legislativo N° 1071/2008. En un importante trabajo sobre la materia publicado en Perú, el doctor FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA²² explicita que la legislación peruana también ha avanzado en el tema, ya que si bien exige un convenio arbitral por escrito, esto no implica un documento único y formal denominado convenio arbitral y ni siquiera un documento firmado por quienes podrán ser emplazados por el Tribunal Arbitral.

En efecto, el artículo 10o de la referida ley se refiere a la posibilidad de un simple intercambio de cartas u otros documentos. Explica el autor peruano que encontramos dos casos en los que explícitamente no se requiere que la parte emplazada haya firmado convenio alguno: los sucesores (art.10) y los socios de una compañía cuyos estatutos prevén un arbitraje estatutario (art. 48).

También, debemos destacar que la nueva ley peruana de arbitraje del año 2008, establece en su art. 14 la posibilidad de extender el convenio arbitral a aquellos que según el principio de buena fe, hubieran tenido participación activa en la negociación, ejecución o eventualmente terminación de un contrato.

De este modo, Perú se pone a la vanguardia de la legislación en materia de arbitraje en América Latina.

2.4.5 La ley colombiana de Arbitrajes y sus recientes reformas

Por su parte, destaca el referido jurista que, la legislación colombiana de arbitraje también ha seguido la misma línea, demostrando una evolución favorable. Así, en 1998, Colombia modificó su legislación arbitral e introdujo una novedosa disposición en el artículo 127 de la ley 446 de 1998, que consagró la inclusión de un nuevo artículo - el 30a - dentro del estatuto arbitral contenido otrora en el decreto 2279 de 1989.²³

Destaca así el autor comentado que, como puede apreciarse, en esta forma la legislación colombiana ha avanzado en la solución del problema asimilando la función del árbitro a la del juez y aplicando las normas procesales comunes más allá de lo pactado en el convenio arbitral.²

2.5 La cuestión en el Derecho Positivo Argentino. Ausencia de legislación

En nuestro país es archí-conocido que carecemos de una ley de arbitraje como las citadas en los párrafos anteriores, solamente existen disposiciones en los Códigos de forma que regulan el juicio arbitral.

Así, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en el Libro VI regula el Juicio Arbitral, y entre los principales aspectos regulados destacamos que: (i) pueden someterse a arbitraje todas las cuestiones que pueden ser objeto de transacción;

(ii) se establecen ciertos requisitos que debe reunir el compromiso arbitral; y se introducen (iii) mecanismos de designación de árbitros.

En cuanto al proyecto de ley presentado el 26 de febrero de 2004 por el diputado Nacional Jorge Vanossi, en el mismo se propuso un proyecto de ley nacional de arbitraje que persigue convertir en ley a la Ley Modelo UNCITRAL, pero que, lamentablemente, aún hoy sigue sin recibir la correspondiente sanción del Congreso.

Destacamos sí que el Reglamento Orgánico del Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires -quizás el tribunal arbitral institucional más representativo de la Argentina- en su artículo 3° establece que el mismo tendrá jurisdicción cuando se hubiese pactada un acuerdo con la intervención de dicho tribunal²⁵. Luego el inciso e) del citado artículo al referirse a los su- puestos en los que “no existe entre las partes ningún convenio de arbitraje o cuando se hubiera pactado un arbitraje que no se refiera al Tribunal de la Bolsa, si la parte demandada (...) declinasen el arbitraje de la Bolsa o no contestasen el traslado, se informará al demandante que el arbitraje no tendrá lugar”.

A su vez, el art. 42 del referido Reglamento Orgánico establece concretamente que constituye una carga para los litigantes el reconocimiento o la negación de la documentación acompañada por su contraparte, bajo apercibimiento en caso de existir respuestas evasivas u omisivas de tener por acreditada su existencia.

Por su parte, en la misma línea, el artículo 208 de nuestro Código de Comercio prevé expresamente que los contratos comerciales, no solo pueden justificarse por instrumentos públicos, sino por documentos privados firmados por los contratantes (inc. 3ro.), o por la correspondencia epistolar y telegráfica (inc. 4to.), también por confesión de parte (inc. 6to.), e inclusive en la parte final de esa norma se prevén las presunciones como mecanismo adecuado para la acreditación de la existencia de una determinada contratación.

Este principio reconoce su fuente en nuestro ordenamiento civil. En efecto, nuestro Código Civil en el artículo 915 establece que: “la declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita, o inducida por una presunción de la ley”. Agrega posteriormente el artículo 918 que: “la expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria”.

En cualquier caso, vale aclarar que las presunciones se generan a partir de determinados indicios, que por sí solos no constituyan plena prueba, pero cuando por su número, gravedad, precisión y concordancia, dan cuenta de la existencia de una determinada circunstancia hacen nacer una presunción hominis que permite tener por cierto un determinado hecho.

Nuevamente es CAIVANO, quien entiende que “La presunción de consentimiento tácito que surge del artículo 1146 del Cód. Civ. encuentra fundamento en dos principios esenciales: por un lado, en el principio de no-contradicción, desde que la aceptación se presume porque el disenso entraría en contradicción con lo actuado por el mismo sujeto; por el otro, en el principio de buena fe, conforme el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de

acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1198, párrafo 1o, Código Civil)”²⁶.

El autor desarrolla esta idea expresando que: “De allí que, cuando la conducta de las partes permita inferir una declaración tácita de voluntad, subordinar sus efectos a la forma escrita o a la existencia de una manifestación expresa del consentimiento, implicaría admitir la violación al principio de la buena fe que rige el derecho de las obligaciones, y una tolerancia indebida a la mala fe y a la deslealtad en los negocios jurídicos. Es dable advertir que la doctrina del estoppel a que han recurrido en ocasiones los tribunales norteamericanos es, en esencia, una derivación de la máxima romana venire contra factum proprium non valet. Nos es aventurado inferir que esta máxima forma parte del sistema legal argentino, ya que surge de los principios contenidos en los arts. 953, 1071, y 1198, del Código Civil, que exigen la conformidad de los actos con la moral y las buenas costumbres, prohíben el ejercicio abusivo de los derechos y establecen el deber general de comportarse de buena fe. Ella no podría ser ajena a nuestro derecho, ya que encuentra su fundamento último en la regla moral, que se asienta sobre el respeto de la buena fe, la protección de la confianza suscitada, el comportamiento coherente en bien de terceros y el rechazo a la sorpresa y a la emboscada”²⁷.

En consecuencia, tal parece que válidamente podemos argüir que puede existir un acuerdo de partes de someter sus diferendos a un proceso arbitral en el que, pese a que, como hemos visto, no se haya acordado ello expresamente por escrito, sino que su consentimiento surja de una “suscripción implícita” del convenio arbitral que las partes han prestado con su conducta y/o diferentes hechos que expresan su voluntad tácita de someterse al mismo.

2.6 La garantía del “Juez Natural”. El carácter “Excepcional” de la Jurisdicción Arbitral

Por otro lado, sabemos que la sujeción de las partes a la jurisdicción judicial es un elemento natural en cualquier contrato que existe sin necesidad de pacto alguno. Este presupuesto encuentra su reconocimiento en los arts. 18 28 y 116 29 de la Constitución Nacional Argentina.

La trascendencia de estos principios y garantías de raigambre constitucional han sido el pilar sobre el que se ha sostenido en numerosos antecedentes que la competencia arbitral es de excepción, desde que importa despojar la competencia a los jueces naturales. En consecuencia, las cláusulas contractuales que deciden prorrogar la jurisdicción deben ser interpretadas en forma restrictiva.

Históricamente nuestros tribunales han sido renuentes a extender los alcances de una cláusula arbitral a terceros entendiendo que: “la competencia arbitral es de excepción porque implica una renuncia a la jurisdicción de los tribunales judiciales y, en consecuencia, las cláusulas arbitrales deben interpretarse restrictivamente”³⁰.

En el mismo sentido se ha sostenido que: “La competencia arbitral es de excepción, y las cláusulas contractuales que someten los conflictos sociales a esta última debe interpretarse restrictivamente”³¹.

“Corresponde destacar, por otra parte, que todo convenio de jurisdicción arbitral es de excepción, desde que importa sustraer la cuestión de los jueces establecidos

por la ley, y, en consecuencia, las cláusulas contractuales que someten los conflictos a arbitraje deben ser de interpretación restrictiva”³².

Sin embargo, pese a que esta interpretación clásica se ha transformado prácticamente en un cliché de la materia y pareciera no admitir excepciones en contrario, propondremos aquí una “vuelta de tuerca” en su interpretación, que puede proporcionarnos los fundamentos necesarios para sostener una moderna y más justa concepción de la teoría de la “excepcionalidad” del arbitraje.

III. La teoría de la “especialidad del arbitraje” [\[arriba\]](#)

Hemos visto que la teoría de la especialidad que prima en el arbitraje hace que la cláusula arbitral sea interpretada restrictivamente, circunstancia que se utiliza para fundar el rechazo de la extensión de la misma a las partes no firmantes.

Sin embargo es CAIVANO³³ quien propone una interpretación correcta de las normas vigente, evitando caer en una interpretación que por ser reiterada, no necesariamente sea cierta.

El referido autor trae a colación un voto en disidencia, del vocal de la Cámara Comercial, Dr. EDGARDO M. ALBERTI, de hace ya 30 años en el que el reconocido jurista razonó en el sentido exactamente opuesto, explicando la lógica interpretación que corresponde adoptar: “en la medida en que la ley autoriza a los sujetos de derecho a constituir su propio juez mediante la sujeción a árbitros y que el tema del diferendo verse sobre materia patrimonial perteneciente a sujetos capaces, no se entiende por qué la competencia de la llamada jurisdicción arbitral soporta la minusvalía de ser apreciada restrictivamente”³⁴.

De este modo sostiene que, si bien es cierto que al pactar el arbitraje las partes están renunciando a la jurisdicción judicial, puede asumirse como cierto -en tanto no es del todo inexacto- que la jurisdicción arbitral es de excepción. Pero destaca que: “el yerro en el razonamiento jurídico de la jurisprudencia consiste en dar al término «excepcional» una connotación que -en el caso- exorbita su verdadero significado. Porque la condición de «excepcional» de la jurisdicción arbitral puede predicarse únicamente en el sentido que sólo existe si las partes voluntariamente se sometieron a ella, lo que no significa que, una vez pactada, su extensión deba interpretarse restrictivamente. En una de sus acepciones, «excepcional» es antónimo de «general» o «natural», en tanto alude a un hecho que «constituye excepción de la regla común» o que «se aparta de lo ordinario». Valiéndose de la equivocidad del término, se dice que si la jurisdicción judicial es «natural», la arbitral, por definición, debe ser «excepcional». Y luego, recurriendo a un principio general del Derecho, se razona que «lo que es excepcional debe interpretarse restrictivamente». Pero la falla lógica radica en que no estamos aquí en presencia de una situación que sea excepcional en el sentido mencionado. Recurriendo, por analogía, a la teoría de los contratos, puede decirse que el sometimiento a arbitraje, más que «excepcional», es un elemento «accidental» del contrato en el que se incluye la cláusula arbitral, por existir sólo cuando hubiese sido inequívocamente incorporado. En otras palabras: es correcto afirmar que la sujeción de las partes a la jurisdicción del Poder Judicial es un elemento «natural» en cualquier contrato, desde que existe sin necesidad de pacto; pero la jurisdicción arbitral, aunque sea una excepción a ello, lo es sólo en el sentido de

requerir una declaración de voluntad y no en el sentido de interpretar su extensión con carácter restrictivo en los casos en que ha sido inequívocamente pactada”³⁵.

De lo expuesto surge entonces que la doctrina de la excepcionalidad del arbitraje no es totalmente unánime y que es viable construir una interpretación superadora de la jurisprudencia reinante en pos de dotar a los árbitros de más y mejores herramientas para resolver los conflictos que se les presentan.

Del mismo modo, también veremos que la jurisprudencia arbitral internacional admite generalmente, como cuestión de principio, que pueda hacerse parte en dicho proceso a una persona -física o jurídica- distinta de aquellas que firmaron el contrato con- teniendo la cláusula arbitral.

Ponemos de relieve que las teorías que se han elaborado y las soluciones dadas en el derecho comparado que veremos son perfectamente compatibles con el régimen jurídico argentino ya que el mismo contiene normas legales y principios generales que permiten adoptarlas.

IV. La teoría de la “inoponibilidad de la persona jurídica” [\[arriba\]](#)

Efectuado este análisis preliminar del proceso arbitral y sus distintos bemoles, debemos analizar ahora la teoría del descorrimiento del velo societario. Estamos ante una institución relativamente nueva, destinada a evitar que detrás de un formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, se desarrollen actividades que perjudican a ciertos accionistas de la sociedad o a terceros vinculados con algún tipo de contrato.

