

Arbitraje societario: arbitrabilidad subjetiva

por JORGE A. ROJAS^(*)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. — 2. UNA NUEVA REALIDAD. — 3. LA CUESTIÓN DE LA ARBITRABILIDAD. — 4. EL IMPACTO DE TERCEROS. — 5. EFECTOS HACIA EL TRIBUNAL ARBITRAL. — 6. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. Introducción

Es cierto que con todo lo que significó el maestro Jaime Anaya para el Derecho Comercial cualquier elogio puede pecar de insuficiente, pero por lo menos sirva este pequeño aporte para recordar sus enseñanzas y su trayectoria, que tiene mucha más importancia, desde mi punto de vista, como agradecimiento por todo lo que nos brindó en su dilatada y rica trayectoria.

El estilo sobrio, tan simple y coloquial que siempre lo distinguí, y la profundidad de su sapiencia justifican plenamente este homenaje, por lo que agradezco la invitación que me han hecho para participar y contribuir con este pequeño aporte, que me apena no poder charlarlo con el querido maestro, pero sé que en el fondo me hubiera dicho ‘muy bien adelante’, quizás porque tuve oportunidad de tratarlo pienso que me hubiera dicho lo mismo, porque sostenía que no se puede tener una mirada vieja sobre situaciones nuevas que requieren indefectiblemente un tratamiento diferente.

Lo expuesto tiene que ver con algunas de las reformas introducidas al nuevo Reglamento Orgánico del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (ROTA), que nuestro homenajeado integró, tan caro a sus sentimientos, por el cuidado que siempre le dispensó y, desde luego, algunas de las cuestiones que se pueden suscitar con su interpretación, y su aplicación, vinculando ello con lo que es materia de estas jornadas.

2. Una nueva realidad

Es bien sabido que el arbitraje en materia societaria estuvo contemplado dentro de las previsiones del viejo Código de Comercio del año 1862, que lo imponía con carácter forzoso, para todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o división, háyase o no estipulado así en el contrato de sociedad⁽¹⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Orden público en el contrato de arbitraje del Código Civil y Comercial*, por PABLO A. PIROVANO, ED, 262-520; *Compétence-compétence y la remisión al arbitraje*, por FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, ED, 263-701; *La sede del arbitraje*, por ROQUE J. CAIVANO, ED, 272-463; *El contrato de arbitraje en el Código Civil y Comercial*, por DANTE CRACOGNA, ED, 275-721; *Internacionalización subjetiva, deslocalización de la jurisdicción, y desnacionalización del derecho en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI: las paradojas del sistema jurídico global*, por CRISTIAN GIMÉNEZ CORTE, ED, 276-577; *Observaciones preliminares a la ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27.449 (primera parte)*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 279; *Observaciones preliminares a la ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27.449 (segunda parte)*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 279; *Observaciones preliminares a la ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27.449 (tercera parte)*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 279; *Ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional*, por MILTON C. FEUILLEDE, ED, 300-1138; *El deber de revelar de los árbitros*, por ROQUE J. CAIVANO, ED, 302; *El acuerdo arbitral contenido en una estipulación a favor de terceros y el efecto negativo del principio kompetenz-kompetenz*, por ROQUE J. CAIVANO, ED, 302-141; *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Independencia e Imparcialidad. La regla sobre financiamiento*, por LISANDRO A. ALLENDE, ED, El nuevo Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires - Director Roque J. Caivano, Cita Digital ED-V-DI-908; *El nuevo Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio: algunas cuestiones novedosas en materia de procedimiento*, por VERÓNICA SANDLER OBREGÓN, ED, El nuevo Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires - Director Roque J. Caivano, Cita Digital ED-V-DI-910; *Los principios del Arbitraje bajo el Reglamento de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires*, por PABLO A. PIROVANO, ED, El nuevo Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires - Director Roque J. Caivano, Cita Digital ED-V-DI-906. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesor Titular Ordinario de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Árbitro Permanente del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

(1) Así lo señaló el maestro Jaime L. Anaya, “Arbitraje societario”, LL 2007-C-1025. En la misma línea: Caivano, Roque y Ceballos Ríos,

Sin embargo, su escasa o nula utilización llevó a que la entonces Ley de Sociedades Comerciales 19.550, sancionada en 1972, lo eliminara como método de solución de conflictos intrasocietarios, aunque ello no impidió que las partes decidan someter algunos diferendos societarios a que sean resueltos por este medio⁽²⁾.

Actualmente la Inspección General de Justicia continúa contemplando y de algún modo fomenta la inclusión de cláusulas arbitrales en los estatutos sociales, más allá de la obligatoriedad para las sociedades abiertas, lo cual lleva a que convencionalmente las partes adopten esta vía de solución para los conflictos societarios⁽³⁾.

