

LA "DOCTRINA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES" Y LOS ALCANCES DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

CARLOS IGNACIO SUÁREZ ANZORENA

RESUMEN

La ponencia indaga acerca de los problemas y tensiones que se plantean entre la operativa societaria moderna en la forma de grupos de sociedades, el soporte contractual del arbitraje y las normas de derecho internacional privado que conforman el escenario fáctico y legal de los negocios internacionales contemporáneos. Se analiza en particular el contenido de la teoría francesa denominada "Doctrina de los Grupos de Sociedades" y su recepción por parte de la práctica internacional. Tal doctrina procura reconocer como dato objetivo el funcionamiento de los grupos de sociedades y propugna la extensión de los efectos de los acuerdos arbitrales a sociedades del grupo no signatarias, cuando las circunstancias de la celebración y ejecución de las relaciones contractuales que motivan las disputas permiten inferir

un grado de consentimiento implícito con tal extensión. La conclusión es que prima aún el componente contractual en un marco de desfiguración de la bilateralidad, dada la operatoria de los grupos de sociedades, y que la distinción entre imputabilidad y responsabilidad que destila el artículo 54 (3) de la L.S. provee de soluciones sin necesidad de acudir a entelequias conceptuales.

1.- EL COMPLEJO ESCENARIO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El crecimiento exponencial en la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en las transacciones internacionales, ha revelado una serie de problemas de naturaleza técnica y práctica que entrelazan de manera peculiar los principios del derecho contractual, del derecho societario y del derecho internacional privado.

Cuestiones que de por sí son complejas, como el fenómeno de la operación de los grupos societarios, la penetración de la personalidad jurídica, y los grupos de contratos, adquieren una dimensión especial dada la pluralidad de ordenamientos nacionales potencialmente involucrados, y las dificultades que se plantean en punto a la operación de los instrumentos internacionales que delimitan el campo operativo del arbitraje y el reconocimiento y ejecución de su producto normativo, los laudos arbitrales, en tal esfera.¹

Las partes y los árbitros se enfrentan con un escenario legal en el que no sólo deben discernir la ley aplicable al fondo de la disputa y la ley aplicable al acuerdo arbitral, que no necesariamente coincide con la anterior. Además, entran también en juego aquellos principios y normas procesales y sustanciales de la legislación del estado con el que está conectado legalmente el procedimiento, o sede del arbitraje, ya que son sus jueces quienes tienen, *prima facie*, la facultad de ejercer la supervisión del procedimiento y la revisión de sus resultados, de conformidad con las circunstancias, causales y estándares que las

¹ Ver, en especial, *Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros* (Nueva York, 1958).

normas locales en cada caso les imponen. Finalmente, también pueden ser relevantes las regulaciones locales e internacionales que gobiernan la ejecución y el reconocimiento de los laudos arbitrales en las jurisdicciones en donde se encuentren activos de las partes que permitan satisfacer el resultado del procedimiento.

Para las partes en el arbitraje, las circunstancias precedentes forman parte de sus especulaciones estratégicas. Para los árbitros, en cambio, son un dato insoslayable en el cumplimiento de su misión, ya que su deber no es emitir un laudo; su deber es emitir un laudo válido y ejecutable.

2.- EL OBJETO DE ANÁLISIS: LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACUERDO ARBITRAL A OTROS ENTES EN RAZÓN DE SU PERTENENCIA AL MISMO GRUPO ECONÓMICO

El arbitraje es una criatura contractual y como tal tiene efectos sólo entre quienes son partes de la relación jurídica convencional que lo funda y a la vez lo contiene y lo limita: el acuerdo arbitral.² La raíz contractual del arbitraje es la vez el pilar de su legitimidad, dada la inmediatez entre la voluntad del juzgado y la selección del juzgador, y su gran debilidad, en términos de su eficacia frente a terceros.

Resulta claro que las partes signatarias de un acuerdo arbitral están *prima facie* obligadas de conformidad con sus términos, así como también es claro que, como regla general, tampoco se proyectan sus efectos sobre quienes no han sido signatarios. Sin embargo, la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como de los tribunales estatales, revela la recepción distintas construcciones teóricas que permiten extender a partes no signatarias los efectos de un acuerdo arbitral cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe.