Para llegar a ese punto, la doctrina y jurisprudencia internacional han desarrollado la teoría del rasgado o descorrimiento del velo societario (piercing the corporate veil) o, que permite ver el conjunto de los intereses y relaciones económicas reales que existen detrás de la forma societaria.

La penetración de la personalidad societaria es en palabras del doctor SUÁREZ ANZORENA “una superación de la forma jurídica persona adoptada por la pluralidad organizada en unidad, es un levantar el velo de la personalidad, un mirar dentro de ella, para atender a sus realidades internas y a la que es propia de quienes conforman o disponen de la voluntad que la ley le asigna”³⁶.

Asimismo, se ha entendido que: “Las expresiones “disregard of the legal entity, desestimación de la personalidad, superación de la personalidad, redhibición de personalidad, inoponibilidad de la personalidad jurídica, descorrimiento del velo, etc.”, son fórmulas omnicomprensivas del uso abusivo del medio técnico persona jurídica por los controlantes, conforme múltiples manifestaciones, doctrinas de los autores, jurisprudenciales o receptadas normativamente que tienden a paliar los efectos dañosos producidos por ese obrar antijurídico, con efectos y fundamentos diversos según el caso o la óptica”³⁷.

Su categoría de principio general ha sido reconocida tanto por el derecho comparado como en el internacional y en nuestro propio sistema, determinando que, bajo ciertas condiciones, la personalidad jurídica no puede ser considerada ya como un absoluto.

Sin embargo, debemos puntualizar que se trata de un recurso de excepción, ya que “la idea de la personificación jurídica se vincula a una modalidad de generar un centro de imputación de derechos para facilitar relaciones organizacionales”³⁸ y lo contrario sería justamente desnaturalizar este concepto; acarreado consigo a las sociedades comerciales como personas jurídicas independientes.

En consecuencia, estamos claramente ante una teoría cuya aplicación debe hacerse para controlar el fraude y evitar el abuso de derecho. Se trata entonces de “...correr el velo del ente personificado para conocer qué personas son las que se ocultan o actúan indebidamente detrás de ella”³⁹ ; ya que: “...el accionista no se encuentre permitido primero de ignorar las reglas de la conducta societaria y entonces, posteriormente, reclamar el beneficio del escudo societario”⁴⁰.

4.1 La penetración de la personalidad societaria en Argentina

En la Argentina la desestimación de la personalidad o atribución de responsabilidad a personas en apariencia distintas, es una doctrina reconocida, tanto por los tratadistas como por jueces nacionales y tribunales arbitrales en sus sentencias y laudos. Su fundamento radica la comprobación del abuso del privilegio concedido en detrimento del orden público o de derechos de terceros⁴¹.

Se ha destacado con acierto que en el régimen argentino se ha delimitado la aplicación de la figura en cuestión: ella será utilizada en caso de violarse la causa-fin del negocio societario, por lo que no toda la actuación social será considerada desviada, sino que el análisis se realizará frente al caso concreto en estudio. Es allí donde cabrá ponderar si la sociedad actuó en consonancia con los fines que el legislador le impuso a su accionar personificado⁴².

4.1.1 El principio de “buena fe” como una regla general de nuestro Derecho Positivo

Su reconocimiento tiene origen en el derecho positivo que surge de lo normado por el artículo 1198 del Código Civil, que señala expresamente que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

Se trata de una regla abierta, sujeta a interpretaciones variables, pero que establece un núcleo básico insoslayable. La buena fe es entonces un principio general del derecho, que señala una manera de actuar deseable y se presenta en todo el orden jurídico positivo⁴³.

El referido principio rector en virtud del cual las partes se vinculan a los fines de llevar adelante una determinada negociación, también tiene su remisión en materia contractual en el artículo 207 del Código de Comercio.

Estamos en presencia de un principio general del derecho, que señala una manera de actuar deseable. Se ha dicho que el principio de “la buena fe implica un estado subjetivo presumido sobre la base de un comportamiento y con referencia a un sujeto. El comportamiento (acción u omisión) debe realizarse en forma “debida”, es decir, de acuerdo con las condiciones, tiempo, lugar, etc., del acto sometido a examen”⁴⁴.

Asimismo, cabe distinguir dos especies de buena fe: la buena fe objetiva, buena fe-creencia o buena fe-confianza, y la buena fe subjetiva, buena fe-probidad o buena fe-lealtad. La primera consiste en la impecable conciencia de estar obrando conforme a Derecho (Arts. 2360, 2536, 4006 del Código Civil), y la segunda (buena fe- probidad o buena fe-lealtad) es comprendida como la que se atiende al criterio de recíproca lealtad de conducta o confianza entre las partes o al comportamiento leal y honesto de la gente de bien.⁴⁵

Nuestro Código Civil recepta entonces la buena fe, como aquella común intención de las partes. Y es entonces a ello a lo que las partes contratantes deben ser fieles.

Por consiguiente, en razón de éste principio que debe presidir toda negociación, ejecución o interpretación de relaciones jurídicas, es que se ha admitido que pueda ignorarse la existencia de la persona jurídica para ir más allá de las formas legales hasta encontrar a los verdaderos centros de decisión de los intereses económicos y, consecuentemente, revelar aquellos que son en última instancia responsables de las consecuencias de la operación. Es que, no puede prevalecer una forma de una personalidad jurídica diferenciada, ni una interpretación doctrinaria del alcance a los contratos, por sobre la buena fe que deben observar las partes en toda contratación.

En cuanto a cual es la interpretación que de la teoría del corrimiento del velo ha reconocido en nuestro país, el Doctor RICHARD establece ciertas diferencias que existen con relación a las distintas legislaciones, destacando que: “En el derecho suizo o alemán, desestimar la personalidad implicaría trasponer los límites de la responsabilidad limitada de los socios, sin afectar la calidad del sujeto de derecho y el centro de imputación diferenciada. En nuestro derecho, como en otros que la personalidad se otorga a los sujetos de derecho, aparentaría que desestimar la personalidad implica desestimar el principio de división patrimonial y no meramente la atribución de responsabilidad”⁴⁶.

Efectuadas estas consideraciones preliminares, sabemos que nuestro ordenamiento positivo no se ha mantenido ausente a esta cuestión. A través de la reforma introducida por la Ley N° 22.903 se incorporó al art. 33 del Régimen de Sociedades Comerciales, la noción del “control externo” como el ejercicio de una influencia dominante en virtud de los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

Asimismo, al regular la responsabilidad de la persona o entidad dominante en los artículos 54 de la Ley de Sociedades Comerciales y 161 de la Ley de Concursos y Quiebras, se introdujo también el concepto de responsabilidad solidaria. En efecto, la exégesis de dichas normas, respecto al daño ocurrido y provocado por los socios controlantes, o aun si no fueran socios, obliga a indemnizar por el daño causado, y en casos de concursos a la eventual aplicación de una extensión de responsabilidad.

4.1.2 Su reconocimiento expreso en la Ley de Sociedades Comerciales

Ahora bien, como hemos dicho antes, la teoría de la penetración de la personalidad societaria reconoce su recepción directa en el párrafo 3° del referido artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales que permite que, bajo ciertos

supuestos, un acto cumplido por una sociedad sea imputable directamente a terceros⁴⁷.

La Ley de Sociedades incorpora allí la figura del corrimiento del velo societario, o de la inoponibilidad de la personalidad societaria, que según el jurista MARIANO GAGLIARDO nuestra doctrina ha reconocido allí la influencia de la doctrina alemana a partir de SERICK y de la italiana a partir de los trabajos de AS- CARELLI, quienes marcan el hito de una corriente renovadora sobre la persona jurídica⁴⁸.

Se trata de una norma que permite penetrar la barrera que la propia personalidad jurídica representa para permitir hallar la verdad real que debe prevalecer sobre la formal y restablecer así la justicia y la equidad. Existe en la misma una clara naturaleza punitiva para quien es imputado jurídicamente como responsable de los actos de una tercera persona de existencia ideal. Por ello, uno de sus efectos consiste en la imputación de la actuación de la sociedad a quienes la hicieron posible y que justamente quiere evitar las consecuencias jurídicas, es decir, que esa actuación le sea imputable⁴⁹.

Dicha naturaleza punitiva resulta determinante para establecer que su aplicación por parte de los jueces debe ser restrictiva de manera de no socavar una de las herramientas más poderosas que ha creado el derecho comercial en orden a la acumulación de capital.

Así, conforme lo establecen los artículos 2 de la Ley de Sociedades Comerciales y 30 y siguientes del Código Civil, la personalidad jurídica diferenciada debe ser un recurso de la técnica jurídica que permita encausar la actuación de los socios con un objeto determinado. Por tanto, debe ser aplicada con suma prudencia, como acabadamente los han expresado en forma unánime nuestra jurisprudencia a lo largo de sus fallos⁵⁰.

En cuanto al ámbito de aplicación de la referida teoría en la Ley de Sociedades Comerciales, se ha remarcado que su amplitud: “incluye todo tipo de control, sea interno o externo, directo o indirecto, y se aplica a todo tipo de persona; es inclusive más amplio que el artículo 33, ya que mientras este se refiere a «sociedades controlantes», el artículo 54 alude -genéricamente- a «controlantes», comprendiendo a las personas físicas y también a las sociedades”⁵¹.

Su interpretación debe ser amplia debido a que el último párrafo del artículo, demuestra estos aspectos cuando alude a la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando se viola la ley o el orden público o la buena fe, entre otros aspectos.

En consecuencia, ha de ser el juez, quien a la hora de fallar valore las particularidades del caso e interprete la situación que casuísticamente se presente para decidir sobre su aplicación en el caso concreto, la que además debe hacerse en forma restrictiva por sus propias implicancias.

Conforme la doctrina sentada por nuestros tribunales, y teniendo en cuenta la disidencia del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Davedere c/Mediconex S.A.”, la interpretación que corresponde darle a la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica se debe desenvolver con un criterio absolutamente restrictivo,⁵² criterio que es observado en idéntica forma por los tribunales comerciales quienes han sostenido que para la aplicación del artículo 54

inciso 3° de la Ley de Sociedades deben existir pruebas concluyentes respecto de las situaciones excepcionales que dicho artículo contempla⁵³.

En cuanto a quién es “el controlante” según el artículo 54 de la Ley de Sociedades, CAPUTO señala que la imputación directa recae sobre el socio, destacando que no hay duda sobre el alcance de la mención del socio, pero si la hay con relación al concepto de “controlante”. El referido autor cita a VANASCO quien expresa que la ley no aclara si hace referencia a la definición de controlante que brinda el artículo 33 de la misma, circunstancia que excluiría a las personas físicas. A su juicio, para evitar la duda, la norma debió haber aclarado que se refiere a la responsabilidad tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas que fueren controlantes de otra sociedad constituida con fines extra- societarios⁵⁴.

Sin embargo, VANASCO señala que el artículo 54, párrafo 3o, de la Ley de Sociedades, comprende también al controlante persona física, conclusión a la cual también parece llegar OTAEGUI⁵⁵.

4.2 Grupos económicos y la penetración de la personalidad diferenciada

Expuestos los conceptos generales de la teoría en cuestión, encontramos que entre sus múltiples campos de aplicación, la misma tiene su aplicación directa en los casos de relaciones entre principales y subsidiarias⁵⁶.

En este sentido, la concentración económica propia del sistema capitalista ha obligado a redefinir nuevas realidades en el ámbito de la personalidad societaria. En efecto, los grupos económicos o sociedades holdings irrumpen en el mundo de los negocios y representan un peligro como vehículo de control, dominación y ocultamiento de capital.

El predominio, o más claro, la imposición de decisiones en el seno de las sociedades ya la mencionaba JEAN PAILLUSEAU al expresar que: “...La primera es la de la existencia del control societario. Es decir, el poder que una persona física o jurídica, o un grupo de personas, ejercen sobre la vida y el funcionamiento de una sociedad. Ellas tienen el poder y lo ejercen de manera única por medio de los órganos sociales, esencialmente, mediante los órganos de administración y de dirección “interfiriendo” así en la asamblea general que tiene a devenir un órgano meramente formal. La segunda es la del innegable deslizamiento del poder en el seno de las sociedades”⁵⁷.

Interesante resulta lo que el autor citado dice bajo el subtítulo “La organización del poder”: “...Se trata de que el derecho conciba una estructura de poder, es decir, instituya uno o más órganos cuya función sea gobernar la empresa; precise sus poderes y la forma de su atribución; determine el lugar de cada uno de estos órganos dentro de la estructura del poder y la naturaleza de las relaciones que se establecen entre ellos; en fin, que fije las obligaciones y las responsabilidades de quienes tienen el poder”⁵⁸.