El arbitraje, en el Tribunal de la Bolsa de Comercio, tan caro a los sentimientos del Dr. Anaya, tiene una dinámica similar a la que se puede observar en distintos tribunales institucionales del mundo, con la salvedad de su integración por árbitros permanentes, aunque sí por las implicancias que presentan los nuevos giros dentro del comercio, las nuevas formas de contratación, la importancia que corresponde atribuirle en ello a la inteligencia artificial, a la celeridad de las comunicaciones, a la digitalización de las actuaciones, todo lo cual implica un reordenamiento de aquellos principios, que otrora pudieron revestir alguna importancia, con algunos que parecen nuevos, aunque reflejan principios tradicionales, solo que requieren su adaptación interpretativa a estos tiempos⁽⁴⁾.

Sobre la base de los cambios que se advertían a nivel mundial en el ámbito del arbitraje, se decidió en la Institución la necesidad de actualizar el Reglamento Orgánico del Tribunal de Arbitraje (ROTA) a través del cual se desarrolla el proceso arbitral en la Bolsa de Comercio⁽⁵⁾.

Por lo tanto, desde los principios liminares del arbitraje, todos ellos con reconocimiento universal, más allá de su necesaria adaptación a nuestro medio, se diseñó el sistema de actuación en el Tribunal, para el desarrollo de todos los arbitrajes, sea que requieran un pronunciamiento como árbitros de derecho, o bien como amigables compondores, con la novedad que, siguiendo algunos lineamientos de la Ley Modelo de Uncitral, también se introdujo el arbitraje acelerado, pues en algunos supuestos se trata de cuestiones que requieren un trámite breve para su definición.

Son muchas las variantes introducidas en el viejo ROTA, pero, toda vez que estas jornadas nos convocan al abordaje del arbitraje societario, la idea del desarrollo de estas líneas es tratar algunos aspectos que resultan novedosos en ese nuevo Reglamento en clave de conflictos societarios.

Sirva como ejemplo de lo expuesto, el impacto que puede tener en la conformación del Tribunal, el llamado “third party funding”, es decir, el tercero financiador del arbitraje, y el rol que le puede caber –no solo desde el punto de vista económico– dentro de un proceso arbitral⁽⁶⁾.

Natalia, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*, La Ley, p. 182; haciendo alusión al Código de Comercio comentado de Raymundo L. Fernández, 1ª reimpresión corregida y actualizada del año 1946, T. I, p. 712, Cía. Impresora Argentina.

(2) Rivera, Julio César, *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*, Lexis-Nexis, p. 170.

(3) Aunque ese criterio se cristalizó en la Resolución 4/2001 de ese organismo, en la actualidad se refleja en la Resolución IGJ 15/2024. Véanse, por ejemplo, los arts. 69 o 204 que brindan ese tipo de posibilidades.

(4) Ejemplo elocuente de lo expuesto son el principio de flexibilidad de las formas, o bien el principio de colaboración, entre otros, y que muchas veces las partes son reuentes a su utilización, tal vez por el apego a las formalidades que distingue nuestra profesión.

(5) Se produce una situación similar para tomar un ejemplo de un tribunal tradicional como es el de la Cámara de Comercio Internacional, el cual periódicamente formula adaptaciones a su Reglamento de actuación a fin de mantener la vigencia de nuevas formas de procedimiento que generan las prácticas arbitrales.

(6) El nuevo ROTA regula la figura del tercero financiador, que presenta varias aristas para su consideración, de la siguiente forma: Denuncia de financiamiento. Art. 20: 1. Las partes tendrán la misma obligación de revelar la colaboración o participación de terceros en la financiación de los costos del arbitraje, para que el Tribunal adopte las medidas que estime necesarias por la posible relación entre el financiador con los árbitros o las partes, y la eventual vinculación con la causa misma, que puedan afectar directa o indirectamente el desarrollo del proceso arbitral, e incidir en la imparcialidad e independencia de los árbitros, sea que ello se produzca al inicio del arbitraje o durante su desarrollo.

Y, desde luego, el impacto que ello genera en el deber de revelación que deben observar los árbitros, que también recoge la regulación que se ha hecho de este instituto en el Código Civil y Comercial de la Nación, para lo cual se siguieron las pautas fijadas por las Reglas de Ética de la International Bar Association (IBA); o en su caso, la íntima vinculación que guarda con todo ello la extensión de la cláusula compromisoria al tercero no signatario, que es otra incorporación que se ha hecho en el Reglamento, siguiendo para ello los preceptos de la Ley Peruana de Arbitraje Comercial y otros reglamentos institucionales que contemplan la figura, como el caso del de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Como se puede apreciar de lo expuesto, todo ello puede guardar una íntima vinculación con el arbitraje societario. Sin embargo, es tan vasto el campo para abordar esa temática que no se puede restringir en estas líneas una exposición que lo abarque todo.