² Utilizaremos la expresión *acuerdo arbitral* tanto para referirnos a la *cláusula compromisoria*, es decir, el acuerdo genérico *ex ante* por el que dos o más partes someten a arbitraje un determinado tipo de controversias futuras, como para referirnos al *compromiso arbitral*, es decir, el acto mediante el cual las partes someten a arbitraje una determinada controversia existente, haya o no una cláusula compromisoria previa. Igualmente debe notarse que la problemática que trata esta ponencia es difícil de concebir en el último caso, ya que, o bien las partes o bien los jueces, han definidos los alcances subjetivos del procedimiento arbitral.

Siendo múltiples los escenarios englobados dentro de la referida problemática,³ esta ponencia se concentra en analizar una de las construcciones dogmáticas más utilizadas para, en determinados casos, extender los efectos de un acuerdo arbitral otorgado por sujeto de derecho a otros entes del mismo grupo económico en razón de su pertenencia a éste: la denominada *Doctrina de los Grupos de Sociedades*.

3- EL PROBLEMA DEL DERECHO APLICABLE AL ACUERDO ARBITRAL

Determinar quienes son los sujetos comprendidos dentro de los efectos del acuerdo arbitral requiere dilucidar los alcances de tal compromiso según su terminología y las particularidades fácticas que rodean a cada caso. Pero tal apreciación requiere de un marco normativo de referencia, y determinar cual es tal marco es uno de los problemas de derecho internacional privado más complejos del arbitraje comercial internacional.

Por un lado, se plantean delicadas cuestiones relativas a las capacidades y poderes de los otorgantes del acto. Por el otro, situaciones relativas a quienes deben ser considerados partes del acuerdo arbitral en razón de, por ejemplo, las circunstancias del otorgamiento y ejecución de la relación comercial sobre la que versa tal acuerdo, o la naturaleza de la relación con uno o más de los otorgantes o ejecutantes.

Aunque en esta ponencia nos referiremos solamente al segundo grupo de cuestiones, es importante notar que, en ambos casos, la disyuntiva metodológica es similar: o se aplica el tradicional sistema de conflicto de leyes buscando establecer los puntos de conexión que según el caso se consideren relevantes, o se aplica un método de reglas sustantivas basado en la aplicación de ciertos principios que se

³ Las razones por las que un tercero no signatario puede ser alcanzado por un acuerdo arbitral incluyen, *inter alia*, i) la incorporación por referencia de otra relación contractual que incorpora un acuerdo arbitral; ii) principios de agencia de conformidad con la extensión de tal concepto en el common law; iii) estoppel y iv) relaciones de garantía, en situaciones particulares. Para una extensa e ilustrada exposición sobre los distintos supuestos en los que una cláusula arbitral puede ser extendida a terceros no signatarios, ver Bernard Hanotiau, *Problems raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues- An Analysis*, Journal of International Arbitration, Vol. 18 (2001), No. 3, p. 253 y ss.

consideran apropiados dada la realidad del comercio internacional.⁴

Ambos sistemas tienen sus inconvenientes teóricos y prácticos. El sistema de conflicto de leyes tiene el inconveniente de que los árbitros carecen de una *lex fori* que les indique como operar en los casos internacionales. El método sustantivo parece más apropiado para aprehender la realidad de la contratación internacional, pero no puede ignorarse lo difuso de sus contenidos y la circunstancia de que, en definitiva, su aplicación estará siempre condicionada por la actitud que frente al arbitraje tengan los tribunales con responsabilidad en la revisión o ejecución del laudo.

Dada la por el momento insoluble pluralidad de actitudes frente al arbitraje internacional en las distintas jurisdicciones, y sin perjuicio de un análisis académico de las prácticas vigentes y las tendencias relevantes, no puede dejar de señalarse que, en definitiva, la eficiencia y el resultado de un procedimiento arbitral internacional descansa sobre dos pilares fundamentales: la selección de la sede del arbitraje y la capacidad e idoneidad de los árbitros designados para navegar estas complejas aguas.

4.- LA DOCTRINA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Una de las construcciones dogmáticas más discutidas en los últimos años es la denominada *Doctrina de los Grupos de Sociedades*.⁵ Ha sido referida en numerosos precedentes arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional⁶ y decisiones judiciales, especialmente en Francia,⁷ y ha sido objeto de significativa atención por parte de la

⁴ Ver, en general, Fouchard, Gaillard and Goldman, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Editado por E. Gaillard and J. Savage, Kluwer Law International, 1999, p. 241 y ss.