Por su parte, CHIOVENDA enseña que “...La idea de parte nos la da, por lo tanto, el mismo pleito y en particular de la relación sustancial que es objeto de contienda, puesto que por un lado puede haber sujetos de una relación jurídica litigiosa que no están en el pleito (condueños, codeudores, etc., extraños al pleito sobre ...); por otro se puede deducir en pleito una relación sustancial por una persona o frente a una persona que no es el sujeto de aquella relación (como si se

pide la declaración de un derecho frente a un tercero, por ejemplo...”; y este párrafo es precedido del concepto de parte: “...es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de ley, y aquel frente al cual ésta es demandada...” y cita a REDENTI señalando que este autor dice que la “...necesidad del llamamiento es consecuencia de la proposición de la demanda”⁵⁹.

Ahora bien, no es la sola existencia de un grupo de sociedades o de una situación de control lo que autoriza, sin más, a penetrar el velo societario y hacer caso omiso de la personalidad jurídica diferenciada de las sociedades que la componen; menos aún pre-tender de esa forma que se extienda la aplicación de una cláusula arbitral a terceros no signatarios de la misma. Ya hemos visto que la facultad de las partes de aceptar la intervención de un fuero de excepción debe interpretarse restrictivamente.

Es que la existencia de un grupo de sociedades en nada altera los requisitos sobre la base de los cuales se aplica la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria.⁶⁰ Sin embargo, se ha dicho que la existencia de los llamados “grupos de sociedades” constituye una realidad que resulta de difícil aprehensión, encuadramiento y regulación para los juristas, destacándose la problemática que genera la delimitación de la actuación de la controlante, o bien de los directores de la controlada elegidos por aquella, más aún ante la aparición y desarrollo de empresas de gran tamaño en su estructura, lo cual incluso excede el marco de jurisdicción de cada soberanía nacional.⁶¹

4.2.1 Grupos económicos y control societario

Proponemos entonces efectuar un desarrollo del concepto de “grupo económico” en el mundo de las empresas y en nuestro derecho societario en particular; que nos permita una mejor definición de las distintas situaciones de control societario.

Hemos dicho ya que en el mundo de los negocios las empresas multinacionales se organizan en muchos casos como holdings en los que sus subsidiarias no son tomadas por sí mismas, sino que dependen en un todo de su casa matriz, siendo comunes los directivos y contando con políticas aplicables en forma estricta que hacen que no tengan independencia para la toma de decisiones.

Existe en estos casos una dirección unificada, por parte de quien tiene el control, que significa un dominio jurídico-societario y económico a la vez.

Esta situación de concentración empresaria altera sobremanera los principios en los que se asienta la legislación societaria general. En palabras de los árbitros de un proceso auspiciado por la International Chamber of Commerce, el concepto de grupo no se basa en la independencia formal que nace de la creación de entes legales separados, sino en la unidad de orientación económica dada por una autoridad común⁶².

La existencia de grupo económico se presenta entonces cuando la tenencia accionaria, la identidad directiva, las operaciones efectuadas entre las diferentes empresas, los precios pactados, etcétera, hacen presumir que en realidad se trata de una unidad bajo la luz de la realidad económica. En definitiva lo que interesa es que tras las figuras jurídicas adoptadas en las diferentes empresas, la realidad

demuestre que se trata de un grupo unificado con criterios administrativos y objetivos únicos.

La realidad de la existencia del grupo así definido, como una empresa global articulada, con o sin una forma jurídica determinada, hace al agrupamiento y es la piedra angular que justifica atribuir responsabilidad a sus “dominantes”. Es este el punta- pié inicial que permite la penetración de la teoría anglosajona de la diferenciación de la personería jurídica, desestimándose tal concepto, por aplicación de los principios del grupo, según ha sido aplicado en nuestro país y en el derecho comparado en materia societaria y concursal.

En efecto, cuando la actuación impuesta por el sujeto dominante comporta una invasión masiva en la esfera de la (o de las) sociedad (o sociedades) dependiente(s) y dejan de respetarse su organicidad y el régimen aplicable en derecho societario. Es el propio sujeto dominante, quien con sus actos destruye o deja sin efecto la personalidad de la o las sociedades dependientes.

4.2.2 Jurisprudencia relacionada

En tal sentido la jurisprudencia ha resuelto: “Esto es así porque la excepcionalidad con que debe aplicarse la doctrina de la “penetración” de la persona jurídica, unida a la diversa personalidad de ella y sus componentes, no puede convertirse en una valla artificial e insalvable, que con apoyo en una deducción meramente maquinal (impropia de la función judicial) impida en la práctica la adecuada aplicación de esa doctrina y prescindiendo de la realidad -que es el campo donde debe indagar el intérprete- conduzca a un fin no querido por el propio ordenamiento jurídico que ha brindado la posibilidad de asumir esa forma de personalidad, puesto que de este modo se consumaría una absurda contradicción”⁶³.

Bien viene al caso citar la máxima de los tribunales norteamericanos, que dice que “si los socios no distinguen entre sus negocios y los de la sociedad, los tribunales tampoco se van a fijar en la existencia de sujetos diferente”⁶⁴.

La frase expuesta ilustra también la doctrina que ha seguido la Corte a lo largo de fallos, receptando la teoría en cuestión y de- terminando que “no debe confundirse la razón del derecho con el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia”⁶⁵ ; o bien que, “comprobado el fenómeno de la concentración de empresas debe considerarse el fondo real de la persona jurídica y la actuación sustantiva de las relaciones que auténtica- mente las vinculan”⁶⁶.

Así también, la primacía de “la verdad objetiva” es un criterio uniforme de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entiendo al respecto que: “Debe prevalecer la necesidad de dar primacía a la verdad objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea turbado por un excesivo rigorismo formal”⁶⁷. Y en el mismo sentido se ha dicho que: “debe descalificarse la sentencia cuyo resultado importa un apartamiento palmario de la realidad económica, con grave menoscabo de la verdad objetiva y de los derechos de pro- piedad y de defensa en juicio”⁶⁸.

No es entonces la sola existencia del “grupo económico”, lo que permite penetrar la personalidad diferenciada de las distintas sociedades que la conforman, sino el uso abusivo de la misma⁶⁹ lo que la justifica. El objeto sigue siendo siempre entonces, intentar hallar la verdad real que debe prevalecer sobre las formas para

restablecer la justicia y la equidad, cuando las mismas han sido violadas mediante la imposición de la muralla que representa el esquema societario que compone a ciertos grupos.

4.2.3 ¿Ahora, cuándo se puede establecer que se está haciendo un uso abusivo de la Personalidad Jurídica?

El Doctor MANÓVIL nos aporta algunas respuestas en su libro “Grupos de Sociedades”, cita allí interesantes antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales respecto a la inoponibilidad de la persona jurídica⁷⁰. Entre ellos, ciertos casos resueltos en los Estados Unidos (“Taylor vs. Standard Gas & Elec. Co” y “Fisco vs. East”)⁷¹, de los cuales se desprende una suerte de guía de directivas, compuesta por varios supuestos cuya existencia puede justificar el levantamiento del velo societario. Ellos son: 1) La corporación madre posee todo o casi todo el capital de la subsidiaria; 2) La madre y la subsidiaria tienen directivos comunes; 3) La corporación madre financia a la subsidiaria; 4) La corporación madre suscribió el total de las acciones de la filial; 5) La subsidiaria no realiza negocios que no sean con su corporación madre, o no posee bienes excepto los facilitados por ésta; 6) En los papeles de la corporación madre, o en los informes de sus funcionarios, la subsidiaria es descrita como departamento o división de la primera; 7) Los directivos o ejecutivos de la subsidiaria no actúan en forma independiente en interés de la subsidiaria, sino que reciben órdenes de la corporación madre, en interés de ésta; 8) El proceso de toma de decisiones para la subsidiaria es realizado por la sociedad madre y sus titulares; y 9) La operación de ambas está tan integrada a través de la mezcla de fondos, de interacción y de dirección y supervisión comunes, que deberían ser considerados como una sola empresa.

El referido autor define estas situaciones como una suerte de “desfiguración de la bilateralidad contractual” cuando la parte de un contrato es una sociedad que forma parte de un grupo y, con cita de doctrina alemana (Kronstein), destaca en esta misma línea que la relación de dominio-dependencia, facilita la configuración de los presupuestos de una responsabilidad determinada, toda vez que pone en cabeza de la persona dominante ciertos deberes en el tráfico jurídico cuya inobservancia trae aparejados otros tantos efectos en el mundo del derecho.

Asimismo, el ya destacado Doctor RICHARD refiere que el artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales señala los supuestos en que un acto cumplido por una sociedad se “imputará” directamente a terceros, existiendo dos formas: la directa y la aditiva⁷². Es interesante asimilar -comparativamente- cómo la jurisprudencia veda la actuación de un presidente de directorio,⁷³ al decir que no le está permitido determinar la naturaleza ni el contenido de la voluntad social ni, aún menos, decidir per se y anticipadamente cómo habrá de configurarse la misma. Es decir, si el presidente de un directorio no puede sino “acompañar” la decisión del cuerpo que preside, lo mismo ocurre con el accionista o accionistas, ellos votan en la asamblea, pero no pueden sustituir al órgano de administración, so pena de incurrir en responsabilidad.

Más adelante dice también RICHARD que “(...) Las expresiones disregard of the legal entity, desestimación de la personalidad, superación de la personalidad, redhibición de personalidad, inoponibilidad de la personalidad jurídica, descorrimiento del velo, etc. son fórmulas omnicomprendidas del uso abusivo del medio técnico persona jurídica por los controlantes, conforme múltiples manifestaciones, doctrinas de los autores, jurisprudenciales o receptadas

normativamente que tienden a paliar los efectos dañosos producidos por ese obrar antijurídico, con efectos y fundamentos diversos según el caso o la óptica.”

No es posible soslayar la afirmación sustancial que viene especialmente a propósito de éste tema, cuando el autor que venimos siguiendo expresa que “En definitiva, desde nuestro punto de vista la desestimación de la persona jurídica importa ampliar el listado de obligados -sujetos pasivos- a quienes se puede imputar directamente el obrar de la sociedad.” Y citando a NISSEN expresa que por este camino corresponde prescindir de la personalidad e imputar directamente el hecho, acto o situación jurídica a la persona de los socios o controlantes que hicieron posible el desvío. Señala también RICHARD que la jurisprudencia ha seguido esta línea de pensamiento y hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha llegado a afirmar que la desestimación de la personalidad no sólo es aplicable para sancionar a una persona ideal, sino también en su favor⁷⁴.

Otro caso trascendente fue el caso “Duquelsy” que cita RICHARD transcribiendo parte del voto así: “(...) la inoponibilidad de la personalidad jurídica significa -darse tales supuestos- que la actuación de la sociedad (...) se imputará directamente a los socios o a los controladores que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados (...)”⁷⁵.

Un último caso de la Sala B de la Cámara Civil concluye permitiendo no sólo responsabilizar a quienes hacen un uso desviado del recurso técnico, sino también imputarle al sujeto que se ampara en el nuevo sujeto que controla, los actos o débitos que intenta eludir, y dice que ese caso era el de una sociedad extranjera controlante de otra sociedad anónima con tenencia de todas las acciones menos una, que intentara una tercería de dominio sobre fondos embargados a la controlada, para concluir que ello constituye “...Los efectos que genera el asociacionismo de segundo grado, que debe respetar el funcionamiento de cada persona jurídica...”⁷⁶.

Lo expuesto demuestra que la recepción de la inoponibilidad de la personalidad jurídica tiene un vasto reconocimiento en nuestro país e incluso ha sido receptada por la legislación societaria en su última reforma. En cuanto a los grupos societarios, reconocida su existencia por la doctrina y jurisprudencia, la sola pertenencia al grupo no hace perder la individualidad de cada sociedad, por lo que no existe en el derecho argentino ninguna regla que permita imputar los efectos de un contrato celebrado por una sociedad respecto de otra por la sola circunstancia de pertenecer al mismo grupo. En lo que atañe al presente trabajo, tiene dicho RIVERA que es necesario probar que la empresa controlante ha prestado de algún modo su consentimiento al acuerdo arbitral, para poder hacer una utilización patológica de la personalidad jurídica diferenciada⁷⁷.

4.3 Aplicación de la Teoría de Inoponibilidad de la Persona Jurídica del Arbitraje

Hemos expuesto ya la injerencia que en el derecho argentino tiene la doctrina de la penetración del velo societario y la posibilidad de hacer caso omiso de la diferente personalidad jurídica de dos entes en caso de situaciones de control societario. Sobre la materia nos hemos referido en los párrafos anteriores.

Queda claro entonces y no existen dudas de que la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica como cuestión de fondo, a título excepcional y si se cumplen

ciertas condiciones de hecho que tendrían que ser plenamente acreditadas, es aceptada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

El punto central es entonces poder determinar si los conceptos antes expuestos sobre la diferenciación de la personería jurídica y aplicación de los principios del grupo, pueden aplicarse también al arbitraje y, eventualmente, extender el alcance de una cláusula arbitral a todos los integrantes del grupo.