Por esa razón, tal vez la combinación entre lo novedoso que representan algunos temas –como los señalados– que se han incorporado al ROTA con la trayectoria del maestro Anaya que es el motivo de este homenaje, que ha tenido un paso y una influencia trascendental para el desarrollo del arbitraje en nuestro país, y desde luego para su desenvolvimiento dentro de una Institución tan tradicional como la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, nos convoque a abordar un tema que puede ayudar a tratar estas variantes como podría ser la arbitrabilidad subjetiva, que desde luego pretende ser una exposición para generar debates clarificadores, pues esclarecer significa progresar en un desarrollo determinado, y no una tarea que implique una única interpretación.

3. La cuestión de la arbitrabilidad

Sería sencillo hacer referencia a la materia arbitrable y sostener que, cuando se persigue el desarrollo de un arbitraje voluntario, habrá materia arbitrable siempre que los derechos involucrados resulten disponibles para las partes, tal como surge de nuestra legislación tanto procesal como sustancial.

A su vez, la disponibilidad de los derechos, para su concreta identificación, lleva a sostener que se trata de aquellos que son susceptibles de ser objeto de transacción. Esto significa que no existe impedimento alguno para disponer sobre ellos, pues no hay ningún tipo de implicancias de orden público que puedan afectar esa disposición⁽⁷⁾.

Sin embargo, cuando se hace referencia a la materia arbitrable, indefectiblemente se alude a la llamada arbitrabilidad objetiva. Aunque existe otra que tiene que ver con las partes involucradas en un conflicto, supuesto en el cual la arbitrabilidad resulta subjetiva, toda vez que pueden surgir restricciones que lleven al tribunal interviniente a formular reparos para llevar a cabo el arbitraje.

Y en materia societaria, resulta un aspecto importante para tener en cuenta, pese a que desde antiguo se utiliza el arbitraje para resolver ese tipo de conflictiva⁽⁸⁾, y de alguna manera en el ROTA se ven reflejados algunos aspectos que se vinculan a esta problemática.

Uno de los ejemplos que resulta oportuno traer a colación se vincula con el deber de revelación de los árbitros⁽⁹⁾ y su extensión a las partes, a los fines de señalar la existencia de un tercero financiador del arbitraje que, como fuera señalado anteriormente, ha sido regulado específicamente en el ROTA, con la amplitud que merece su tratamiento.

Ese tercero, como se desprende del art. 20 del Reglamento, no restringe su interferencia en el proceso arbitral solamente desde el punto de vista económico, pues puede brindar su apoyo a una de las partes, por ejemplo, a través de una asistencia letrada, o bien por hacerse cargo de todo el proceso con el alcance que ello tiene desde el punto de vista tanto económico como jurídico, para lo cual no conviene perder de vista que quien resulta legitimado sustancialmente en la causa puede resultar una empresa que, tal vez, para expresarlo de un modo simple, no puede afrontar económicamente ese proceso, por la envergadura que tiene su reclamo, de ahí su financiamiento a través de un tercero, o bien, por la complejidad de la materia que abordar que tal vez requiera un especial apoyo técnico, científico o jurídico.

Otro aspecto que guarda íntima relación con los que se han señalado surge del art. 7 del ROTA que dispone textualmente: “El acuerdo arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se deduce por su participación de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral, o al que este último esté relacionado. Se extiende también a quienes se pretende derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos, siempre que en todos los casos hayan sido debidamente convocados al proceso”.

En este aspecto la cuestión se complejiza más aún, toda vez que esa norma, tomada de la Ley de Arbitraje del Perú, permite la extensión de la cláusula compromisoria a terceros no signatarios, aspecto por demás árido para su tratamiento en el mundo del arbitraje.

En el arbitraje internacional, prevalece la tendencia que se pronuncia a favor de la extensión de los efectos de la cláusula compromisoria a las sociedades del mismo grupo que no la suscribieron, y los fundamentos para ello giran en derredor de las circunstancias que permitan atribuir la voluntad coincidente de la sociedad –que no suscribió la cláusula– a los vínculos que pueden quedar implicados por los caracteres del grupo societario⁽¹⁰⁾.

Como se puede advertir de lo expuesto hasta aquí, existe una íntima conexidad entre los institutos analizados, por lo cual conviene destacar sus distinciones, más allá de los efectos que puedan provocar.