⁵ En francés, *Doctrine de Groupe de Sociétés* y en inglés *Group of Companies Theory*.

⁶ Ver, en general, Sigvard Jarvin, *La validité de la clause arbitral vis-à-vis des tiers non signataires de la clause - Examen de la doctrine de Groupe de Sociétés dans l'arbitrage CCI*, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, No. 6, 1995, p. 730 y ss.

⁷ El lugar y el tipo de procedimientos en el que se ha afianzado más la doctrina puede explicarse sobre la base de dos razones. En primer lugar, los tribunales franceses han adoptado el método de las reglas sustantivas a partir de la decisión de la Corte de Casación en el caso *Dalico* en donde se dijo que la validez de un acuerdo arbitral *debe determinarse sobre la base de la voluntad común de las partes, sin necesidad de referirse a un derecho nacional* (Cour de Cassation, *Khoms el Mergeb v. Société Dalico*, *Revue de l'Arbitrage* 1994, No. 1, p. 116 y

literatura especializada en la materia. Su aplicación presupone la existencia de una norma sustantiva y en tal sentido ha sido receptada por cierta doctrina como uno de los posibles contenidos de la denominada *lex mercatoria*. Así, Lord Mustill, en su reconocida enunciación de tales principios postula como regla 8 la siguiente: *Se considera que el interés controlante en un grupo de sociedades ha contratado en nombre de todos los miembros del grupo al menos en lo que concierne al acuerdo arbitral.*⁸

El caso que concentró la mayor atención fue la decisión arbitral recaída en el caso *Dow Chemical* en 1982.⁹ La controversia se relaciona con dos contratos idénticos que vinculaban a Dow Chemical AG (Suiza) y a Dow Chemical Europe con Isover Saint Gobain. En lo relevante, los contratos establecían arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional y permitían que cualquier subsidiaria de Dow Chemical Company pudiera realizar las entregas necesarias según lo requerido contractualmente, aunque en la práctica eran realizadas por Dow Chemical (Francia).

Como consecuencia de crecientes desencuentros entre las partes, Isover Saint Gobain inicio procedimientos judiciales contra varias de las subsidiarias de Dow Chemical Company por ante los tribunales franceses. En respuesta, Dow Chemical Company (E.E.U.U.), Dow Chemical (France), Dow Chemical (Suiza) y Dow Chemical (Europa) iniciaron un procedimiento arbitral de conformidad con lo dispuesto en los contratos. Isover Saint Gobain, solicitó, en lo que aquí interesa, la exclusión de Dow Chemical Company (E.E.U.U) y Dow Chemical (France), por no ser partes del acuerdo arbitral.

El tribunal arbitral desechó tal defensa. Por un lado, afirmó que el arbitraje internacional debe ser receptivo de los usos y necesidades

ss.). En segundo lugar, el reglamento de la CCI recepta el método de normas sustantivas al establecer en su artículo 17-2 que los tribunales arbitrales deberán tener en cuenta los usos comerciales pertinentes.

⁸ Ver The Rt. Hon. Lord Justice Mustill, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty Five Years*, Arbitration International, Vol. 4 No. 2 (1988), p. 86. Klaus P. Berger, profesor en la Universidad de Munster, postula como regla 50 la siguiente: *Una entidad corporativa que actúa por cuenta (on behalf) de un grupo de entes corporativos obliga a todos los entes que pertenecen al grupo.* Klaus P. Berger, *THE CREEPING CODIFICATION OF LEX MERCATORIA*, Kluer Law International, 1999, p. 300.

⁹ *Laudo Provisorio en el caso CCI 4131 del 23 de septiembre de 1982*, *Revue de l'Arbitrage*, 1984, p. 137.

del comercio internacional en el caso de los grupos de sociedades, por constituir éstos una única realidad económica que no puede dejar de tomarse en cuenta. Sin embargo, de la lectura de la decisión se desprende que la razón central se relaciona con la existencia de un consentimiento implícito. Así, el tribunal concluyó 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 conteniendo 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 éstos y las disputas que de éstos resultan.*