En materia arbitral existen precedentes que ya se han pronunciado sobre el tema, recepcionando el principio general de que la sola relación de control o de pertenencia a un grupo, resulta insuficiente para extender la responsabilidad de la sociedad controlada a la controlante.

¿Pero es este un tema cerrado, o pueden existir casos que bajo ciertas circunstancias lleven a uno o más árbitros a asumir jurisdicción arbitral frente a empresas o personas que no formaron parte -al menos directamente- del convenio de arbitraje? Veamos.

4.4 Jurisprudencia y Doctrina sobre la materia

4.4.1 La Doctrina y la Jurisprudencia francesa

Siguiendo al Profesor FOUCHARD, la doctrina y la jurisprudencia francesa se orientaron en el sentido de que un no-signatario del convenio arbitral puede ser involucrado en el proceso arbitral y obligado a aceptar sus resultados, cuando ha intervenido en la formación del acuerdo (conclusión), ejecución o terminación del contrato subyacente. Esta teoría, ampliamente difundida, tiene la limitación de ser aplicable básicamente a los contratos de obra, presentando alguna dificultad para adaptarla a otros contratos complejos en los que ciertas partes "no-signatarias" participan sólo en forma indirecta en la formación del negocio que da origen a la cuestión controvertida o no participan pero forman parte del grupo económico que realiza el negocio, como en el caso de las operaciones financieras⁷⁸.

En el mismo sentido, señala SILVA ROMERO que la jurisprudencia francesa ha resuelto casos en los que ha legitimado para participar en un arbitraje -como actor o demandado- a quienes, no habiendo suscripto el acuerdo arbitral, habían participado activamente en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato en que estaba incluida la cláusula arbitral⁷⁹.

La jurisprudencia de la International Chamber of Commerce (ICC) constituye uno de los pilares fundamentales de la doctrina en materia de arbitrajes internacionales. Sus laudos han ido variando a lo largo de los últimos años y podemos decir que: "Hay una fuerte tendencia entre los árbitros que actúan bajo los auspicios de ICC a reconocer que un convenio arbitral firmado por una sociedad que pertenece a un grupo de sociedades, obliga y otorga título a otras compañías miembros de tal grupo, siempre que se cumplan ciertas condiciones mínimas"⁸⁰.

Ya en la década del ochenta empieza a desarrollarse el corrimiento del velo para justificar la extensión de la competencia arbitral en distintos fallos de la ICC. El precedente que en alguna medida puede considerarse el origen de la doctrina francesa del "grupo de sociedades", es el caso "Dow Chemical c. Isover Saint

Gobain”, pues su laudo fue ratificado por la Cámara de Apelaciones de París el 21 de octubre de 1983, in re “Isover Saint Gobain v. Dow Chemical France”⁸¹.

En el referido proceso, el tribunal arbitral aceptó la legitimación para participar en el juicio arbitral (como demandantes) de dos sociedades del Grupo Dow que no eran signatarias del acuerdo arbitral, expandiendo así la legitimación a sujetos que no había firmado el acuerdo arbitral, pero que implícitamente habían prestado su consentimiento. Fundó ello bajo el argumento de que en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contenía la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, habían sido verdaderas partes en los contratos o estaban ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron⁸².

La doctrina en cuestión fue posteriormente receptada por la Cámara de Comercio Internacional en varios casos, como en los números 1434, 2375, 4131, 4402, 5721, 5730, entre otros⁸³. Destacamos el caso CCI No 4972 en que debía resolverse si la cláusula firmada por la sociedad controlante podía ser extendida a sus subsidiarias; y en los casos CCI No 5721 y 5730 en que, al contrario, se trataba de examinar si la cláusula firmada por la subsidiaria podía ser extendida a la controlante.

En el laudo dictado en el caso CCI No 5103 el tribunal arbitral, luego de analizar las circunstancias del caso, sostuvo que “se cumplen las condiciones que llevan a reconocer la unidad del grupo económico, ya que todas las sociedades que lo componen tienen la misma participación, tanto real como aparente, en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen por sobre el de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones económicas internacionales exige que se tome en cuenta esa realidad económica y que todas las sociedades del grupo respondan conjunta y solidariamente por las deudas de las que ellas, directa o indirectamente, sacaron provecho”⁸⁴.

Así, se concluyó en dicho arbitraje que: “Considerando que un grupo de sociedades posee una realidad económica única, a pesar de la personalidad jurídica distinta que pertenece a cada una, el Tribunal debe tener en cuenta [tal realidad económica] al momento de establecer su propia competencia”. Y luego se agregó que: “las decisiones de estos tribunales forman progresivamente una jurisprudencia que tener en cuenta, porque ella deduce las consecuencias de la realidad económica y las conforma a las necesidades del comercio internacional”⁸⁵.

También, en el laudo dictado en el caso CCI No 5721 se resolvió que: “En resumen, la pertenencia de dos sociedades al mismo grupo o al dominio de un accionista no son [criterios] que por ellos solos puedan jamás ser razones suficientes que justifiquen el levantamiento de pleno derecho del velo social. Sin embargo, cuando una sociedad o una persona individual aparece como el pivote de las relaciones contractuales que intervienen en un negocio determinado conviene examinar con cuidado si la independencia de las partes no debe, excepcionalmente, ser dejada de lado en beneficio de un juicio global. Esta excepción será aceptable cuando aparezca una confusión mantenida por el grupo o por el accionista mayoritario”⁸⁶.

En el laudo preliminar sobre competencia, dictado en los casos CCI No 7604 y 7610, se dijo que corresponde: “la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestran la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o

como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente”⁸⁷.

4.4.2 La doctrina de los tribunales norteamericanos

CAIVANO diferencia la jurisprudencia antes citada de aquella que han desarrollado los tribunales norteamericanos, destacando que los mismos han establecido que: “Conforme la Ley Federal de Arbitraje, a las cláusulas arbitrales se les aplican los mismos principios y reglas de interpretación que a cualquier otro contrato⁸⁸; y los contratos pueden nacer mediante un consentimiento tácito, aunque no exista un documento expreso, infiriendo el acuerdo de voluntades a través de las conductas de las partes⁸⁹. Puede, en consecuencia, considerarse que hay acuerdo arbitral aunque no exista un contrato escrito o alguna de las partes no haya firmado personalmente el acuerdo”⁹⁰.

“En otras palabras: bajo ciertas circunstancias, es posible que quienes no suscribieron el acuerdo, puedan exigir su cumplimiento o ser obligadas a entrar en el proceso arbitral⁹¹; y que una parte pueda ‘acordar’ o consentir someterse a arbitraje por medios diferentes de la firma puesta en el instrumento que contiene la cláusula arbitral”⁹².

Por su parte, es preciso mencionar que los tribunales estadounidenses han resuelto extender los efectos del acuerdo arbitral sobre la base de otras causales como: la doctrina del alter ego, el fraude, el descorrimiento del velo societario, la agencia o el estoppel⁹³.

El Profesor SANDROCK enseña que: “Estas teorías sobre el descorrimiento del velo societario o sobre las conductas alter ego, pueden ser aplicadas también a situaciones en las que un convenio arbitral ha sido suscrito por una compañía como un alter ego respecto de alguien parapetado detrás del escudo de la personalidad jurídica de la compañía signataria. Ese cerebro oculto detrás de la personalidad jurídica de la signataria puede ser una persona natural u otra compañía. En esos casos, la compañía signataria aparece sólo como un strawman (“puppeteer” o “marionnette” en inglés; en alemán: “Strohmann”; en francés: “homme de paille” or “prête-nom”) [en español, diríamos “testaferro”] que cubre al cerebro de la operación, el cual opera detrás del escudo de su subsidiaria”⁹⁴.

Existen entonces diferencias entre las distintas teorías desarrolladas. La doctrina francesa determina por un lado que para poder efectivamente extender los efectos de una cláusula arbitral a terceros no signatarios resulta fundamental que los mismos hayan participado directamente en la formación del negocio que da origen a la cuestión controvertida. Mientras que para la corriente norteamericana, lo determinante es el alter ego que se esconde detrás de la personalidad jurídica de su subsidiaria que pertenece al grupo económico que realiza el negocio, más allá de que su participación efectiva en el diferendo.

Otra opinión importante es la de BERNARD HANOTIAU⁹⁵, comentado por MATHIEU BOISSÉSON, en el boletín publicado en el 2003 por la Cámara de Comercio Internacional, “Complex Arbitration - Special Supplement 2003 - ICC International Court Of Arbitration Bulletin”, en el que se transcribe la opinión del autor en un artículo sobre arbitrajes complejos: “Arbitral proceedings, whatever institutional rules or nationality rules apply to them, are simply the implementation of a

contract, namely the arbitration agreement. One party to the arbitral proceedings, claimant or defendant, is always entitled to request other parties to participate in the proceedings, as long as it can prove that they are indeed parties, not to the proceedings, but to the arbitration agreement”⁹⁶.

Vale comentar también una sentencia dictada en el caso “Bridas v. Government of Turkmenistán”⁹⁷, en la que la Corte Federal de Apelaciones de los Estados Unidos reconoció la doctrina del alter ego y con ello encontró responsable al referido Estado, en nombre de la equidad, debido a que el mismo era el propietario de la subsidiaria que había intervenido en un joint venture con la Bridas. El Tribunal Arbitral, con sede en Houston, determinó que Turkmenistán, a pesar de no haber firmado el acuerdo, había utilizado a su subsidiaria como una herramienta para cometer fraude. La doctrina aplica, como todas las variaciones de la doctrina del descorrimiento del velo, sólo si: (i) el propietario ejerce el completo control sobre la corporación respecto de la tramitación de que se trata; y (ii) tal control es usado para causar perjuicio a la parte que pretende el descorrimiento del velo societario⁹⁸.

A modo de conclusión, podríamos decir que partiendo del caso Dow Chemical resuelto por un tribunal ICC, pasando por las distintas jurisprudencias de los tribunales arbitrales internacionales analizados, parecería sin mayores dudas que se puede extender la cláusula arbitral y levantar el velo societario cuando de grupos económicos se trata⁹⁹.

Los presupuestos que se repiten a lo largo de los casos citados son: (i) influencia dominante; (ii) dirección unificada sobre sus subsidiarias que determinan un dominio jurídico-societario, contractual y económico a la vez; y (iii) que a través del uso de ese control se hay causado un perjuicio aun tercero.

Esa situación de concentración empresaria es la que altera los principios en los que se asienta la legislación societaria, llevando, en ciertos casos, a justificar que la cláusula arbitral firmada por una empresa subsidiaria pueda ser extendida a su controlante.

4.5 La cuestión en el Derecho argentino

En nuestro país carecemos de un jurisprudencia uniforme sobre la materia. En materia judicial, podemos citar como referente la jurisprudencia del caso el caso “Sasetru”, en el que se estableció que: “...Una unidad socioeconómica se demuestra a través de elementos objetivos tales como: vinculación accionaria entre la empresa “principal” y las sociedades involucradas en el conjunto; directorios comunes, conducción y administración centralizada -aspectos estos últimos de singular importancia en la cuestión- y unidad en el des- involucrimiento contable, administrativo y financiero”¹⁰⁰.

Al respecto, los juristas GUYENOT y KLEIDERMACHER han dicho que: “...En el caso de Sasetru se decretó la extensión de la quiebra a 36 empresas, aún cuando no había tal situación de controlante y controlada, pero de hecho existía una dirección unificada. Esta dirección unificada provenía de los reales dueños de todo el conglomerado empresario, que cual holding de hecho, mantenían su porcentaje accionario en todas las empresas, y se distribuía el directorio, según la llamada “regla de oro”. El manejo indiscriminado y centralizado, pues, de las empresas en función del grupo sirvió de basamento a la extensión decretada, que en nuestra

opinión y según la ortodoxa aplicación del artículo 165 debería extenderse también a las personas físicas a título personal, que integraban el holding de hecho relacionado”101.

También en nuestros anales aparece el caso “La Holando Sud- americana Cía. Argentina de Seguros c. Million Air y otros”102 donde se consideró “parte” y se condenó en forma solidaria al transportador y a “Enterprises Group S.A.” (sociedad argentina) por integrar el mismo grupo comercial que IEG Inc., controlada y subordinada por esta última.

Pareciera que, tal como lo enseña reconocida doctrina nacional respecto de los grupos societarios, para que un tribunal acepte la legitimación activa o pasiva a una de las sociedades del grupo que no haya suscripto el acuerdo arbitral, es necesario que se demuestre que existe una utilización patológica de la personalidad jurídica diferenciada o que se pueda probar que este otro sujeto prestó de algún modo su consentimiento al acuerdo arbitral103.