4. El impacto de terceros

Como fuera señalado, existen posibilidades de intervención de terceros que originariamente no estaban investidos de legitimación sustancial a los fines de participar en el proceso arbitral. Sea porque se aluda a los terceros llamados financiadores del arbitraje, sea porque a esos terceros se los involucre en el proceso arbitral porque se extiende a su respecto el alcance de la cláusula compromisoria que vincula a las partes originarias.

Sin perjuicio de que es claro que existen diferencias en la intervención de ambas categorías, lo cierto es que existe un denominador común en ellas que se proyecta sobre la integración del tribunal, o bien sobre alguno de sus integrantes, pues su intervención puede generar esos efectos, circunstancia que por sí misma enfrenta y pone en tela de juicio la noción de debido proceso.

Por lo tanto, conviene distinguir ambas figuras porque el rol que les toca jugar en el proceso resulta diverso, más allá del efecto común que ambas pueden producir.

2. Se interpretará como tercero financiador, a cualquier persona física o jurídica que provea de soporte financiero a una parte del arbitraje, con el interés de obtener el pago del financiamiento a expensas del resultado del arbitraje, tanto en beneficio de la parte que asista como en el suyo propio.

3. Una vez producida la revelación y a efecto de garantizar la transparencia y asegurar la integridad de los procesos arbitrales, el Tribunal Arbitral podrá exigir conocer la totalidad del convenio de financiamiento.

4. El tercero financiador también se encontrará sujeto a las obligaciones de confidencialidad.

5. Asimismo, con el propósito de velar por la imparcialidad e independencia de los árbitros, las partes también deberán informar al Tribunal los nombres de las diferentes personas, humanas o jurídicas, que hacen parte del equipo de profesionales encargados de su asunto, distintos de quienes actúen directamente en el proceso como apoderados, patrocinantes, peritos o en cualquiera otra calidad. Los árbitros resolverán en ocasión de las revelaciones realizadas por una o ambas partes sobre sus asesores, peritos o personas, humanas o jurídicas, vinculadas a una de ellas, para garantizar la transparencia de sus decisiones.

(7) Estos extremos surgen claramente del juego armónico de los arts. 736 y 737 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; y además del alcance que exhibe el art. 1649 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(8) Carazo Liébana da cuenta de que los romanos ya utilizaban la figura del *arbitrator* en los litigios societarios, dotándoles de un auténtico régimen jurídico (v. de la autora: Carazo Liébana, María José, *El arbitraje societario*, Marcial Pons, p. 30).

(9) El ROTA regula ahora este instituto de la siguiente manera: Independencia e imparcialidad. Deber de revelación - Art. 19: 1. Los árbitros deberán ser imparciales y conservar su apariencia de imparcialidad, y además se mantendrán en todo independientes de las partes, y están obligados a revelar durante toda la tramitación del arbitraje, cualquier tipo de circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas de las partes, o una de ellas, sobre su imparcialidad e independencia para intervenir en el caso.

2. En caso de duda, sobre su deber de revelar determinada circunstancia o, hecho relativo a su imparcialidad, los árbitros están obligados a revelarla. Cuando un árbitro omite revelar alguna circunstancia que debió ser conocida por las partes, se entenderá como una duda justificada que compromete su imparcialidad.

3. Las partes quedan facultadas para aceptar su eventual excusación, o bien convalidar su actuación. La misma obligación pesará sobre el Secretario.

(10) Anaya, Jaime L., ob. cit., p. 906.

Cuando se alude a un tercero financiador, conforme lo que fuera señalado, y además surge claramente del ROTA y, asimismo, tiene reconocimiento de carácter universal, ello consiste en que una sociedad por las razones que fueran, sean económicas, sean de carácter jurídico, o de otra índole, no puede hacer frente al proceso arbitral y, por ende, ejercer su derecho de defensa, por lo que requiere el apoyo de un tercero a esos fines.

Desde luego que ello origina una decisión intrasocietaria, y a su vez genera un vínculo extrasocietario, que permitirá el acceso a la jurisdicción arbitral, y esto representa claramente facilitar el derecho a la jurisdicción, desde luego dejando al margen el alcance de esa relación, por las distintas características que puede presentar.

Pero lo cierto es que esa parte, conforme surge del juego armónico de los arts. 19 y 20 del ROTA, tiene la obligación de revelar esa vinculación con el tercero financiador, a los fines no solo de observar fielmente ese deber, que la segunda norma citada le impone, sino que además automáticamente dispara la misma obligación en cabeza del tribunal arbitral.

Esto es, la posibilidad de que los árbitros, sea uno o más los que eventualmente puedan verse afectados, deben también observar ese deber de revelación por la eventual vinculación que tengan con ese tercero financiador, lo que implica colocarlo a la misma altura de la propia parte, por cierto, con las restricciones que ello impone desde el punto de vista de su participación en el proceso.