La doctrina ha sido receptada con variantes en numerosos casos CCI¹⁰ y avalada expresamente por las cortes francesas¹¹ no sólo a los fines de expandir el universo de demandantes, sino para expandir el universo de los demandados, lo cual es por cierto más delicado.¹² Conviven en su seno un elemento objetivo, la existencia del grupo, y un elemento subjetivo, en la forma de una conducta que permite inferir un consentimiento implícito. Sin embargo, parece claro de los reportes de laudos arbitrales que el elemento subjetivo es decisivo y que no basta la mera existencia de control o relación grupal. Así en el caso CCI 6519 se dijo que: *sin negar la realidad constituida por los grupos de sociedades, los efectos de una cláusula compromisoria no pueden ser extendidos a sociedades no signatarias que tienen una personalidad jurídica distinta a menos que haya sido representadas de manera efectiva o implícita, o que hayan jugado un rol activo en las negociaciones que la precedieron o estén implicadas de manera directa en el acuerdo donde se estipuló una cláusula compromisoria.*¹³

La delimitación de la doctrina es un tanto borrosa, y sus conte-

¹⁰ Ver Sigvard Jarvin, *op. cit.* Allí se hace referencia, *inter alia*, a los casos CCI 1434, 2375, 4131, 4402, 4504, 5721, 5730 y 6519. Ver también casos CCI. 7604, 7610 y 8891 en *Collection of ICC Arbitral Awards - Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI (1996-2000)*, Kluwer Law International, 2003.

¹¹ La decisión fue luego ratificada por la Cámara de Apelaciones de París del 21 de Octubre de 1983, *Isover Saint Gobain v. Dow Chemical France*, *Revue de l'Arbitrage*, 1984, p. 98.

¹² Ver, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Pau, 25 de noviembre de 1986, *Sponsor A.B. v. Lestrade*, *Revue de l'Arbitrage*, 1988, 153.

¹³ Ver casos citados en Sigvard Jarvin, *op. cit.*, p. 730 y ss.

nidos, dudosos. Dudoso también es el alcance con que ha sido receptada en otras jurisdicciones,¹⁴ en parte, quizás, por una razonable reticencia a aceptar la relevancia del componente objetivo de la doctrina, en la medida que implica una puerta para transformar una excepción en una regla, dada la realidad de la operación contemporánea de los grupos económicos. El propio Lord Mustill, al comentar el principio de la *lex mercatoria* citado más arriba, señala su convicción personal de que los casos en los que se basa la enunciación se podrían haber resuelto de igual manera apelando a la terminología de los acuerdos y la conducta de las partes, sin necesidad de recurrir a una teoría tan rebuscada.¹⁵

Los tribunales suizos han sido particularmente restrictivos y han sostenido, *inter alia*, que *la doctrina de los grupos de sociedades no justifica per se extender la cláusula arbitral a otra compañía del grupo*.¹⁶ Por su parte, en un caso reciente un tribunal inglés sentenció de manera terminante que la doctrina de los grupos de sociedades que con base en el caso *Dow Chemical* había sido receptada por un tribunal arbitral *no formaba parte del derecho inglés*.¹⁷

Los tribunales estadounidenses merecen una breve mención aparte, ya que su casuística recepta hipótesis que, aunque no implican una aplicación de la doctrina en consideración, toma en consideración la problemática del fenómeno de los grupos de sociedades. Así, en varios casos se decidió, sobre la base de la doctrina del *equitable estoppel*, que quien es parte de un acuerdo arbitral con una sociedad de un determinado grupo no puede eludir tal compromiso demandando a otras sociedades del grupo con las que no pactó arbitraje por ante los

¹⁴ Hay autores que han querido ver una incipiente aparición de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales canadienses. Ver Stewart Shackleton, Comentario al caso *Corporación Transnacional de Inversiones v. Stet International Spa* (1999), 45 O.R. (3d) 183 (Suprema Corte de Ontario), *International Arbitration Law Review*, 2000, 3 (1).

¹⁵ Ver The Rt. Hon. Lord Justice Mustill, *op. cit.* p. 86.

¹⁶ Citada por Hanotiau, *op. cit.*, p. 282.