4.6 Jurisprudencia Arbitral Argentina

Por su parte, los tribunales arbitrales argentinos no han tenido aún oportunidad de pronunciarse en un número considerable de casos. No existen laudos casos significativos en los que se haya planteado la extensión de la cláusula arbitral. Por tanto, podemos decir que carecemos en nuestro derecho de una vasta jurisprudencia sobre la materia. Impera sí una interpretación restrictiva -que a nuestro entender es equivocada- respecto de la cláusula arbitral.

4.6.1 El caso “BASF”

El caso más emblemático es el ya citado caso “BASF”104 que tramitó ante la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales. La Corte Suprema intervino allí a raíz de un conflicto de competencia suscitado entre un órgano de jurisdicción arbitral y un tribunal del Poder Judicial de la Nación, en los que no existe un superior común a ambos órganos, conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley No 1285/58, texto según Ley No 21.708. Afirmó así la competencia judicial por el hecho de que el acuerdo arbitral obligaba al vendedor y al comprador, pero no al corredor, quien era un tercero con relación a ese contrato, pese a que el mismo había suscripto el contrato en cuestión105.

El caso ha sido analizado en extenso por CAIVANO y debido a que se trata de uno de “los pocos casos que ha tocado a nuestros tribunales examinar de manera directa quiénes están obligados por la cláusula arbitral”106, consideramos que vale la pena comentar los antecedentes allí expuestos del fallo.

Explica el reconocido jurista que “se trata de dos arbitrajes que se interpusieron ante las Cámaras Arbitrales de Cereales de Buenos Aires y Rosario, discutiéndose en los mismos quiénes estaban obligados por la cláusula arbitral contenida en contratos de compraventa de cereales”.

BASF Argentina S.A. era una comercializadora de granos que había celebrado distintos contratos con intervención de Capdevielle Kay y Cía. S.A. como corredor. Explica el autor que, siguiendo una práctica usual en el comercio de granos, se dispuso en los contratos que el comprador debía realizar el pago del precio al corredor (en el caso, Capdevielle), suscribiendo a tales efectos dichos

documentos el vendedor, el corredor y el comprador. El conflicto se suscitó cuando Basf alegó que el corredor no había rendido cuentas ni le había pagado importes percibidos como consecuencia de distintas operaciones concertadas.

Ante ello la empresa comercializadora de granos promovió demandas arbitrales contra Capdevielle, justificando la competencia arbitral en la existencia de la cláusula arbitral contenida en los contratos antes referidos que determinaban que «Toda cuestión que surja con motivo de la celebración, cumplimiento, incumplimiento, prórroga o rescisión del presente boleto, será sometida a la resolución de la Comisión Directiva de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales...».

4.6.1.1 El Arbitraje de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires

El caso tramitado en Buenos Aires, llegó a la Corte a raíz de un conflicto de competencia planteado entre la justicia comercial y el tribunal arbitral¹⁰⁷. Al resolver, explica CAIVANO que la Corte, haciendo suyo el dictamen del Procurador Fiscal, atribuyó la competencia al juzgado comercial, argumentando que “el juez natural para intervenir en los conflictos entre particulares es el Poder Judicial de la Nación” y destacando que la prórroga de jurisdicción a favor de los árbitros “debe surgir del contrato que relacione a las partes en litigio y, conforme lo destaca el Fiscal de Primera Instancia, ello requiere una manifestación concreta, clara y expresa del consentimiento de las partes en favor del arbitraje”.

En este sentido, la solución adoptada por el Máximo Tribunal, si bien tuvo en cuenta la intervención del corredor en la celebración de los contratos, incluso firmando los mismos, consideró que la cláusula arbitral sólo estaba referida a los conflictos entre comprador y vendedor, pero no al corredor, quien era un tercero con relación a ese contrato y la prórroga de jurisdicción debía surgir de una “manifestación concreta, clara y expresa del consentimiento de las partes a favor del arbitraje”.

4.6.1.2 El Arbitraje de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Comercio de Rosario

Por otro lado, la suerte que siguió al arbitraje iniciado ante la Cámara Arbitral de Cereales de la Bolsa de Comercio de Rosario, no fue distinta, pese a que la estrategia procesal perseguida allí por el corredor fue diferente. En este caso la incompetencia fue planteada por vía de declinatoria dentro del propio arbitraje, excepción que fue rechazada por la Cámara Arbitral. Contra dicho laudo, la empresa corredora demanda un recurso de nulidad.

Explica nuevamente el jurista citado que en oportunidad de atender la Sala 2a de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario el recurso de nulidad interpuesto, hizo hincapié en la naturaleza convencional del arbitraje resolviendo que: «Siendo el arbitraje un método o modo de resolución de los conflictos, que tiene el propósito y efecto de sustraerlos de la jurisdicción de los jueces ordinarios, sometiéndolos a la decisión de particulares como amigables componedores, investidos de funciones a tal fin, salvo excepciones (vgr. el arbitraje establecido en el artículo 417 del CPCC) tiene naturaleza voluntaria. Esto es, que para someter la solución de diferendos a árbitros, se requiere para ello el acuerdo de los interesados, a través del denominado compromiso arbitral».

La solución arribada coincide con aquella resuelta por la Corte Suprema, en el sentido que nuevamente presupone que la cláusula compromisoria contenida en los contratos, solamente era aplicable para los conflictos que se suscitaren entre vendedor y comprado; haciendo por tanto lugar al recurso planteado y determinando, en consecuencia, que la Cámara Arbitral de Cereales de Rosario resultaba incompetente en el referido proceso arbitral¹⁰⁸.

Ahora bien, explicados los antecedentes del caso comentado debemos diferenciar el mismo de los casos que se refieren a grupos societarios. Allí, para que un tribunal acepte la legitimación activa o pasiva a una persona jurídica que no haya suscripto el acuerdo arbitral, hemos visto ya que es necesario que se demuestre que existe una utilización patológica de la personalidad jurídica diferenciada o que se pueda probar que este otro sujeto prestó de algún modo su consentimiento al acuerdo arbitral¹⁰⁹.

Es decir que la circunstancia de que una persona no haya sido signataria del acuerdo arbitral no crea una barrera infranqueable ni impide, por ese solo hecho, que pueda ser parte en un arbitraje, sea como parte demandante o demandada. Es por ello que entendemos que bajo ciertas condiciones y configurándose determinadas situaciones de hecho, es posible que una persona jurídica, que en principio resulta ser un tercero en la relación convencional que dio origen al arbitraje, pueda invocar el acuerdo arbitral o, llegado el caso, éste pueda serle oponible¹¹⁰.

4.6.2 Un caso que puede llegar a ser aleccionador

Recientemente el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires ha tenido oportunidad de expedirse parcialmente sobre el tema aquí planteado. Debido al carácter confidencial que impera en dicho procedimiento, conforme lo establece el párrafo segundo del art. 24 del Reglamento del Tribunal Arbitral, y más aún, cuando el mismo no ha obtenido un pronunciamiento definitivo, es que mantenemos la reserva de las partes allí involucradas.

En el referido proceso arbitral la allí actora demandó por rescisión contractual a todas las empresas de un Holding que posee subsidiarias en distintos países, Chile, Brasil y Argentina. Si bien, en los hechos el contrato en cuestión, que incluía la cláusula arbitral, había sido suscripto con una de ellas (la filial argentina), la actora alegó allí que existió siempre una dirección unificada por parte de la empresa controlante chilena, quien había intervenido siempre en la relación comercial, tanto en la celebración, como luego en la ejecución y posterior rescisión del contrato que contenía la cláusula arbitral en cuestión.

De esta manera fundó la reclamante su pretensión de que el Tribunal Arbitral debía valorar las conductas desarrolladas y la intervención que había tenido todo el grupo económico demandado en el conflicto, para concluir que las empresas que lo conforman habían prestado su conformidad tácita respecto del arbitraje en cuestión.

Se trata uno de los supuestos en los que el artículo 54 de la Ley de Sociedades 19.550 autoriza a prescindir de la personalidad jurídica diferenciada. Ante ello, solicitó la parte demandante al Tribunal Arbitral que extendiese la responsabilidad a la empresa controlante, así como también, a sus subsidiarias debido a que las

mismas habían mantenido siempre una participación activa en distintos aspectos de la relación comercial.

Estamos claramente ante un caso en el que se plantea que la exteriorización de la voluntad de la controlante del grupo respecto a su consentimiento a la cláusula arbitral del contrato, no deviene de una declaración formal, sino, más bien, tácita o inducida por presunción de la ley.

Las empresas del grupo demandado al contestar la demanda dedujeron excepción de incompetencia. La defensa fue en principio rechazada por el Secretario del Tribunal Arbitral como de previo y especial pronunciamiento y, luego, ante la apelación interpuesta, su pronunciamiento fue diferido para el momento del laudo definitivo. El Tribunal arbitral fundó ello con base en que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en su artículo 16 inc. 3) establece tanto la posibilidad del tratamiento de la excepción como de previo y especial pronunciamiento como su diferimiento para momento del dictado del laudo sobre el fondo¹¹¹.

Ahora bien, introducidos los antecedentes del caso, pese a que aún no se ha dictado un laudo definitivo en el proceso arbitral en cuestión, consideramos que varios de los fundamentos esbozados en el laudo parcial que luego fuera apelado, merecen ser comentados en el presente trabajo.

4.6.2.1 La dirección unificada del grupo

En efecto, el Secretario del Tribunal Arbitral expresó allí que era evidente que la actuación desplegada por la empresa controlante del grupo era la que “corresponde a quien haciendo uso de su poder de disposición y manejo de su negocio, se sustituye en la voluntad de sus subsidiarias, y decide lo más conveniente a sus intereses, gestando un contrato que ella misma elabora y ella misma manda a suscribir, por lo cual no es otra que ella misma quien concibió sus términos”.

Por tanto entendió el Director del Procedimiento que mal podía ahora “desconocer su propia conducta, jurídicamente relevante desde el punto de vista extrajudicial”; y que “Dicha conducta surgía de los distintos reconocimientos expresos y tácitos efectuados por las partes”.

En cuanto a la subordinación, estableció allí que la misma era tanto técnica, por las instrucciones que debía observar la actora, como económica, emanada de la misma holding encargada de fijar el precio a los servicios de la actora, como también jurídica, puesto que ello surgía de los términos del contrato que la empresa no había desconocido. Todo ello daba cuenta que era la misma persona quien operaba comercialmente en el país, solo que lo hacía a través de sus distintas empresas subsidiarias.

Estos hechos llevaron a la convicción del Secretario del Tribunal de que “no podía cercenarse a la actora la posibilidad de debatir en ese proceso con quien considera su principal obligada...”, agregando luego que “...lo contrario importaría cercenarle su derecho a la jurisdicción, en este caso al no permitirle demandar a quien ella considera responsable de su situación”.

Lo relevante entonces para determinar la extensión de la cláusula arbitral para el referido Secretario resultó ser no solo “el principio de buena fe que debe gobernar la actuación de las partes en las negociaciones precontractuales, y desde luego en las contractuales”, sino también “la conducta que despliegan, demostrativa de esa buena fe”.

En sustento se hizo referencia allí que nuestros tribunales han interpretado que “la doctrina de los actos propios expresada en los brocardos latinos *nemo contra factum proprius venire potest* ó *ad- versus factus suum quis venire non potest* ó *venire contra factum proprius nemo potest* y que es común sintetizarla: como que nadie puede ir o volver válidamente sobre o contra sus propios actos, tiene sus orígenes tanto en el derecho alemán, como en la jurisprudencia española y en el derecho inglés cuyo instituto lleva el rótulo de *estoppel*”¹¹². Y que es justamente esa doctrina la que constituye “el fundamento primordial de la ilicitud de ir contra los propios actos, en base al principio general de la buena fe, del cual aquél se debe interpretar como una simple derivación”.

Destacó el Director del Procedimiento del referido tribunal que ha sido en este sentido que la jurisprudencia también ha interpretado esa doctrina como constitutiva y continuadora de la antigua doctrina de “*clean hands*”, hoy llamada de prohibición de ir contra los propios actos y su significado, una línea de conducta para asegurar la vigencia de la buena fe en el ejercicio de todo derecho¹¹³.

Quizás unos de los aspectos más interesantes resulta ser que el holding demandado si bien planteó allí una excepción de incompetencia, argumentando no consentir en absoluto la jurisdicción de ese Tribunal, por otro lado unificó su representación legal bajo una misma dirección letrada corporativa, y adhirió a las contestaciones de demanda de sus subsidiarias. Esta circunstancia fue observada en el fallo y destacada como una prueba más de la dirección unificada que existía entre empresas del grupo.

Asimismo, hizo referencia el laudo comentado que, conforme lo normado por el art. 24 Reglamento Orgánico, tratándose de un arbitraje internacional, se aplica en forma supletoria la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, que ex- presamente establece en su artículo 7°, párrafo segundo, que se interpretará que el acuerdo arbitral existe cuando surja “de un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo...”.