Como se puede apreciar de lo expuesto, ese deber de revelación pesa tanto sobre las partes como también sobre el tribunal, o en su caso sobre alguno de sus miembros, y genera una situación que resulta imprescindible tener en cuenta a los fines de dejar a resguardo el debido proceso arbitral, pues se pone en tela de juicio una eventual inarbitrabilidad desde el punto de vista subjetivo.

Situación diversa se genera con la otra variable propuesta, que consiste en la extensión de la cláusula compromisoria a terceros que no son signatarios, aunque los efectos pueden asimilarse al antes expuesto.

Como bien señalaba el maestro Anaya, se trata de un instituto que tiene reconocimiento en los arbitrajes internacionales⁽¹¹⁾, pero con la misma intensidad guarda cierta resistencia de muchos operadores jurídicos, para no desvirtuar y, así, resguardar la personalidad jurídica de una sociedad, toda vez que suele verse reflejada esta circunstancia en general cuando se trata de un grupo de sociedades.

Resultaría sobreabundante señalar que la cláusula compromisoria, o pacto arbitral, se celebra “por escrito”⁽¹²⁾, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, y cuando existe acuerdo entre las partes contratantes. De ahí entonces que se ha interpretado que el alcance hacia terceros, a quienes se pueda extender ese compromiso arbitral, puede estar representado de diversas formas, por ejemplo, puede quedar involucrado por ese acuerdo a su favor, cuando se invoque la teoría del grupo empresario, cuando los beneficios y obligaciones que surgen de un acuerdo arbitral se puedan extender a otras sociedades integrantes del mismo grupo de empresas.

O tal vez se puedan invocar otras figuras jurídicas a esos mismos fines, como la del mandato, o la de la cesión, entre otras. De ello se desprende la razón por la cual una sociedad puede resultar codemandada en un arbitraje, por ser la empresa holding de aquella subsidiaria que fuera signataria del pacto arbitral.

De dicha circunstancia deviene la eventual aplicación de la teoría del *disregard of legal entity*, o corrimiento del velo societario, a fin de que logrado se pueda identificar a

la verdadera parte interesada, que, como fuera señalado, se trata de un aspecto que ha sido especialmente regulado en el ROTA de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

Esa doctrina encuentra su sustento en el principio de buena fe contractual, que de algún modo en el ámbito del arbitraje se sintetiza en el *estoppel*, que llega a involucrar a la doctrina de los actos propios.

Y el involucramiento de un tercero, como puede darse en el ámbito del arbitraje societario, consistiría en la revelación del verdadero responsable que llevó a cabo el negocio del que se trate, y que de algún modo participa en su ejecución, o eventual conclusión, y que utiliza una figura subsidiaria, sobre la que ejerce un control absoluto, para intentar generar así dos efectos, uno el deslinde de su responsabilidad y otro el perjuicio hacia el tercero contratante, ante quien no pretende asumir las eventuales responsabilidades que ese negocio importa⁽¹³⁾.

De ahí que se trate de una cuestión absolutamente casuística, que se vinculará a los hechos y las pruebas que se aporten al proceso, a los fines de extender la responsabilidad a esa controlante, que utiliza a una subsidiaria para fines que no representan más que el ejercicio abusivo de sus derechos en fraude a terceros.

Si bien esa figura está contemplada en el art. 54 de la Ley General de Sociedades, con la amplitud necesaria para su aplicación, en el ámbito arbitral existen resistencias para su aplicación, como lo señalaba el maestro Anaya en el trabajo antes citado.

Ello permite advertir, para cerrar con la figura del *disregard* y permitir el corrimiento del velo societario, y así involucrar en el arbitraje a quien resulta el verdadero responsable de un negocio, que existirá —entre otros aspectos determinantes— siempre un beneficio a favor de un tercero, que no es el signatario del pacto arbitral, los aspectos salientes para tener en cuenta a los fines de esa extensión, es la subordinación que existe desde el punto de vista económico, jurídico y técnico entre la empresa holding del grupo societario y sus subsidiarias.

En este sentido se ha interpretado que algunos de los indicios que permitirían ese corrimiento del velo societario estarían representados por las siguientes pautas: a) las entidades cuentan con una administración común; b) una ejerce el control sobre la otra u otras; c) existe una mezcla de activos en sus patrimonios; d) hay una participación activa en las transacciones de aquella que no es signataria del pacto arbitral; e) la realización de actos abusivos o fraudulentos; f) los perjuicios que impactan en un tercero producto de esos actos entre los aspectos más salientes⁽¹⁴⁾.