¹⁷ *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd* (2004) EWCH 121 (Comm). Ver, sin embargo, opinión de Clark J en el caso *Caparo Group Ltd. v. Fagor Arrasate Sociedad Cooperativa*, quien señaló pese a rechazar la aplicación de la doctrina al caso concreto, decidió que *ello estaba lejos de significar que pueda haber un caso en el que pueda llegarse a una conclusión distinta aplicando el derecho inglés*. Citado Tanya Melnyk, *The Extent to which Non Contracting Parties can be encouraged or compelled to take part in Arbitral Proceedings – The English (Arbitration Act 1996) Perspective*, *International Arbitration Law Review*, 2003, 6 (2).

tribunales judiciales, si las causas por las que reclama están íntimamente relacionadas con obligaciones contractuales sometidas arbitraje.¹⁸

5.- CONSIDERACIONES FINALES

Como se puede apreciar de los casos citados, el tratamiento de la extensión del acuerdo arbitral a sociedades no signatarias pertenecientes al mismo grupo económico por parte de la práctica arbitral internacional revela, pese a cierta ambigüedad, la supremacía del componente contractual en la forma de un requerimiento de consentimiento expreso o implícito, y, por ende, como regla, el respeto por la especificidad jurídica de los miembros del grupo.

Se advierte, en el tratamiento de la materia, las dificultades que se experimentan en otras latitudes para distinguir entre *imputación* y *responsabilidad*, y superar así el umbral de la penetración de la persona jurídica como única aproximación a los supuestos en los que ésta opera antifuncionalmente. Se nos revela así, una vez más, la riqueza y sabiduría del artículo 54 párrafo 3 de la Ley de Sociedades, el cual, aún con sus inconvenientes, permite resolver los problemas que se han abordado sin acudir a entelequias conceptuales, mediante el concepto de la *inoponibilidad*.¹⁹

El problema que aquí se ha planteado pasa por discernir a qué sujetos corresponde imputarles²⁰ el haz de derechos y obligaciones que surge de un determinado acuerdo arbitral, a la luz de ciertas cir-

¹⁸ Ver, especialmente, *Sunkist Soft Drinks v. Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d. 753 (11th. Cir. 1993) y casos citados por Martin Domke, DOMKE ON COMMERCIAL ARBITRATION, Thomson-West, 2003, p. 13-19.

¹⁹ Nuestros abogados y jueces tendrán pocas oportunidades de demostrar la versatilidad de nuestras normas y conceptos decidiendo casos arbitrales internacionales, mientras no se modernice nuestra legislación sobre la materia y se instale un verdadero sentido de respeto por el instituto. Nuestro país, lamentablemente, no es considerado una sede confiable para arbitraje internacionales.

²⁰ Ver Carlos Suarez Anzorena, *Personalidad de las sociedades*, en CUADERNOS DE DERECHO SOCIETARIO (Zaldivar y otros), Abeledo Perrot, 1973, p. 131. Allí se define imputar como una mecánica mediante la cual la ley atribuye un hecho, acto o situación jurídica a determinada persona, fijando a tal fin diversos recaudos, variables según el supuesto, entre los cuales está la capacidad de cumplir el acto, adquirir los derechos o asumir las obligaciones que de él derivan y también las consecuencias sancionatorias de la ejecución de un acto prohibido.

cunstances cada vez más habituales en la operación de los grupos de sociedades. Tales circunstancias, por añadidura, pueden eventualmente dar lugar a un deber de responder, pero aunque así no fuera, el ejercicio de la jurisdicción arbitral *per se* puede tener efectos irrevocables en el universo jurídico de quienes fueron parte en los procedimientos, especialmente en materia de *res judicata*. Así, aunque un demandante sea exitoso en su intento de extender los efectos de un acuerdo arbitral a una serie de sociedades o personas no signatarias, un laudo rechazando la demanda se incorpora al patrimonio de éstas últimas aunque hayan cuestionado la jurisdicción del tribunal arbitral.

En definitiva, el problema que de alguna forma procura resolver la *Doctrina de los Grupos de Sociedades*, y que trata esta ponencia, se relaciona con el fenómeno de la *desfiguración de la bilateralidad contractual*²¹ en el contexto de la actuación contemporánea de los grupos de sociedades, más que con la noción de personalidad jurídica, que tiene sus propias patologías diferenciadas y que no implican necesariamente la existencia de un grupo de sociedades. Tales patologías han sido objeto de tratamiento por la práctica arbitral internacional relativa a la extensión del acuerdo arbitral, utilizando figuras como el descorrimiento del velo societario o el concepto de *alter ego*. Pero, como diría Rudyard Kipling: *esa, es otra historia*.

²¹ Ver Rafael M. Manóvil, GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO COMPARADO, Abeledo Perrot, 1998, p. 721.