En ese sentido, de los distintos instrumentos agregados a las actuaciones surgía que tanto el contrato firmado por la subsidiaria y la actora, como sus anexos, habían sido impuestos por la empresa controlante del grupo demandado, determinando entonces la participación de la misma en la gestación y posterior ejecución de la relación comercial que las vinculaba.

4.6.2.2 Posibilidad de extender la Cláusula Arbitral

En cuanto a la posibilidad de extender la cláusula arbitral al resto de las empresas del grupo que no había suscripto la misma, el Secretario del Tribunal Arbitral citó la doctrina sentada por nuestra Corte Suprema, en virtud de la cual la verdad jurídica objetiva debe primar por sobre las formas jurídicas que las partes hayan

escogido para celebrar una contratación, siguiendo para ello la doctrina sentada en el leading case “Colalillo”¹¹⁴.

Al respecto, se hizo referencia en el laudo que la Corte Suprema ha resuelto ya que “los tribunales pueden descorrer el velo societario en el interés de los mismos que lo han creado, haciendo aplicación positiva de la teoría de la penetración y asimismo, admitir la invocación de la teoría del conjunto económico o sus equivalentes, ya que de lo que se trata es de la necesaria prevalencia de la razón del derecho sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia, aprehendiendo la verdad jurídica objetiva”¹¹⁵. Destacando allí que cuando las partes le atribuyen a un acto una denominación que no responde a su esencia jurídica, conforme el principio de la realidad económica es ésta la que debe prevalecer¹¹⁶, aún cuando existe una regla básica del arbitraje que, como ya hemos visto, determina la extensión que corresponde darle a la cláusula a través de la cual las partes acceden al mismo.

Fundado en estos argumentos y con un criterio que consideramos correcto, entendió el Secretario en el laudo parcial de jurisdicción comentado que “las posibilidades que brinda un sistema arbitral, como método de resolución de un conflicto, deben ser amplias, y también su acceso, toda vez que la materia arbitrable es la que indica esa posibilidad, y básicamente en nuestro sistema social, como en la mayoría de los países del mundo, los derechos son disponibles para las partes, y existen solo alguno de ellos que resultan indisponible”. Por ende entiende allí que la regla es justamente la inversa a la que pretenden sostener las empresas del grupo demandado.

Ello resulta contesta con la “teoría de la especialidad del arbitraje” que desarrolla el doctor CAIVANO; al entender que no es cierto el sistema arbitral deba ser restringido en sus alcances y por ende que su interpretación deba ser restrictiva.

4.6.2.3 El carácter transnacional del Arbitraje

Finalmente creemos que merece resaltarse que el sustento de la posición del laudo parcial de competencia se funda en importante cita de jurisprudencia internacional de distintos tribunales arbitrales que ya hemos referido con anterioridad en el presente trabajo. Pero destacamos la importancia que la resolución citada le da al carácter “transnacional” del arbitraje, mencionado allí que “es importante recordar, que si bien los fundamentos que brindan tanto el título preliminar del Código de Comercio, como las previsiones del art. 208 del mismo cuerpo legal antes referidas, estos fundamentos se deben ampliar -en atención al carácter transnacional de este arbitraje- a los dictados de la lex mercatoria de estos tiempos, como asimismo a la doctrina emergente no sólo de los tribunales arbitrales, sino inclusive de los nacionales que vienen a actuar como revisores de laudos arbitrales que recurridos se so- meten a su decisión”.

El laudo, cita a GALGANO en cuanto el mismo refiere a “un nuevo derecho uniforme espontáneo, administrado por tribunales arbitrales internacionales, al que se le dio el nuevo rótulo de nueva lex mercatoria destinado a regular las relaciones contractuales dentro del mercado global”¹¹⁷.

También se citó el leading case “Dow Chemical” antes comentado, resuelto por un tribunal de la ICC y que diera pie al desarrollo de la jurisprudencia francesa que con acierto ha sintetizado el Doctor SUÁREZ ANZORENA¹¹⁸.

Ante ello, entendió con acertado criterio el Director del Procedimiento que es necesario tener en cuenta que la nueva lex mercatoria, gestada precisamente en las decisiones de los tribunales arbitrales, y en la doctrina que sigue su línea, contemplan “...aspectos que no pueden desconocerse a nivel internacional, menos aún conforme las previsiones del título preliminar del Código de Comercio y de las previsiones que contempla el art. 208 de dicho cuerpo legal cuando alude a las costumbres mercantiles y las pre- sunciones como referencias inexcusables para indagar la verdadera realidad económica que se teje detrás de un negocio, por medio de las cuales se puede penetrar un velo societario que no revela más que un posible ejercicio abusivo de los derechos que le compete a un conjunto económico, para que actuando en contra- dicción con sus propios actos despliegue una conducta frente a su cocontratante, para sostener una absolutamente contraria, en violación al principio de buena fe frente a un tribunal...”, que es en definitiva quien debe expedirse.

Asimismo, destaca el laudo de competencia que ha sido CAI- VANO quien ha señalado ya que no son sólo los tribunales internacionales quienes han considerado oportuna la extensión de la cláusula arbitral a las empresas no signatarias, cuando se trata fundamentalmente de un conjunto económico, sino que además la doctrina coincide con la referida jurisprudencia, determinando que si bien la regla sigue siendo la vinculación de las partes signatarias exclusivamente, por vía de excepción y cuando las circunstancias de cada caso en particular así lo justifican, se puede penetrar ese velo societario, para estar a la verdadera intención de las partes contratantes.

A mayor abundamiento, destacamos que el referido autor des- taca que la doctrina internacional ha interpretado que “no es la existencia de un grupo sino la intención de las partes -demostrada en este caso por la existencia de contratos interrelacionados- lo que justifica la extensión de la cláusula arbitral”, para luego concluir que “la parte que aceptó los beneficios de un contrato que no firmó no puede desconocer la cláusula arbitral contenida en él”¹¹⁹.

Hemos dicho ya que la resolución del laudo parcial de competencia fue diferida para el momento de dictar laudo definitivo. Sin embargo, consideramos que los argumentos desarrollados en el mismo contienen fundamentos jurídicos firmes, que -eventualmente- permitan revertir la tendencia de nuestra jurisprudencia local y lograr así que la misma se ajuste más a la realidad con- temporánea cada vez más creciente.

En efecto, desde el caso “Dow Chemical” en adelante, la tendencia en el derecho arbitral internacional ha ido revirtiendo el paradigma que establece que la cláusula arbitral no puede extenderse a las partes no signatarias de la misma y nuestro país no puede quedar ajeno.

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

De todo lo expuesto, podemos concluir que el proceso arbitral como tal sigue y seguirá reconociendo su origen convencional, por lo que nadie podrá ser

desplazado del juez natural si efectivamente no se ha acordado la prórroga de jurisdicción específica.

Sin embargo, propiciamos por el presente una interpretación justa que, lejos de atarse a las formas, resuelva priorizando la verdad objetiva sobre las formalidades societarias adoptadas por los distintos grupos económicos y evite el aprovechamiento disfuncional de la personalidad jurídica en perjuicio de terceros contratantes.

Hemos visto que es una realidad que los distintos Grupos Económicos se conglomeran conformando un conjunto de personas jurídicas diferenciadas, donde alguna de ellas ejerce el control de las demás, imponiendo las condiciones económicas técnicas y jurídicas de su obrar. Este tipo de vinculación particular es lo que ha llevado a concluir en varios casos, que la utilización patológica de la personalidad jurídica diferenciada puede penetrarse para lograr una correcta imputación de la responsabilidad.

Ante esta realidad, resulta esencial que la mirada de los árbitros y los jueces que intervienen en los distintos procesos arbitrales se centre en descubrir si -bajo ciertas circunstancias- ésta relación de subordinación puede encubrir una actuación contraria a derecho que justifique la extensión de la cláusula arbitral a quien, pese a no haber firmado la misma, prestó de algún modo su consentimiento a la misma; y, por tanto, se le puede llegar a atribuir responsabilidad en el caso.

Como hemos visto, el desarrollo de esta línea de pensamiento ya ha tenido su acogida favorable en gran parte de la jurisprudencia arbitral internacional. Incluso el derecho comparado empieza a mostrar que las nuevas legislaciones sobre la materia no hacen ya tanto hincapié en que el consentimiento solamente pueda prestarse por escrito, sino que también dejan abierta la posibilidad de que el mismo se efectivice por otros medios.

Hemos visto también que los principios fundamentales de nuestro derecho permiten adoptar sin inconvenientes la teoría aquí desarrollada y que ello no implica más que reconocer una situación de hecho ya existente. Sin embargo, nos queda la sensación de que todavía reina un gran marco de duda y desconocimiento respecto al alcance y criterio con que debe juzgarse un acuerdo arbitral, como así también, una equivocada interpretación de lo resuelto por nuestra Corte Suprema en el caso "BASF", creyendo que lo resuelto allí ha agotado la posibilidad extender la cláusula arbitral a terceros no signatarios de la misma.

Anhelamos que el caso aquí comentado en trámite por ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, pueda recorrer todas sus instancias y una vez firme, se constituya en un antecedente favorable.

Estamos entonces, como dijimos al principio de nuestro análisis, ante un tema abierto en el que, tal vez, la añorada ley de arbitraje de nuestro país pueda aportar un manto de solución a la materia. En el ínterin esperamos que el presente trabajo sirva para plantear el tema y reforzar el pensamiento de los autores que, guiados en un fuerte sentido de justicia, se han pronunciado a favor de que un árbitro asuma jurisdicción arbitral y extienda - bajo ciertos supuestos- la cláusula arbitral a personas que pese a no haber consentido formalmente el convenio de arbitraje, pueden quedar alcanzados por los efectos de la misma.

Bibliografía

BOISSÉON, MATHIEU: “Complex Arbitration -Special Supplement 2003- ICC International Court of Arbitration Bulletin”.

CABALLO ANGELTAS, LUIS: “El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje”, Ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, España, 1997.

CAPUTO, LEANDRO J.: Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria. Ed. Astrea, 2006.

CAIVANO, ROQUE J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. Lima Revista Lima Arbitration, editada por el Círculo Peruano de Arbitraje, N° 1, agosto de 2006, disponible en http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf. -“Jurisdicción arbitral y control judicial, con referencia al arbitraje societario”, en Cuestiones Actuales de Derecho Empresario, en homenaje al profesor consulto Dr. VÍCTOR ZAMENFELD, ed. Errepar, julio de 2005.

CRAIG, LAURENCE, PARK, WILLIAM W. Y PAULSSON, JAN: International Chamber of Commerce Arbitration, Oceania Publications- Dobbs Ferry, New York, 3a edición.

CHIOVENDA, Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1925.

DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO: “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, Rev. Ius et Veritas, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No 29, 2004.

ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL, Derecho Comercial y Económico, Parte General, Ed. Astrea, 1987, Tomo I.

FALCÓN, ENRIQUE M., Derecho Procesal, Civil, Comercial, Concursal, Laboral, Administrativo.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, MEDINA, RODRÍGUEZ Y SCOTTI: (2008) Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado, Edición electrónica gratuita. Texto completo en www.eumed.net/libros/2008c/435/.

GAGLIARDO, MARIANO: Superación de la personalidad jurídica; Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008.

GAILLARD, EMMANUEL: “L’Interdiction de se contredire au détriment d’autrui comme principe general du commerce international”, Revue de l’ Arbitrage, 1985.

GALGANO, FRANCESCO: “La globalización en el espejo del derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005.

GUYENOT JEAN Y KLEIDERMACHER ARNOLDO: Los agrupamientos empresarios y de colaboración, Ed. Ábaco, 1985.

HAMILTON, ROBERT W.: "The Law of Corporations in a Nutshell". West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1991.

HANOTIAU, BERNARD.: "Complex - Multicontract - Multiparty - Arbitrations" (1998) 14 Arbitration International.

LLAMBÍAS, JORGE J. y Alterini, Atilio A.: Código Civil Anotado, Editorial Abeledo Perrot.

MANÓVIL, RAFAEL: Grupo de Sociedades. Editorial Abeledo Perrot, 1998.

MIGUENS, HÉCTOR J.: "Responsabilidad del controlante en el derecho argentino", Rev. Jurisprudencia Argentina 2005.

NISSEN, PARDINI Y VÍTOLO: "Responsabilidad y Abuso en la Actuación Societaria" AD - HOC, 2002.

PAILLUSEAU, JEAN: "Fundamentos del derecho de sociedades". Traducción del francés por María Teresa Pintos, RDCO, 1984, no 99.

RICHARD, EFRAÍN H.: "Personalidad jurídica. Inoponibilidad", 22-11-200, IJ-XXIII-333.^[1]_{SEP}- "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", LL, 1999.

RIVERA, JULIO C.: "El Arbitraje en Argentina", inédito.^[1]_{SEP}- Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico, editorial Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

SANDROCK, OTTO: "Arbitration Agreements and Groups of Companies", en The International Lawyer Bd. 27 (1993) S.^[1]_{SEP}- "The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: an enigma still unresolved" en: Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum, London et al., 2000.