Más allá de las distintas teorías que interpretan la extensión de la cláusula compromisoria, como la del grupo empresario señalada, o la teoría del órgano, que permitiría el ocultamiento de la subordinación económica o financiera, o cualquiera de las otras figuras jurídicas que se puedan utilizar, ese denominador común señalado permite advertir que existe un beneficio en concreto, o una ganancia en favor de un tercero, sea por vía del financiamiento del arbitraje o por vía del corrimiento del velo societario⁽¹⁵⁾.

Ese denominador común es el que permite advertir el impacto que ello genera en el desarrollo del debido proceso arbitral, que al igual que el legal tiene principios liminares que resultan imposibles de omitir —ya que su violación trae aparejada la sanción de anulación del laudo—,

(13) Arp, Björn, *Grandes casos del arbitraje comercial internacional*, Palestra, p. 105; se expide en idéntico sentido al señalado.

(14) Vidal Ramos, Roger, *La teoría del levantamiento del velo societario en los litigios comerciales arbitrales y judiciales*, Themis, pp. 52 y 73.

(15) La Suprema Corte americana analizó este tema en los autos *G.E. Energy Power Conversion France SAS Corp. c/ Outokumpu Stainless USA, LLC*, U.S. Supreme Court Case Nro. 18-1048, Slip. Op. 590 U.S. del 1/6/2020, si la Convención de Nueva York entraba en conflicto con la doctrina del *equitable estoppel* (*estoppel* equitativo), para lo cual tuvo en cuenta que la mayoría de los estados contratantes que asumen la Convención permiten la invocación de convenios arbitrales por sujetos que no los suscribieron, motivo por el cual al no existir ninguna restricción en ese sentido en dicha Convención, a cuyo efecto se remitió a su interpretación de la Ley Peruana de Arbitraje, resolvió que era admisible la extensión de esa cláusula al tercero que no la había suscripto. Conviene señalar para interpretar la situación que en aquel proceso se había producido lo que en el Código Procesal Nacional se contempla como la figura de la sustitución procesal que contempla el art. 44 de ese ordenamiento, ya que la parte demandada había adquirido la planta de la firmante que era Thyssen Krupp Stainless USA, LLC, razón por la cual, suscitado el conflicto con G.E. Energy, la demandada entendía que no era competencia de la jurisdicción arbitral su caso por no haber suscripto la cláusula compromisoria que sí vinculaba a las partes originarias.

(11) Es reconocida su carta de nacimiento prácticamente a partir del caso resuelto por un tribunal de la CCI (laudo interlocutorio 4131/1982), *in re* “Dow Chemical v. Isover St. Gobain”, y confirmado por la Corte de Apelaciones de París, en el cual se aplicó la teoría del grupo empresario, toda vez que la actora pidió su intervención en el proceso cuando era una subsidiaria cuya la que había comprometido el arbitraje con la demandada, y en razón de que se decidió que la sociedad matriz estadounidense era la que tenía el control absoluto sobre las sociedades controladas que habían suscripto los contratos con la demandada, por lo cual el Tribunal entendió que el grupo de empresas constituía una única realidad económica.

(12) El alcance del sintagma por escrito se ha resaltado, pues los usos y prácticas comerciales de estos tiempos le han dado una interpretación lo suficientemente amplia, como para entender que, mientras surja en forma fehaciente, por ejemplo, de comunicaciones electrónicas habidas entre las partes, o bien por vía digital, o intercambio de mails, o formas hoy ya habituales de comunicación, se puede interpretar que se ha celebrado un acuerdo arbitral.

dentro de los cuales se encuentra el de independencia, imparcialidad y neutralidad del tribunal, y que surgen precisamente del análisis y alcance que puede revestir cualquiera de las dos figuras analizadas para dirimir la arbitralidad subjetiva en un proceso arbitral.

Cualquiera de estos aspectos que resulte violentado daría por tierra con el desarrollo del debido proceso, y se puede advertir a través de los efectos que puede provocar cualquiera de estas dos figuras analizadas, cuya omisión puede conducir irremisiblemente al fracaso del arbitraje.

5. Efectos hacia el Tribunal arbitral

Como se puede inferir de lo que se lleva señalado, los efectos que pueden provocar tanto la intervención de un tercero financiador en el arbitraje como la extensión de una cláusula compromisoria a un tercero no signatario tienen una especial connotación con la conformación del tribunal interviniente.

Esto obedece a que el surgimiento tanto de una u otra de esas figuras pondrá a cargo del tribunal interviniente el conocimiento de los aspectos que hacen a cada una de ellas, pues pueden tener un efecto directo sobre su independencia, su imparcialidad o su neutralidad.

Es necesario tener en cuenta que, conforme la caracterización antes efectuada con relación al arbitraje, en la mayoría de los casos resulta voluntario que las partes son quienes invisten de jurisdicción a los árbitros que ellas mismas escogen.

Por tal razón, se constituye en un eslabón esencial, que hace a la noción de debido proceso, que esos árbitros al cumplir una función de índole esencialmente jurisdiccional, al igual que los jueces de cualquier sistema de justicia, resulten independientes e imparciales para desarrollar su tarea.

Más aún, en algunos sistemas, como el español, el acápite a) del apartado 1 del art. 14 de la Ley de Arbitraje establece en garantía de la transparencia e independencia de los árbitros que las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros, y por la transparencia en su designación, así como su independencia. Se impone así a las instituciones arbitrales un deber de control en la transparencia de la designación de los árbitros, así como su independencia⁽¹⁶⁾.

Señala la doctrina que la mayoría de las legislaciones nacionales modernas en materia de arbitraje, y de los reglamentos de arbitraje, suele hacer referencia a la independencia e imparcialidad de los árbitros de manera conjunta (v.gr., art. 1456 del Código de Procedimiento Civil Francés; art. 17 de la Ley de arbitraje española 60/2003; art. 75 de la Ley 1563 de 12/7/2012 de Colombia; art. 10.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010, art. 7 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje; art. 5.2 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres; art. 11.1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, entre otros). No obstante, a pesar de los estrechos vínculos entre las dos nociones, también se ha señalado que se trata de dos conceptos distintos⁽¹⁷⁾.

La importancia que corresponde atribuirle a este principio es que constituye un principio fundamental en el arbitraje internacional, que todo árbitro debe ser y además debe permanecer independiente e imparcial de las partes y de la disputa, aunque el contenido real de esas nociones de independencia e imparcialidad no sea unívoco⁽¹⁸⁾.

Se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud del árbitro necesariamente subjetiva frente a la controversia que se le plantea. Esta última debe entenderse fundamentalmente como un deber ético esencial del árbitro. La independencia depende de relaciones pasadas o presentes con las partes que puedan ser catalogadas y verificadas, mientras que la imparcialidad es un estado mental y por tanto más difícil de evaluar⁽¹⁹⁾.

Por lo tanto, la prueba de la independencia es objetiva, ya que las relaciones comerciales, familiares o financieras previas son fáciles de determinar desde la posición de un tercero. Los hechos son una prueba irrefutable de la existencia de esa relación. La imparcialidad, por el contrario, es más subjetiva, ya que requiere adoptar la posición del árbitro y conocer su particular estado de mente⁽²⁰⁾.

Mientras que la imparcialidad apunta a un aspecto de carácter subjetivo que tiene que ver con la relación que puede existir entre el tribunal y aquello que sea materia u objeto del proceso arbitral y el sesgo que le pudiera imprimir a su conducta hacia alguna de las posiciones que se sustentan. Por lo cual se suele identificar la imparcialidad con la neutralidad del juez o el árbitro con el caso, más allá de que la última –a su vez– tiene otro alcance en el arbitraje internacional.

Y, además, conviene destacar que las interpretaciones respecto a las distinciones entre independencia e imparcialidad que se analizaron desde un punto de vista subjetivo para el primer concepto y objetivo para el segundo, como también se ha señalado, son hechas por otras líneas de doctrina en modo inverso⁽²¹⁾.

Sirva como ejemplo que hay autores que sostienen que frecuentemente se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea⁽²²⁾.

A su vez, a los conceptos de independencia e imparcialidad, es necesario distinguirlos de la neutralidad que debe observar tanto el juez como el árbitro con relación al conflicto. Este aspecto juega un rol fundamental en el ámbito arbitral, toda vez que es común que, en los conflictos internacionales, donde se designan árbitros de diferentes países, los reglamentos arbitrales contemplen la necesidad de que quien sea designado como tercer árbitro resulte de un país ajeno a los que involucran a las partes.

Sirva como ejemplo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, que contempla esta circunstancia de la siguiente manera: Art. 13.1. Al nombrar o confirmar a los árbitros, la Corte deberá tener en cuenta la nacionalidad, residencia y cualquier otra relación que dicho árbitro tuviere con los países de los que son nacionales las partes o los demás árbitros, así como su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje de conformidad con el Reglamento. De la misma manera procederá el Secretario General cuando le corresponda confirmar un árbitro según lo previsto en el Artículo 13.2.

6. A modo de conclusión

Es evidente que la dinámica que tiene el arbitraje requiere de una constante convalidación de institutos tradicionales, por su necesaria adaptación a estos tiempos, en los cuales la característica que los distingue es su veloci-

(16) Martínez González, Pedro, *El Nuevo Régimen del Arbitraje*, Bosch, 2011, p. 70.