SAN MILLÁN, CARLOS, ROVIRA, ALFREDO, RAGAZZI, GUILLERMO, MANÓVIL, RAFAEL Y ZALDÍVAR, ENRIQUE: Cuadernos de Derecho Societario, ed. Abeledo-Perrot, 1980.

SUÁREZ ANZORENA, C. "Personalidad de las Sociedades" en "Cuadernos de Derecho Societario" de ZALDIVAR / MANÓVIL/ ROVIRA/ SAN MILLÁN.^[1]_{SEP}- "Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional", en Revista Internacional de Arbitraje, enero-junio 2005.

ZAMENFELD, VÍCTOR Y CAIVANO, ROQUE J.: "El arbitraje en materia societaria", Rev. El Derecho 194-152.

**IVAN KERR: "El presente trabajo está basado en la tesis final para optar al título de Magíster en Derecho Empresario, de la que fuera tutor Roque J. Caivano".*

[1] SANDROCK,, OTTO, "Arbitration Agreements and Groups of Companies", en The International Lawyer Bd. 27 (1993) S. 941 - 961, citado por DE TRAZEGNIES GRANDA, FER- NANDO: "El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje", Rev. Ius et Veritas, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No 29, 2004.

[2] Art.1195.- Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros.

[3] Art.1199.- Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162.

[4] CAIVANO ROQUE J., "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario". Lima Revista Lima Arbitration, editada por el Círculo Peruano de Arbitraje, N° 1, agosto de 2006, disponible en http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf.

[5] CAIVANO ROQUE J., op. cit.^[1]_{SEP}

[6] De un laudo arbitral dictado bajo las reglas de la CCI, con cita de ANDREA PISANI MAS- SAMORMILE, "Riflessioni in tema di clausule arbitrale", en Riv. delle Società, marzo-abril de 2000, pág 266, nota 8, que, a su vez, fuera citado por: RIVERA, JULIO C., "El Arbitraje en Argentina", inédito. Al respecto también CAIVANO R. en op. cit., cita un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se explicó que "...aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos...". Del voto del ministro Augusto César Belluscio, Corte Suprema, 31/05/1999, in re Rocca, J. C. c. Consultara S.A., Rev. Fallos 322:1100.

[7] RIVERA, JULIO C., "Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico", p. 60. Ed. Lexis Nexis.

[8] C. Nac. Civ. Sala J, 27/4/04, "Bollini, Carlos A. V. Dunar Interiores SRL y otros", ED 208-42.

[9] CSJN, 31/5/1999, "J.C. Roca c/ Consultora S.A.", 322.1100.

[10] Art.1161.- Ninguno puede contratar a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación. El contratos celebrado a nombre de otro, de quien no se tenga autorización o representación legal, es de ningún valor, y no obliga ni al que lo hizo. El contrato valdrá si el tercero lo ratificase expresamente o ejecutase el contrato.

[11] Art.1162.- La ratificación hecha por el tercero a cuyo nombre, o en cuyo interés se hubiese contratado, tiene el mismo efecto que la autorización previa, y le da derecho para exigir el cumplimiento del contratos.

Las relaciones de derecho del que ha contratado por él, serán las del gestor de negocios.

[12] FALCÓN, ENRIQUE M. Derecho Procesal, Civil, Comercial, Concursal, Laboral, Administrativo. Tomo I, p. 105.

[13] FALCÓN, ENRIQUE M., op.cit. p. 105.^[1]_{SEP}

[14] CABALLO ANGELATS, LUÍS; "El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje", Ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, España, 1997, p. 51.^[1]_{SEP}

[15] CSJN, 11/5/04, in re Basf Argentina S.A. c. Capdeville y Cía S.A. Competencia N° 1651, XXXIX, Lexis - Nexos on line, N° 35000740.

[16] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, MEDINA, RODRÍGUEZ Y SCOTTI: (2008) Contratación

electrónica internacional. Una mirada desde el derecho internacional privado, p. 236. Edición electrónica gratuita. Texto completo en www.eumed.net/libros/2008c/435/.

[17] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, MEDINA, RODRÍGUEZ Y SCOTTI, op. cit., p. 236.

[18] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, MEDINA, RODRÍGUEZ Y SCOTTI, op. cit., p. 237.

[19] Hasta el momento, se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006 en: Irlanda (2008), Nueva Zelandia (2007), el Perú (2008) y Eslovenia (2008).

[20] Ley N° 19,971, fecha de publicación: 29/9/04; fecha de promulgación: 10/9/04. Ver página web de la Biblioteca nacional de Chile

(<http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/230697.pdf>)

[21] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, MEDINA, RODRÍGUEZ Y SCOTTI, op. cit., p. 237/8.

[22] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, op cit.

[23] Esa nueva norma expresa: "Artículo 127: El decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: artículo 30a: la intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá a las normas que regulen la materia en el código de procedimiento civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible del recurso de reposición, la cual deberá ser con- signada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención", citado en:

<http://www.latinlaws.com/legislacion/modules/mylinks/viewcat.php?cid=81>.

[24] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, op cit.

[25] Art. 3. El Tribunal tendrá competencia para entender:^{[SEP]a}) en controversias, reclamaciones, desavenencias de carácter nacional o internacional relativas a la validez, la interpretación, el cumplimiento o rescisión de actos, contratos, convenciones, pactos u operaciones que tengan por objeto derechos patrimoniales relativos a la producción, el comercio o los servicios, susceptibles de transacción, en los que las partes hayan pactado la intervención arbitral del Tribunal;^{[SEP]b}) en controversias, reclamaciones o desavenencias de similar contenido, cuando se hubiere pactado la cláusula arbitral sin designación del Tribunal y las partes decidiesen someterlo al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa.^{[SEP]c}) en controversias, reclamaciones o desavenencias de similar contenido cuando no se hubiere pactado cláusula arbitral o cuando haya surgido respecto de relaciones jurídicas no contractuales, si las partes eligen al tribunal de Arbitraje General como mediador, conciliador, arbitrador o árbitro de derecho en cualquiera de las hipótesis establecidas en los apartados anteriores;^{[SEP]d}) cuando se ha designado al Tribunal de Arbitraje General por convenios que realice el Consejo de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires con cualquier otra Bolsa, Mercado, Cámara, Asociación, Colegio o entidad nacional o internacional;^{[SEP]e}) cuando no existe entre las partes ningún convenio de arbitraje o cuando se hubiere pactado un arbitraje que no se refiera al Tribunal de la Bolsa, si la parte demandada contesta el traslado de la demanda sin cuestionar la jurisdicción de éste. Si declinasen el arbitraje de la Bolsa o no contestasen el traslado, se informará al demandante que el arbitraje no tendrá lugar;^{[SEP]f}) cuando el Presidente de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, habiendo sido designado árbitro, amigable componedor, conciliador o mediador, delegase la función en el Tribunal de Arbitraje General;^{[SEP]g}) en los recursos deducidos contra las resoluciones definitivas de las Cámaras Gremiales, Cámaras, Mercados y otras entidades adheridas fundados en transgresiones a los Estatutos de la Bolsa o su Reglamento o en transgresiones a los Estatutos o Reglamentos de las Cámaras Gremiales, Cámaras, Mercados y otras Entidades adheridas o en que el laudo haya sido dictado fuera de término previsto o recaído sobre puntos no comprometidos.

[26] CAIVANO ROQUE J., ob. cit, p. 141.

[27] CAIVANO ROQUE J., ob. cit, p. 141/2.

[28] Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

[29] Art. 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

[30] CNCom, sala E, 28/04/2000, in re Nova Pharma Corporation S.A. c. 3M Argentina S.A., Rev. El Derecho, 194-151. En ese dictamen se citan como «fuente», otras sentencias del Fuero: «Sánchez, María del Pilar c. Maderas Boker S.H.», sala B, 20/05/1986; «Carello, Cristina y otro c. Productos El Orden S.R.L.», sala A, 21/12/1988; «Amorín y Cía. S.R.L. c. Amorín, Juan, sala C, 18/08/1989; «Denami, José y otro c. Rinalmar S.R.L. y otros», dictamen 66.601, 16/06/1992; «Atorrasagasti, María Cristina c. Atorrasagasti Bargues Plaza S.R.L.», sala D, 22/12/97, Rev. El Derecho, 181-155, citados por CAIVANO ROQUE J., ob. cit, p. 153.

[31] CNCom, Sala E, “Nova Pharma Corporation S.A. c/ 3M Argentina S.A. y otros s/ordina- rio”, 28/04/2000, ED 194- 151.^[1]^[SEP]

[32] CSJN, 05/04/2005: “Bear Service S.A. c/ Cervecería Modelo S.A. de C.V.

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

[34] CNCom., sala D, 7/09/1976, in re Expreso Albión S.R.L. c. Mercado de Tudesco, Rosa R., Rev. El Derecho 70-144, Rev. Jurisprudencia Argentina 1977-I-590, citado por CAIVANO ROQUE J., ob. cit, p. 156/7.

[35] CAIVANO ROQUE J., ob. cit, p. 156/7.

[36] SUÁREZ ANZORENA, C. “Personalidad de las Sociedades” en “Cuadernos de Derecho Societario” de Zaldivar / Manóvil/ Rovira/ San Millán, Vol. I, p. 157.^[1]^[SEP]

[37] RICHARD, EFRAÍN H. “Personalidad jurídica. Inoponibilidad”, 22-11-200, IJ-XXIII-333.

[38] RICHARD, EFRAÍN H., “Personalidad...”^[1]^[SEP]

[39] RICHARD, EFRAÍN H., “Personalidad...”^[1]^[SEP]

[40] HAMILTON, ROBERT W.: “The Law of Corporations in a Nutshell”. West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1991, p. 90, citado por DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO, op cit.^[1]^[SEP]

[41] CNCom., sala D, 26/02/1982 , Atalanta Corporation c. Lanin, S. A., publicado

en LaLey online.^[1]^[2]

[42] CAPUTO, LEANDRO J., Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria. Ed. Astrea, 2006, p. XIV y XVII.

[43] ETCHEVERRY; RAÚL ANÍBAL, Derecho Comercial y Económico, Parte General, Ed. Astrea, 1987, Tomo I, p. 142.^[1]^[2]

[44] ETCHEVERRY; RAÚL ANÍBAL, op. cit., pág. 147.^[1]^[2]

[45] LLAMBIAS, JORGE J. y ALTERINI, ATILIO A., Código Civil Anotado, Ed. Abeledo Perrot, Tomo III-A, pág. 153.

[46] RICHARD, EFRAÍN H., “Personalidad...”.

[47] ARTICULO 54. — El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.^[1]^[2] Inoponibilidad de la personalidad jurídica.

La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

[48] GAGLIARDO, MARIANO; Superación de la personalidad jurídica; Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008-3-354.

[49] Ver CAPUTO, LEANDRO J., op. cit, p. 188.^[1]^[2]

[50] CNCom., Sala D, 13/7/00, LL 2000 F 524; CNCiv., Sala E, 18/02/97, LL 1998 A 419, entre muchos otros.^[1]^[2]

[51] MIGUENS, HÉCTOR J.: «Responsabilidad del controlante en el derecho argentino», Rev. Jurisprudencia Argentina 2005-I-1444, citado por Caivano Roque J., ob. cit, p. 149.

[52] L.L. 2007-D-659. ^[1]^[2]

[53] CNCom., Sala A, E.D. 141-646.^[1]^[2]

[54] Cfr. CAPUTO, LEANDRO J., op. cit, p. 209.

[55] CAPUTO, LEANDRO J., ídem.^[1]^[2]

[56] “En esos casos, también puede decirse que la pretendida sociedad no es sino un “alter ego” o un “instrumento” de quien se cubre con el velo societario para defraudar los derechos de la sociedad misma o de otros socios o de terceros; y, consecuentemente, es justo descorrer tal velo para apreciar la situación de manera honesta y adecuada a la intención estatutaria, salvando la buena fe y la honestidad que se deben los socios o los contratantes”, cfr. DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO, op.cit, p. 3.^[1]^[2]

[57] JEAN PAILLUSEAU, “Fundamentos del derecho de sociedades”. Traducción del francés por María Teresa Pintos, RDCO, 1984, no 99 p381.

[58] JEAN PAILLUSEAU, ob. cit. p. 405.^[1]^[2]

[59] CHIOVENDA, Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1925, p. 6.

[60] La jurisprudencia ha sostenido este principio aun en casos en los cuales la controlante ejerce el derecho de propiedad sobre el 99% de las acciones emitidas por la controlada (CNCom, Sala D, 3/11/97, ED, 180-308). También se ha destacado “no es posible sostener sin más, aun con el grado de provisionalidad propio de la cognición cautelar, la existencia de un uso abusivo de la personalidad societaria que autorice a adoptar medidas precautorias contra sus integrantes, ya que una situación de control no presupone necesariamente un uso abusivo fe la personalidad” (CNCom, Sala B, 5/06/02, “Corralón Patagónico de los Andes SA

c/Oscar Corral Construcciones SA y otros s/medida precautoria”, en NISSEN-PARDINI- VÍTOLO (coords.), Responsabilidad y abuso en la actuación societaria, p. 326). Igual criterio debe sustentarse aun cuando según nuestra opinión, la jurisprudencia ha hecho una interpretación equivocada de la cuestión (ver fallo “Appel & Frenzel”, citado). En idéntico sentido, PINEDO-WATERHOUSE, Sobre el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, p. 878, citados por CAPUTO, LEANDRO J., op. cit, p. 227.

[61] Cfr. CAPUTO, LEANDRO J., op. cit, p. 233.

[62] CRAIG, Laurence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan: International Chamber of Commerce Arbitration, Oceania Publications-Dobbs Ferry, New York, 3a edición, p. 77.

[63] CNFed. Civil y Com. Sala I, 29.04.1983. “Llauró Hnos. Propiedades S.A. c/Llauró, Marcos J. y otro”, LL 1983-D, p. 168.^[L]^[SEP]

[64] SAN MILLÁN, Carlos, ROVIRA, Alfredo, RAGAZZI, Guillermo, MANÓVIL, Rafael y ZALDÍVAR, Enrique: Cuadernos de Derecho Societario, ed. Abeledo-Perrot, 1980, citado por CAIVANO ROQUE J., ob. cit, p. 147.

[65] CSJN, 13/07/1973, in re Compañía Swift de La Plata Frigorífica S.A. c. Dirección General de Fabricaciones Militares, Rev. Fallos 286:69.^[L]^[SEP]

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

[67] Fallos 310:799.^[L]^[SEP]

[68] Fallos 315:672.^[L]^[SEP]

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

[70] MANÓVIL, R., Grupo de Sociedades. Editorial Abeledo Perrot, 1998, página 990.^[L]^[SEP]

[71] 247 AD, 144, 157, 287 NYS, 62, 76 y su confirmación en 272 NY, 360, 6 NE, 2nd. 56 de 1936, 95, Fed, 2nd, 693,704 - 10 th. Cir., 1938, confirmado en 306, US, 307, 1939, citado por MANÓVIL, R. en op- cit., p. 990.

[72] RICHARD, EFRAÍN H, “Responsabilidad y Abuso en la actuación societaria”, Ed. Ad- Hoc, Mar del Plata, 2002.^[L]^[SEP]

[73] “Banco Julio S.A. c/ José Antonio Bonadero”, STJ de Córdoba, 09.05.2000.

[74] RICHARD, EFRAÍN H, “Responsabilidad...”.

[75] RICHARD, EFRAÍN H, “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, pág. 59, LL, 1999.^[L]^[SEP]

[76] “Moreno, Alberto c. Cometal S.P.A.”, del 06.03.01.^[L]^[SEP]

[77] RIVERA, Julio César, “Arbitraje Comercial”, Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, p. 197.

[78] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, op.cit.^[L]^[SEP]

[79] SILVA ROMERO, Eduardo. “El arbitraje examinado a la luz del derecho de las obligaciones”, en Silva Romero, Eduardo (dir.), citado por RIVERA, Julio César, “Arbitraje Co- mercial”, Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, p. 136.^[L]^[SEP]

[80] SANDROCK,,OTTO, “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, en The International Lawyer Bd. 27 (1993) S. 941 - 961, citado por DE TRAZEGNIES GRANDA, FER- NANDO: «El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje », Rev. Ius et Veritas, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No 29, 2004.^[L]^[SEP]

[81] Ver Cour d iAppel Paris, 21/1071983, Revue de l iArbitrage 1984-98, y también las citas específicas, el caso puede verse comentado en CRAIG, Laurence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan: International Chamber of Commerce Arbitration, Oceania Publications- Dobbs Ferry, New York, 3a edición, p. 76. El tema también

ha sido tratado en extenso en el boletín publicado en el 2003 por la Cámara de Comercio Internacional, “Complex Arbitration - Special Supplement 2003 ICC International Court Of Arbitration Bulletin”.

[82] Caso CCI No 4131, laudo interlocutorio de fecha 23 de septiembre de 1982, publicado en Collection of ICC Awards, 1974-1985, ed. Kluwer, p. 151 y siguientes.

[83] SUAREZ ANZORENA, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, en Revista Internacional de Arbitraje, enero-junio 2005, p. 55 y ss.

[84] Collection of ICC Awards, 1986-1990, ed. Kluwer, p. 361 y siguientes, citados por CAI- VANO ROQUE J., ob. cit, p. 125.^[1]_{SEP}

[85] ICC caso No. 5103, laudo de 1988, 115 Journal du Droit International (Clunet) 1206, p. 1212.

[86] ICC caso No. 5721, laudo de 1990, 117 Journal du Droit International (Clunet) 1019, p. 1024.

[87] GAILLARD, Emmanuel: «L’Interdiction de se contredire au détriment d’autrui comme principe general du commerce international», Revue de l’ Arbitrage, 1985, p. 241 y siguientes, citado por CAIVANO ROQUE J., ob. cit, p. 126. En el caso, la sociedad matriz fue considerada parte del arbitraje, fundamentalmente porque se juzgó que había aceptado implícitamente la cláusula arbitral: en un proceso judicial relativo a la garantía que asumiera por las obligaciones de su filial, había planteado la incompetencia del tribunal judicial a favor de la arbitral. Prevalció, en este caso, la doctrina del acto propio y la violación al deber de buena fe.

[88] US Supreme Court, in re Doctor’s Associates, Inc., et al. v. Casarotto et ux., 95-559, 517 U.S. 681, No 95-559, Mayo 20, 1996, citado por Caivano Roque J., ob. cit, p. 129.^[1]_{SEP}

[89] US Supreme Court, in re Hercules, Inc. v. United States, 516 U.S. 417, 424, 116 S.Ct. 981, 987, 134 L.Ed.2d 47, 1996, citado por Caivano Roque J., ob. cit, p. 129.

[90] Waco Court of Appeal, in re Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Eddings, 838 S.W.2d 874, Tex. App., Waco, 1992, citado por Caivano Roque J., ob. cit, p. 129.

[91] US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Fisser v. International Bank, 282 F.2d 231, 233, 2d Cir., 1960; US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, in re Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc., 10 F.3d 753, 756-57, 11th Cir., 1993, citado por Cai- vano Roque J., ob. cit, p. 129.^[1]_{SEP}

[92] US Court of Appeals for the Fourth Circuit, in re International Paper Company v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GMBH, No 98-2482, March 14, 2000, citado por Caivano Roque J., ob. cit, p. 129.

[93] RIVERA, Julio César, “Arbitraje Comercial”, Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, p. 137.

[94] OTTO SANDROCK: “The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: an enigma still unresolved” en: Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum, London et al., 2000, pp. 461-487, citado por TRAZEG- NIES GRANDA, Fernando, op.cit.

[95] HANOTIAU, BERNARD “Complex - Multicontract - Multiparty - Arbitrations” (1998) 14 Arbitration International, p. 384, citado por BOISSÉSON, MATHIEU en “Complex Arbitration - Special Supplement 2003- ICC International Court Of Arbitration Bulletin”.

[96] “Los procesos arbitrales, independientemente de si se le aplican a éstos normas institucionales o de nacionalidad, son la mera implementación de un contrato, en este caso, el acuerdo arbitral. Una de las partes del proceso arbitral, sea el actor o el demandado, tiene el derecho de requerir la participación de la(s) otra(s) parte(s) en el proceso, siempre que aquella pueda acreditar que éstas son realmente partes, no al proceso en sí, sino más bien al acuerdo arbitral”.

[97] USA Court of Appeals for the Fifth Circuit, 21/4/2006, citado por RIVERA, JULIO CÉSAR, op. cit., p. 137.

[98] RIVERA, JULIO CÉSAR, op. cit., p. 137.^[SEP]

[99] Destacamos sin embargo que no es terminante esa postura y la jurisprudencia Suiza por ejemplo ha hecho sus reparos sobre el particular, atendiendo a que los “usos comerciales” a los que alude la Ley Modelo de la CNUDMI constituye un fundamento demasiado ambiguo para imponer un acuerdo arbitral a una parte no signataria (v. Redfern Alan y Hunter, Martin, Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, 4ta. ed., Ed. La Ley, p. 240 y ss.).

[100] “Sasetru S.A. s/quiebra” JNCom. No 19 de Capital Federal, firme DJLL II-3 p. 708 y citado en NISSEN, PARDINI y VITOLLO “Responsabilidad y Abuso en la Actuación Societaria” AD - HOC, 2002, p. 125.^[SEP]

[101] JEAN GUYENOT Y ARNOLDO KLEIDERMACHER .“Los agrupamientos empresarios y de colaboración” , Ed. Ábaco, 1985, pág. 35.

[102] ED, t. 184 p. 448, con nota de ODRIOZOLA.

[103] RIVERA, Julio César, “Arbitraje Comercial”, Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, p. 197.

[104] CSJN, “BASF Argentina S.A. c/Capdevielle Key y Cía S.A. s/Competencia”, 09-03-2004, IJ-XXIX-944.^[SEP]

[105] “Corresponde que tramite ante la Justicia Nacional en lo Comercial, la causa de cobro de pesos iniciada por el vendedor contra su agente corredor para obtener la condena al pago de las sumas no rendidas al mandante ya que la cláusula compromisoria contenida en los boletos de compraventa claramente está referida a la intervención del órgano arbitral -Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales- para la solución de diferendos que surjan entre vendedor y comprador, pero no entre el corredor y su comitente enajenante. (Dictamen del Procurador General que la Corte comparte”).

[106] CAIVANO ROQUE J., op. cit, p. 158 a 160.

[107] “Conforme la regla general del derecho argentino, las contiendas de competencia entre jueces deben ser resueltas por el tribunal jerárquicamente superior a ambos. En el caso, la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales actuaba como tribunal de amigables componedores, cuyo laudo -conforme el Reglamento y al artículo 771 del Código Procesal- es irrecurrible y sólo pasible de cuestionamientos a su validez, que deben plantearse por vía de acción o demanda autónoma de nulidad (sobre el tema remitimos a nuestros trabajos «Recursos en el arbitraje», Rev. de Derecho Procesal, ed. Rubinzal-Culzoni, N° 2, marzo de 1999, páginas 271 y siguientes; y más específicamente, «Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad», Rev. Jurisprudencia Argentina 1994-I-845). En situaciones como ésta, la inexistencia de un tribunal jerárquico común conduce a atribuir competencia para resolver la contienda a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con el artículo 24 inciso 7º del Decreto-Ley 1285/58 (texto según ley 21.708. Esta interpretación ha sido admitida por la propia Corte (CSJN, 16/6/1993, Rev. Fallos 316:1524; CSJN, 11/07/1996, in re S.A. Energomachexport c. Establecimientos Mirón SAICIFA, Rev. Fallos 319: 1287)”, citado por CAIVANO en op. cit. p. 159.

[108] Capel.CyC Rosario, Sala 2a, 8/07/2004, in re Basf Argentina S.A. c. Capdevielle, Kay y Cía. SACIFM, Expte. No 210/2003, No 254, citado por CAIVANO en op. cit. p. 160.

[109] RIVERA, JULIO CÉSAR, op. cit, p. 197.

[110] CAIVANO ROQUE J., ob. cit, p. 141.

[111] En efecto, la norma citada en último término dispone en lo que hace a la cuestión: “El Tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo.”; y dicha ley resulta de aplicación al referido arbitraje

conforme lo establece el artículo 24 del Reglamento Orgánico de ese Tribunal Arbitral.

[112] CNCom., Sala A, 15/3/85, L.L. 1985-C-311, citado en el laudo parcial comentado. 113CNCiv., Sala A, 27/6/85, E.D. 114-553, ídem.

[114] Fallos 238:550, ídem.

[115] Fallos 307:118, ídem.

[116] Fallos 287:79, ídem.

[117] GALGANO, FRANCESCO; “La globalización en el espejo del derecho”, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2005, p. 41, citado en el laudo aquí comentado.

[118] El Tribunal Arbitral interpretó allí que “una cláusula arbitral expresamente aceptada por ciertas compañías del grupo debe considerarse vinculante para las otras compañías cuando, en razón de su rol en la suscripción, ejecución o terminación de los contratos con- teniendo tales cláusulas y de conformidad con la intención común de las partes del procedimiento, aparecen como las verdaderas partes del contrato o como involucradas de manera principal por estos y las disputas que de estos resultan” (Cfr. SUÁREZ ANZORENA, op. cit., p. 55 y ss., citado por el laudo aquí comentado).

[119] (ver CAIVANO, ROQUE J.; op. cit., p. 139, citada en el laudo parcial comentado).