(17) Mantilla Serrano, Fernando, ob. cit., p. 39 y ss. Allí cita el autor el precedente “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Inter Aguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. la República Argentina”, caso CIADI nro. ARB/03/17, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un miembro del Tribunal de Arbitraje 22/10/2007, párrafo 29. El Tribunal señaló que los conceptos de independencia e imparcialidad, aunque mutuamente relacionados, con frecuencia se consideran claramente diferentes, aunque no siempre es fácil percibir con precisión la naturaleza de la distinción.

(18) Los conceptos de independencia e imparcialidad, si bien relacionados, son frecuentemente vistos como distintos, aunque la naturaleza precisa de la distinción no es siempre fácil de comprender. Genéricamente hablando, independencia refiere a la inexistencia de relaciones con una parte que pueda influenciar la decisión del árbitro. Imparcialidad, por otro lado, concierne a la ausencia de parcialidad o predisposición hacia una de las partes... siendo así, es teóricamente posible que en ciertas situaciones un juez o árbitro sean independientes de las partes pero no imparciales (Tribunal ad hoc, *in re* “AWG Group LTD c/República Argentina”, 12/5/2008, Decisión sobre una segunda propuesta de descalificación de un miembro del tribunal).

(19) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimosegunda) N° 834/2008, del 25/11/2008.

(20) César Guzmán-Barrón Sobrevilla se expide en idéntico sentido en *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional* (Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2023, Colección Lo Esencial del Derecho, p. 76), para lo cual sostiene que la independencia es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre el árbitro y las partes, o entre él y la controversia. Mientras que la imparcialidad es un criterio subjetivo, de difícil verificación, que alude al estado mental del árbitro. Describe la ausencia de preferencia o interés directo hacia una de las partes o la controversia.

(21) El Tribunal del CIADI o ICSID (en sus siglas en inglés) ha interpretado en línea con lo expuesto que la imparcialidad hace referencia a la ausencia de parcialidad o predisposición hacia una de las partes. Independencia se caracteriza por la ausencia de control externo. Ambos, independencia e imparcialidad, protegen a las partes de que los árbitros sean influenciados por otros factores que aquellos relacionados con los méritos del caso (Caso Nro. ARB/15/25, “KS Invest GmbH Y TLS Invest CMBH c/Reino de España”, Decisión del 15/5/2020 sobre una propuesta de descalificación del árbitro Kaj Hober).

(22) Alonso, José María, “La independencia e imparcialidad de los árbitros”, *Revista Peruana de Arbitraje* N° 2 (2006), p. 98.

dad, por la intensidad y simplicidad que hoy presentan las comunicaciones, entre otros aspectos salientes que impactan en los negocios societarios.

Del mismo modo, se hace necesaria una apertura suficiente para interpretar, a la luz de nuevas incorporaciones, que se hacen desde la realidad que marca el propio arbitraje, donde los usos y prácticas comerciales, así como el soft law, llevan al tránsito de vías novedosas, para evitar incurrir en violaciones, a la noción tradicional del debido proceso, como las que fueran expuestas.

Es cierto que los institutos abordados no tienen anclaje suficiente en nuestra realidad, y requieren una mirada diversa a la reticencia tradicional a su aceptación, pero no es menos cierto que no se puede evadir un tribunal arbitral de esa realidad, para refugiarse en zonas más confortables por conocidas.

Hoy el Código Civil y Comercial de la Nación, cuando alude a la constitucionalización del derecho privado, invita a leer la ley e interpretarla a partir de una palabra clave que contempla su art. 1 que es “conforme”.

Y ese conforme impone la obligación de interpretar la ley conforme la letra de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, brindando el art. 2 un diálogo de fuentes lo suficientemente versátil y amplio como para permitir una decisión razonablemente fundada, tal como lo dispone el art. 3 de ese ordenamiento.

Esas pautas no son ajenas al proceso arbitral, sea doméstico o internacional, solo requiere no una calidad especial del intelecto, sino una predisposición de la voluntad para llevarla a cabo.

VOCES: ARBITRAJE - SOCIEDADES - SOCIEDAD ANÓNIMA - SOCIEDAD COMERCIAL - BOLSA DE COMERCIO - ARBITRAJE COMERCIAL - PROCESO ARBITRAL - ÁRBITROS - TRIBUNAL ARBITRAL - DEBERES Y FACULTADES DE LOS ÁRBITROS - DERECHO CIVIL - DERECHO COMERCIAL - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - LEY APLICABLE - BUENA FE - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD