

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y GRUPOS DE SOCIEDADES

HILDA AGUILAR GRIEDER
Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Huelva

Recibido: 23.07.2009 / Aceptado: 12.08.2009

Resumen: En el ámbito de los grupos de sociedades, es frecuente que sociedades del grupo que no han firmado un contrato internacional participen en su negociación, ejecución y/o terminación. En el supuesto de incluir dicho contrato una cláusula arbitral, se plantea la duda de si tales sociedades van a resultar afectadas por la misma, esto es, de si pueden demandar o, en su caso, ser demandadas en arbitraje. De conformidad con la doctrina de los grupos de sociedades, que goza de una amplia difusión en la práctica arbitral y estatal, bajo determinadas condiciones, los efectos de la cláusula arbitral se extienden a las sociedades del grupo no firmantes del contrato al cual la misma aparece referida.

Palabras clave: arbitraje comercial internacional, contratos internacionales, extensión del alcance de la cláusula arbitral a los no firmantes, la doctrina de los grupos de sociedades.

Abstract: Within the framework of the companies of the group, the parties that have not signed the international contract often take part in its negotiation, execution and termination. When the aforementioned contract includes an arbitration clause, the question arises as to whether the clause would affect these non-signatories; that is to say, whether these parties are allowed to undertake legal proceedings or can have claims filed against them in court. According to the “group of companies” doctrine which is, in specific circumstances, widely accepted in arbitral and state practice, the effects of the arbitration agreement would extend to the non-signatories of the companies of the group even though they have not signed the contract in which the arbitration clause is written.

Key words: international commercial arbitration, international contracts, extending the scope of the arbitration clause to non signatories, the group of companies doctrine.

Sumario: I. Planteamiento y relevancia práctica del problema. II. Principios que gobiernan la problemática considerada. 1. Implicaciones de la realidad dual de los grupos de sociedades. 2. Posibilidad de aceptación tácita de la cláusula arbitral. III. Doctrina de la unidad económica del grupo. 1. *Modus operandi*. 2. Presupuestos de la extensión subjetiva de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo. A) Pertenencia de la sociedad no suscriptora a un grupo de sociedades. B) Participación efectiva de la sociedad no suscriptora en la relación contractual litigiosa requerida para la extensión. 3. Figuras jurídicas aptas para fundamentar el alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo. A) Figuras jurídicas que denotan una voluntad común de las partes. B) Figuras jurídicas ajenas al criterio de la voluntad. IV. Análisis de un supuesto específico: alcance de la cláusula arbitral contenida en un contrato marco de distribución internacional.

I. Planteamiento y relevancia práctica del problema

1. En la práctica actual, es frecuente que un grupo multinacional de sociedades entre en negociaciones con un cocontratante (en muchas ocasiones, con un Estado) con la finalidad de celebrar un determinado acuerdo, habitualmente industrial, de gran envergadura. En estos casos, al cocontratante le es indiferente el modo en el cual el grupo de sociedades se va a organizar internamente para llevar a cabo

el correspondiente proyecto; siendo éste el que determine, atendiendo a las particulares circunstancias y necesidades del caso concreto de que se trate, cuál va a ser la sociedad del grupo suscriptora del contrato y cuáles van a ser las sociedades que lo ejecuten¹. En algunos casos, el grupo impone a una de sus sociedades la firma de un determinado contrato con el objeto de perpetrar un abuso de derecho o un fraude. No obstante, es preciso reconocer que, en la mayoría de los supuestos, no existe una voluntad de fraude, sino una voluntad común de todas las partes implicadas del grupo de actuar, así como de la contraparte de tratar, como una unidad económica, como un conjunto indivisible, al margen de cualquier maniobra evasiva de responsabilidad. De hecho, en muchas ocasiones, la decisión del grupo, en relación con la sociedad firmante del correspondiente contrato, va a venir motivada por diversos factores “legítimos” (así, por ejemplo, por el hecho de imponer la legislación del Estado en el cual se lleve a cabo el correspondiente proyecto que el contrato sea suscrito por la sociedad del grupo que tenga su sede en dicho lugar o por ciertas ventajas fiscales o de cualquier otro tipo que la referida decisión lleve aparejadas).

2. Por lo que al arbitraje comercial internacional se refiere, el problema se plantea cuando las partes suscriptoras del aludido contrato (sociedad del grupo, ya sea matriz o filial, y contraparte) hayan pactado recurrir al arbitraje para solucionar los eventuales litigios que el susodicho contrato suscite (ya sea por medio de una cláusula inserta en el mismo o a través de un documento independiente). En tal caso, habrá que determinar si y, en su caso, bajo qué condiciones y a través de qué instrumentos jurídicos, los efectos de la cláusula arbitral van a extenderse a las sociedades del grupo que, pese a no haber firmado el correspondiente contrato (al cual la cláusula arbitral aparece referida), hayan intervenido en su desenvolvimiento, esto es, si el correspondiente tribunal arbitral ha de extender o no su competencia a dichas sociedades. La extensión subjetiva de la cláusula arbitral conlleva que las sociedades no suscriptoras afectadas (matriz o filiales) puedan demandar, o en su caso ser demandadas, en arbitraje y que, por consiguiente, queden obligadas a acatar el laudo arbitral que finalmente se dicte².

3. Dicha problemática controvertida, de creciente actualidad, constituye la peculiaridad de los grupos de sociedades en relación con el arbitraje comercial internacional, ya que los eventuales problemas que plantea la intervención de terceros en un mismo arbitraje van a aparecer claramente atenuados, en el ámbito de los grupos de sociedades, como consecuencia fundamentalmente de la identidad de intereses existentes entre las sociedades que pertenecen a un mismo grupo³.

4. Por otro lado, es preciso tener en cuenta que la cuestión relativa a la responsabilidad de las sociedades no suscriptoras es un problema ajeno, aunque inevitablemente estrechamente vinculado desde el punto de vista argumentativo, al de la competencia del tribunal arbitral. De hecho, en el supuesto de incorporarse una sociedad no firmante al procedimiento arbitral, como consecuencia de considerarla afectada por el alcance del convenio arbitral, el laudo que los árbitros dicten la condenará o no en función de cuáles sean las concretas circunstancias de cada caso, sin que tenga necesariamente que seguir la suerte de la sociedad firmante perteneciente al mismo grupo. Por lo tanto, la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora, perteneciente a un grupo de sociedades, no implica necesariamente que la misma haya de ser declarada responsable, sino simplemente que la jurisdicción arbitral, en lugar de la estatal, va a ser la competente para conocer de tal cuestión.

5. El interés en dar respuesta a la cuestión objeto del presente trabajo ha ido aumentando a medida que se han ido generalizando, por un lado, los grupos de sociedades (el crecimiento en el surgimiento de

¹ Una de las características esenciales del grupo multinacional de sociedades (o empresa multinacional) es la dispersión internacional de las sociedades que lo componen, ya que los mismos no son más que grupos de sociedades constituidos para el despliegue de una actividad internacional. En concreto, la actividad económica de los mismos sobrepasa las fronteras de los territorios nacionales, ya que en ellos la matriz implanta sociedades (ya sean de nueva creación o preexistentes) sobre Estados soberanos diferentes.

² La sede del arbitraje suele tener lugar en un país ajeno a aquel de la contraparte y de las sociedades del grupo implicadas en el asunto en cuestión (su elección aparece motivada por razones de neutralidad, de especialidad de la institución arbitral, de tradición de la misma, etc.).

³ Por lo que al arbitraje multipartito se refiere, *vid.*, por ejemplo, H. AGUILAR GRIEDER, “La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2001, vol. 5, pp. 57-73.

los mismos, que se ha experimentado en los últimos tiempos, obedece a razones de muy variada índole [imposiciones legales, ventajas fiscales, razones organizativas, etc.] y, por otro lado, el mecanismo del arbitraje en el marco del comercio internacional.

6. La problemática relativa a la extensión *ratione personae* de los efectos del convenio arbitral, a una sociedad del grupo distinta de la firmante, es una de las que mayor complejidad presenta en el ámbito del arbitraje comercial internacional, ya que, debido a la peculiar naturaleza de los dos ámbitos afectados por el problema (esto es, los grupos de sociedades y la cláusula arbitral), involucra principios del arbitraje comercial internacional, aspectos societarios, de teoría general de las obligaciones y una dimensión económica importante. A pesar de ello, o quizá por ello, dicha cuestión no ha sido contemplada de manera específica ni por los Convenios relativos al arbitraje comercial internacional, ni por las legislaciones nacionales de arbitraje, ni por los Reglamentos de las instituciones encargadas de administrar el arbitraje. La carencia de regulación legislativa, de normativa *ad hoc* sobre el tema abordado, justifica que la única fuente de referencia sea la práctica (tanto arbitral como estatal), es decir, que ésta tenga un papel decisivo en la solución del mismo. De hecho, los escasos estudios doctrinales relativos a esta materia han partido de un análisis de las soluciones preconizadas por la jurisprudencia arbitral y estatal⁴.

7. La resolución del problema relativo al alcance subjetivo de los efectos de la cláusula arbitral, a una sociedad no suscriptora del grupo, puede abordarse desde dos enfoques o perspectivas de análisis: o bien, desde una conflictualista (denominada “no mercatorista”), o bien, desde una anacional o “mercatorista”. Como ya se verá en otro apartado, dicha perspectiva transnacional sustantiva ha sido seguida por la inmensa mayoría de la práctica arbitral y estatal. El marco anacional en el que se mueve el grupo multinacional de sociedades, unido al principio de autonomía de la cláusula compromisoria⁵, conlleva que la cuestión de saber si el convenio arbitral extiende sus efectos, a una sociedad no firmante del grupo, haya de regularse por un Derecho anacional⁶. De hecho, la cuestión relativa a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, en materia de grupos de sociedades, constituye uno de los máximos exponentes del llamado Derecho transnacional. La perspectiva clásica del Derecho internacional privado, esto es, la “no mercatorista”, la que propugna una solución conflictual al problema considerado, aunque posible y legítima, es una perspectiva ajena a la realidad, a la práctica (tanto arbitral como estatal), que la ha considerado inadecuada para solventar la problemática aludida debido a su ineficiencia, a su alejamiento de las necesidades del comercio internacional⁷.

8. La especificidad de la referida temática no obsta a que algunas de sus soluciones sean igualmente válidas para otros supuestos de extensión de los efectos de la cláusula arbitral a los terceros (grupos de

⁴ Por lo que al plano doctrinal se refiere, *vid.*, muy especialmente, H. AGUILAR GRIEDER, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, *De conflictu legum*, Estudios de Derecho Internacional Privado, Núm. 3, 2001; B. M. CREMADES, “El grupo de empresas y su tratamiento en el arbitraje comercial internacional”, *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español*, Lima, 1989, pp. 295-313; Y. DERAIS Y S. SCHAF, “Clauses d’arbitrage et groupes de sociétés”, *IBLJ*, 1985, núm. 2, pp. 231-238; I. FADLALLAH, “Clauses d’arbitrage et groupes de sociétés”, *TrComfrdrintpr*, 1984-1985, pp. 105-122; C. JARROSSON, “Conventions d’arbitrage et groupes de sociétés”, *The arbitration agreement-its multifold critical aspects*, ASA Special Series núm. 8, Dec. 1994, pp. 209-228; así como S. JARVIN, “The group of companies doctrine”, *The arbitration agreement-its multifold critical aspects*, A.S.A. Special Series núm. 8, Dec. 1994, pp. 181-207.

⁵ Dicho principio será objeto de estudio, en relación con la problemática que nos ocupa, en el apartado III 2 B) del presente trabajo.

⁶ *Vid.* Y. DERAIS, “Nota a *Sent. CCI núm. 2375/1975*”, *JDI*, 1976, pp. 973-978, p. 976, el cual estima que la “ausencia común de lazo efectivo con un orden jurídico nacional determinado”, así como el “despliegue común de una actividad económica sin deseo de fronteras”, son las dos circunstancias básicas determinantes de la aplicación de la *lex mercatoria* a los grupos multinacionales de sociedades.

⁷ Al menos *a priori*, las leyes implicadas en la búsqueda de la norma que afirme o niegue la extensión son la propia *lex causae* correspondiente a la cláusula arbitral, la *lex causae* correspondiente a la controversia o la ley rectora de la institución jurídica en que se apoye el razonamiento (representación, representación aparente, estipulación en beneficio de un tercero...). En relación con la aplicación de la plantilla clásica del conflicto de leyes al análisis del problema considerado, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 343-383, monografía en la cual llevo a cabo un exhaustivo análisis de la cuestión analizada en clave conflictual, pese a reconocer su prácticamente nula utilización práctica (tanto por los árbitros como por los jueces).

Estado⁸, cesión de crédito o de contrato⁹, subrogación¹⁰, transmisión de la cláusula arbitral en el marco de una cadena de contratos¹¹, ampliación del alcance subjetivo del convenio arbitral en el ámbito del transporte marítimo internacional¹², etc.), ya que los principios involucrados son parcialmente coincidentes en uno y en otro caso (principio de la interpretación estricta del convenio arbitral, naturaleza consensual de la institución arbitral, ...).

II. Principios que gobiernan la problemática considerada

1. Implicaciones de la realidad dual de los grupos de sociedades

9. La extensión *ratione personae* de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo de sociedades, ya sea a la matriz o a una filial, está condicionada, además de por principios genéricos propios del arbitraje comercial internacional (que serán objeto de análisis en el siguiente apartado), por determinados principios específicos propios de la materia relativa a los grupos de sociedades. Ello explica, al menos parcialmente, que la práctica se haya mostrado más proclive a extender los efectos de la cláusula arbitral en materia de grupos de sociedades que en otros supuestos de terceros no firmantes.

10. Todo grupo de sociedades presenta una realidad compleja, contradictoria, dual: jurídica y económica. Así como la realidad jurídica apunta a la pluralidad, la económica lo hace a la unidad. En con-

⁸ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de apelación de París de 12 de julio de 1984 (*Pyramides*), *JDI*, 1985, pp. 135-142, con la nota de B. GOLDMAN, pp. 143-151; *Rev. Arb.*, 1986, núm. 1, pp. 75-86; la cual consideró que el Estado egipcio no estaba ligado por la cláusula arbitral, a pesar de haber firmado el contrato, por ser su intervención la propia de una autoridad de tutela.

⁹ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia arbitral parcial dictada en el asunto núm. 7983/1996 (*JDI*, 2002, vol. 129, núm. 4, pp. 1085-1090, con la nota de S. JARVIN, pp. 1090-1093); la sentencia de la CCI núm. 12551/2004 (*JDI*, 2007, vol. 134, núm. 4, pp. 1301-1305, con la nota de B. DERAIS, pp. 1305-1309); así como la sentencia de la Corte de casación francesa de 28 de mayo de 2002 (*RCDIP*, 2002, vol. 91, núm. 4, pp. 758-760, con la nota de N. COIPEL-CORDONNIER, pp. 760-770). En caso de cesión del contrato, el cesionario queda vinculado del mismo modo que su cedente, adquiriendo, por tanto, todos los derechos y obligaciones del mismo, incluida la cláusula arbitral. Asimismo, la cesión de créditos opera, junto a la transmisión de los derechos resultantes del crédito cedido, la de sus accesorios.

¹⁰ Al igual que acontece con la cesión del contrato y con la cesión de créditos, en el caso de la subrogación, el subrogado adquiere, por virtud del mecanismo de la subrogación, los derechos y acciones pertenecientes al subrogante. El caso de subrogación que con mayor frecuencia se produce en la práctica es el de los seguros. El asegurador (subrogado), una vez satisfecha la suma asegurada, adquiere la posición que tenía el asegurado (subrogante) en el contrato, incluyendo la cláusula arbitral. La extensión al asegurador de los efectos de la cláusula arbitral, al igual que los de la cláusula atributiva de jurisdicción, no planteará duda alguna cuando la ley aplicable al contrato de seguro establezca, como mecanismo de reintegración al asegurador de la cantidad asegurada, la subrogación en lugar de un simple derecho de repetición (tal es el caso, por ejemplo, del art. 780 del CCom español), ya que la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, sin que ello implique una modificación del vínculo obligacional. Para una visión global de la práctica jurisprudencial española seguida en relación con la cuestión relativa a la extensión de la cláusula arbitral, y de la cláusula atributiva de jurisdicción a un tribunal jurisdiccional extranjero (las razones que la justifican son las mismas en ambos supuestos), al asegurador, *vid.* mi comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de marzo de 1997, *RCEA*, 1997, vol. XIII, pp. 275-282, pp. 279-281, núm. 3, así como las referencias en el mismo citadas.

¹¹ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de casación francesa de 6 de febrero de 2001 (*Peavy Company c. Organisme général pour les fourrages et autres*), *RCDIP*, 2001, vol. 90, núm. 3, pp. 522-524, con la nota de F. JAULT-SESEKE, pp. 524-534. Las cadenas de contratos constituyen una variante de los grupos de contratos. En relación con los grupos de contratos, *vid.*, entre otras muchas, la sentencia de la CCI núm. 7105/1993, *JDI*, 2000, vol. 127, núm. 4, pp. 1062-1066, con la nota de Y. DERAIS, pp. 1067-1069.

¹² *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de casación francesa de 8 de octubre de 2003 (*Borscha Shipping c/ Axa Corporate Solutions*) y la de 16 de marzo de 2004 (*Axa Corporate Solutions Assurance e. a. c/ Sté Mediterranean Galaxy e. a.*), *JDI*, 2004, vol. 131, núm. 4, pp. 1187-1191, con la nota de S. SANA CHAILLE DE NERE, pp. 1191-1200; *RCDIP*, 2004, vol. 93, núm. 4, pp. 763-767, con la nota de F. JAULT-SESEKE, pp. 767-773; así como la sentencia de la Corte de casación francesa de 22 de noviembre de 2005 (*Compagnie Axa Corporate solutions et autres c. Nemesis Shipping Corporate et autre*) y la de 21 de febrero de 2006 (*Société Belmarine et autres c. Trident Maritime Agency Inc. et autres*), *RCDIP*, 2006, vol. 95, núm. 3, pp. 606-609, con la nota de F. JAULT-SESEKE, pp. 609-619. En el plano doctrinal, *vid.* C. ESPLUGUES MOTA, *Arbitraje marítimo internacional*, 1ª ed., Colección "Estudios sobre Arbitraje", núm. 4, Thomson, Civitas, Navarra, 2007, pp. 374-412.

creto, en los grupos de sociedades, al igual que acontece con los grupos de Estado¹³, se vislumbra una pluralidad o diversidad jurídica, una unidad económica, así como una identidad de intereses existentes entre las sociedades que pertenecen a un mismo grupo; aspectos éstos que van a condicionar la resolución de la problemática que nos ocupa.

11. En efecto, por un lado, un grupo de sociedades no constituye una unidad jurídica indisociable, ya que cada una de las sociedades que componen el grupo goza de una identidad jurídica, esto es, de autonomía o independencia jurídica, de una personalidad jurídica propia y distinta a la de las restantes (filiales y matriz), careciendo el grupo de personalidad jurídica propia. Ello implica que, al menos *a priori*, cada una de las sociedades del grupo no esté obligada por los compromisos asumidos por cualquiera de las restantes sociedades, integrantes del mismo, con los terceros (lo que incluye, igualmente, a la cláusula arbitral).

12. Sin embargo, por otro lado, el grupo de sociedades constituye, de hecho, una única unidad económica, esto es, una realidad económica única, la cual presupone un control (directo o indirecto) y una orientación o dirección económica unificada, ejercidos ambos por la matriz sobre todas las filiales. En definitiva, la dependencia económica de las sociedades que componen un grupo se materializa en una estrategia común, global, en una convergencia de los objetivos perseguidos y en la centralización del poder de decisión.

13. Esta realidad dual, jurídica y económica, que el grupo de sociedades representa, ha de ser tenida en cuenta a la hora de hacer frente al problema de la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral a una o a varias sociedades no suscriptoras del grupo. El arbitraje comercial internacional resultaría gravemente perjudicado si se atendiese exclusivamente a una de estas dos realidades.

Si se considerase únicamente la realidad económica única que un grupo de sociedades representa, los efectos de la cláusula arbitral se extenderían automáticamente a todas las sociedades que integran un grupo, lo cual, además de vulnerar la independencia jurídica que caracteriza a las sociedades del mismo, supondría un grave atentado a la naturaleza consensual de la institución arbitral. Ello perjudicaría seriamente a la credibilidad que hoy en día merece el arbitraje comercial internacional.

Al mismo resultado se llegaría si se atendiese exclusivamente a la pluralidad jurídica que un grupo de sociedades representa (lo cual resultaría de la adopción de una concepción estrictamente formalista del arbitraje comercial internacional, así como del convenio arbitral). En este supuesto, la cláusula arbitral no se extendería a ninguna sociedad no suscriptora, lo cual, además de no permitir atender a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto favorables o desfavorables a la extensión, propiciaría un fraccionamiento del litigio y, consiguientemente, tanto un notable incremento de los costes y de los plazos como del riesgo de inconciliabilidad entre las sentencias falladas (por la jurisdicción estatal y por la arbitral)¹⁴.

14. Por ello, ninguna de dichas dos realidades ha de ser desconsiderada a efectos de la extensión subjetiva de la cláusula arbitral. Ello implica que la ampliación de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora (así como a cualquier otro tercero) haya de ser la excepción, debiendo venir de-

¹³ Pese a la estrecha interrelación existente entre ambas problemáticas, la de los grupos de sociedades y la de los grupos de Estado, la decisión relativa a la extensión *ratione personae* de la cláusula arbitral, a la sociedad estatal no suscriptora del contrato al cual la misma aparece referida (o en su caso, al Estado en cuestión), lleva aparejada un importante componente de Derecho público. De hecho, la misma depende de cuestiones tales como la actuación o no de un Estado como autoridad de tutela, así como de la aceptación o no de renunciaciones implícitas a la inmunidad de jurisdicción, ya que toda ampliación subjetiva de la cláusula arbitral en esta materia implica una renuncia a la inmunidad de jurisdicción. Por lo que a la aludida problemática de los grupos de Estado se refiere, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, "Arbitraje, grupos de Estados y extensión de los efectos de la cláusula arbitral", *RCEA*, 2000-2001, vol. XVI, pp. 57-82.

¹⁴ Téngase en cuenta que el mecanismo procesal de la litispendencia (internacional), al igual que el de la conexidad (internacional), no son susceptibles de operar cuando uno de los litigios se siga ante la jurisdicción arbitral y el otro ante la estatal (*vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *Acumulación de procesos en los litigios internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 19-20). Ello conlleva que, en estos supuestos, el riesgo de inconciliabilidad de decisiones sea mayor.

bidamente justificada en cada caso. De conformidad con lo señalado, lo más aconsejable es adoptar una postura ecléctica, la cual, como consecuencia de ampliar el alcance de la cláusula arbitral a las sociedades del grupo a las que el cumplimiento de determinadas condiciones las haga acreedoras de tal merecimiento (en concreto, las preconizadas por la teoría de la unidad económica del grupo¹⁵), es la que en mayor medida responde a los imperativos de la justicia.

15. Al margen de lo señalado, es preciso poner de relieve que la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, a una o a varias sociedades no firmantes del grupo, es decir, el dar prioridad a la realidad económica o a la jurídica, va a depender, al menos en cierta medida, de la concreta fisonomía del grupo de sociedades de que se trate. A estos efectos, entre los factores a tener en cuenta a la hora de decidir si va a haber o no lugar a la señalada ampliación (aunque los mismos no sean decisivos) han de encontrarse, tanto el grado de integración o dependencia económica de las filiales con respecto a la sociedad matriz, esto es, la centralización o descentralización de su organización, como la concreta estructura y composición del grupo de que se trate, es decir, la mayor o menor integración de las actividades de las sociedades del grupo entre sí, y el carácter financiero, personal o contractual del grupo en cuestión; esto último en función de cuál sea la naturaleza de los lazos que constituyen al grupo, los cuales pueden ser, respectivamente, financieros (es decir, de capital), personales (quedando todas las sociedades del grupo bajo el control y dirección de los mismos socios o dirigentes) o contractuales (pudiendo ser de naturaleza muy variada los contratos que dan lugar al grupo)¹⁶.

2. Posibilidad de aceptación tácita de la cláusula arbitral

16. Al menos aparentemente, el principio de la interpretación estricta del convenio arbitral, así como las exigencias formales impuestas al mismo (de escritura y de la firma de las partes), constituyen los principales obstáculos a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a quienes no la hayan suscrito: a los terceros no firmantes, en general, y a las sociedades no suscriptoras del grupo, en particular¹⁷.

17. En efecto, *a priori*, desde una perspectiva jurídica clásica, pudiera parecer que las dos posturas básicas para hacer frente al problema de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a las sociedades no suscriptoras, pertenecientes a un grupo de sociedades, son la “formalista” y la “no formalista”. Con arreglo a un enfoque formalista puro, la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral únicamente sería posible en el supuesto de cumplirse los rigurosos requisitos formales exigidos con respecto a la misma por la legislación, convencional o nacional, que sea competente en cada caso¹⁸; de tal modo que el convenio arbitral extendería exclusivamente sus efectos a las partes firmantes del contrato al cual el mismo aparece referido¹⁹.

¹⁵ Por lo que a dichas condiciones se refiere, *vid.* el apartado III núm. 2 del presente trabajo.

¹⁶ *Vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 48-71.

¹⁷ En este mismo sentido, B. M. CREMADES, *loc. cit.*, 1989.

¹⁸ A estos efectos, *vid.* el art. II (2) del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (*BOE*, núm. 164, de 11 de julio de 1977); el art. I (2) (a) del Convenio de Ginebra, de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional (*BOE*, núm. 238, de 4 de octubre de 1975); el art. 25.1 del Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (*BOE*, núm. 219, de 13 de septiembre de 1994); el art. 7.2 de la Ley modelo de la CNUDMI de 21 de junio de 1985; así como el art. 9.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (*BOE*, núm. 309, de 26 de diciembre de 2003). Dichos preceptos imponen, bajo diversas modalidades y grados, que el convenio arbitral conste por escrito y aparezca firmado por las partes.

¹⁹ Dicho enfoque ha sido seguido, por ejemplo, por la sentencia de la CCI núm. 4392/1983, *JDI*, 1983, pp. 907-910, p. 908 (relativa a la extensión del convenio arbitral a un contrato sobre cosa accesorio), la cual parte de una concepción arcaica, hoy en día superada, acerca de la relación existente entre la justicia arbitral y la estatal: considerar a la jurisdicción estatal como el juez natural de la persona, lo cual implica que la voluntad de someterse al arbitraje deba manifestarse de forma expresa. *Vid.*, igualmente, la sentencia de la CCI núm. 10758/2000 (*JDI*, 2001, vol. 128, núm. 4, pp. 1171-1177, con la nota de J.J. ARNALDEZ, pp. 1177-1179), la cual recurre a un argumento meramente formalista para denegar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora del contrato al cual aparecía la misma referida, en concreto, al art. 178.1 de la Ley suiza de Derecho internacional privado, la cual exige, no la firma del convenio arbitral, aunque sí la existencia de un documento que pruebe el consentimiento de las partes de someterse al arbitraje (téngase en cuenta que, en dicho supuesto, la sede del tribunal arbitral se encontraba en Suiza y que las partes habían sometido al Derecho suizo la cuestión relativa a la competencia del mismo). No obstante, tal como pone de relieve el comentarista de dicha sentencia, la misma no parece descartar la doctrina de los grupos de sociedades, al afirmar que la extensión del convenio arbitral a la sociedad no firmante “no es una simple cuestión de estructura o de control entre sociedades, sino más bien una cuestión de participación del no firmante en las negociaciones, en la conclusión y en la ejecución del contrato o de su actitud hacia la parte que pretende someter al arbitraje al no firmante” (p. 1177).

18. Se trata de dos aspectos que están estrechamente interrelacionados entre sí, ya que la resolución de la problemática planteada con arreglo al referido enfoque formalista está condicionada, en última instancia, por la concepción, amplia o restrictiva, adoptada en materia de interpretación del convenio arbitral. El principio de la interpretación estricta del acuerdo arbitral, y los requisitos formales exigidos en relación con el mismo, responden a un mismo fundamento, a una misma finalidad²⁰. En concreto, el fundamento de ambos principios generales del arbitraje comercial internacional es garantizar, además del principio de los efectos relativos del contrato, propio del Derecho común contractual²¹, la naturaleza voluntarista o consensual de la institución arbitral (que es uno de los pilares esenciales sobre los que se apoya el arbitraje comercial internacional) y, en última instancia, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (consagrado por el art. 24.1 de nuestra Carta Magna)²². Al menos en un principio, todo sometimiento a la institución arbitral, en cuanto que mecanismo de resolución de controversias alternativo a la jurisdicción estatal, ha de venir respaldado por la voluntad de la persona que pretende o a la que se pretende sujetar al arbitraje, y una voluntad puede manifestarse tanto de un modo expreso como de uno tácito. La naturaleza voluntarista de la institución arbitral y, consiguientemente, el principio o derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, queda suficientemente garantizada en el caso de existir una voluntad inequívoca de la sociedad no suscriptora de someterse al arbitraje (aunque la misma no se manifieste de un modo expreso).

19. El que los efectos de una cláusula arbitral puedan extenderse, en determinadas circunstancias, a una persona no firmante, en general, y a una sociedad no suscriptora perteneciente a un grupo, en particular, va a depender, en última instancia, del alcance del principio de la interpretación estricta del convenio arbitral, esto es, del criterio más o menos flexible que se adopte en relación con dicho principio general del arbitraje comercial internacional.

Por una parte, como consecuencia de la actual realidad comercial internacional, esto es, de haber perdido el arbitraje su anterior carácter excepcional para convertirse en el mecanismo habitual de resolver las controversias que se derivan de las relaciones comerciales internacionales, y de ser contrarias las actuales prácticas comerciales internacionales a un excesivo formalismo (ámbito en el cual una gran parte de los contratos se forman de un modo tácito), carece ya de sentido una interpretación excesivamente estricta del convenio arbitral. Por lo tanto, este modo de proceder, además de conducir, como consecuencia de no tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, a resultados materialmente injustos, carece de aptitud para adaptarse a las nuevas exigencias del comercio internacional. Además, una concepción flexible del principio de la interpretación estricta del convenio arbitral es más conforme al principio de la buena fe, el cual debe presidir la totalidad de las relaciones contractuales, así como a las expectativas legítimas de las partes.

Y, por otra parte, una concepción excesivamente restrictiva en materia de interpretación del convenio arbitral llevaría a una fragmentación del litigio en aquellos supuestos en los cuales la sociedad no firmante sea responsable del correcto cumplimiento del contrato litigioso que lleva aparejada una cláusula arbitral, con el consiguiente aumento de costes y de plazos, así como fundamentalmente del riesgo de contradicción de decisiones²³. Debido a quedar al margen de toda duda la sumisión de la sociedad firmante a la correspondiente institución arbitral, la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora, que haya participado de un modo efectivo en la correspondiente relación contractual litigiosa (a la cual la cláusula arbitral aparece referida), es el único medio de evitar que pueda haber lugar a un doble procedimiento esto es, a un litigio arbitral entre la sociedad firmante del contrato litigioso en cuestión y su contraparte, y a un litigio judicial entre dicho cocontratante y la so-

²⁰ *Vid.*, entre otros muchos, O. SANDROCK, *loc. cit.*, 1993, p. 950.

²¹ *Vid.* el art. 1257 de nuestro Código Civil, por virtud del cual “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan (...)”. No obstante, dicho principio presenta ciertas excepciones, de tal modo que no son siempre quienes han concluido el contrato, al menos con carácter exclusivo, los que se encuentran sometidos al mismo.

²² En todo caso, dicho derecho constitucional no impide en modo alguno que las partes puedan acudir al arbitraje, como medio alternativo a la jurisdicción estatal, cuando tal sea su voluntad, y dentro de los límites que la ley establece. Por lo tanto, el arbitraje no constituye una alternativa a la tutela judicial efectiva, sino una manifestación de su ejercicio, ya que el ordenamiento jurídico admite, dentro de ciertos límites, el arbitraje.

²³ *Vid.*, I. FADLALLAH, *loc. cit.*, 1984-1985, núm. 4, p. 106; así como Y. DERAIS y S. SCHAF, *loc. cit.*, 1985, p. 232.

ciudad del grupo que, sin haber suscrito el aludido contrato, haya participado en su desenvolvimiento de un modo efectivo.

20. Por estos dos motivos, es aconsejable adoptar una concepción amplia y flexible en materia de interpretación del convenio arbitral, de tal modo que se conceda una atención prioritaria al fondo sobre la forma, pudiendo la cuestión formal quedar dispensada en el caso de concurrir la debida justificación de fondo²⁴. En definitiva, de lo señalado se desprende que lo que pretende el principio de la interpretación estricta de la cláusula arbitral no es el cumplimiento de una forma determinada, sino que un no firmante no pueda quedar vinculado por un convenio arbitral sin haberlo realmente querido. Por lo tanto, las motivaciones de fondo van a ser las que en última instancia decidan si va a haber o no lugar a la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad no firmante del grupo. Ello implica admitir la posibilidad de aceptación tácita de la cláusula arbitral en el supuesto de concurrir una voluntad real y cierta que resulte suficientemente probada²⁵. De este modo, siempre que la cláusula arbitral sea válida desde el punto de vista formal entre las partes que la hayan pactado (sociedad suscriptora del grupo y su contraparte), la ausencia de firma de la sociedad no suscriptora en cuestión podrá dispensarse en el supuesto en que sea eficaz la correspondiente institución de fondo por virtud de la cual se pretende justificar la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral a la aludida sociedad²⁶.

21. En esta línea de pensamiento se encuadran tanto la postura “mercatorista” como la “no mercatorista”, ya que para ambas el alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral, en materia de grupos de sociedades, va a venir determinado, en última instancia, por cuestiones de fondo más que de forma. Sin embargo, ambas posturas se distinguen fundamentalmente entre sí como consecuencia de la fuente a la cual recurren para solucionar el problema. Siguiendo un enfoque “mercatorista”, el contenido de los instrumentos jurídicos, en base a los cuales se va a justificar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo, va a derivarse de un Derecho anacional, esto es, de la *lex mercatoria*²⁷; mientras que conforme a un enfoque o perspectiva “no mercatorista”, dicho contenido de los instrumentos o figuras jurídicas, que resulten aplicables, habrá de buscarse en un concreto Derecho estatal, el cual habrá de venir determinado por una regla de conflicto.

El manifiesto menor rigor exigido por la postura “mercatorista” que por la “no mercatorista”, para proceder a la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora del grupo, no constituye una diferencia autónoma entre ambos enfoques, sino más bien una consecuencia de la anterior distinción, ya que los Derechos nacionales suelen ser más estrictos que la *lex mercatoria* en relación con los requisitos exigidos a los instrumentos jurídicos en base a los cuales se va a proceder a la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral en materia de grupos de sociedades. Los partidarios de una postura “no mercatorista”²⁸ no es que no admitan en ningún caso la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora, sino que, como consecuencia de exigir el cumplimiento de las condiciones establecidas por la legislación nacional que se estime competente, simplemente la obstaculizan.

²⁴ En este mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, P. MAYER, “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence”, *R. des C.*, 1989, vol. 217, pp. 319-454, p. 437, el cual considera lógico que los árbitros se alejen de actitudes formalistas, ya que “la exigencia de una cláusula escrita aprobada expresamente por las dos partes no se adecua al modo de formación de los contratos comerciales, sobre todo en ciertos ámbitos en los cuales la celeridad es esencial”.

²⁵ En este sentido, *vid.*, por ejemplo, PH. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, especialmente p. 79, núm. 136; B. GOLDMAN, “Nota a *Sent. Cour d'appel de Paris de 12 de julio de 1984*”, *JDI*, 1985, pp. 129-158, p. 144; así como M. DE BOISSÉSON, “Effets d'une convention d'arbitrage à l'intérieur d'un groupe de sociétés”, *Bulletin Joli*, 1990, Déc., núm. 12, pp. 999-1013, p. 999, para quien esta posibilidad de aceptación tácita del convenio arbitral, reconocida por numerosas leyes nacionales (especialmente por la francesa), ha permitido el desarrollo de una jurisprudencia favorable a la extensión de los efectos del convenio arbitral en el ámbito de los grupos de sociedades. En la referida línea de pensamiento se encuentra la inmensa mayoría de la práctica: *vid.*, por todas, la sentencia que enunció el principio objeto de análisis, esto es, la sentencia de la CCI núm. 2138/1974, *JDI*, 1975, pp. 934-938, p. 934, con la nota de Y. DERAÏNS, la cual distingue entre la consideración de parte del contrato principal y el hecho de haber firmado el mismo (“ni firmante ni parte”).

²⁶ *Vid.* I. FADLALLAH, *loc. cit.*, 1984-1985, núm. 25-30, especialmente p. 114, el cual señala que la cuestión de la extensión de los efectos del convenio arbitral, a una sociedad no firmante, no es puramente formal. Según dicho autor, en cuanto un miembro del grupo ha suscrito la cláusula arbitral, la exigencia de forma está cumplida si se puede demostrar que el firmante ha actuado por cuenta de otra sociedad del grupo: “(...) Únicamente se plantea entonces la cuestión de la eficacia de la institución de fondo que permite la extensión a una persona no materialmente firmante. Si hay exigencia de forma, ésta es desplazada hacia esta institución”.

22. En suma, aunque a primera vista pueda parecer lo contrario, ni el principio de la interpretación estricta del convenio arbitral, ni las exigencias formales (de escritura y de firma) que al mismo acompañan, impiden que la cláusula arbitral pueda extender sus efectos a las sociedades del grupo no suscriptoras del contrato internacional al cual la misma aparece referida, ya que, tal como se desprende de lo señalado, los aludidos principios generales del arbitraje comercial internacional son compatibles con la eventual aceptación tácita de la cláusula arbitral. Considerando dicha posibilidad, el medio o sistema más eficaz para evitar la incertidumbre generada por una eventual ampliación del alcance subjetivo de la cláusula arbitral, cuando existe la apariencia eventualmente confusa o ambigua que se crea en los supuestos de contratación con la sociedad perteneciente a un grupo (o incluso en otros supuestos de terceros), consiste en que las partes excluyan, de un modo expreso, tal eventualidad en la propia cláusula arbitral²⁹. No obstante, dado que tal prevención no suele concurrir en la realidad práctica, es menester profundizar en las condiciones y presupuestos bajo los cuales la extensión de la cláusula arbitral, a una o a varias sociedades no firmantes del grupo, se puede producir y, de hecho, se ha producido.

III. Doctrina de la unidad económica del grupo

1. *Modus operandi*

23. La doctrina de la unidad económica del grupo, también denominada doctrina de los grupos de sociedades y doctrina de la realidad económica del grupo, es una teoría de origen jurisprudencial, surgida de la práctica de los tribunales arbitrales (fundamentalmente en el seno de la Corte internacional de arbitraje de la CCI) y estatales (especialmente de la jurisprudencia francesa³⁰ [que es la que en mayor medida ha examinado la problemática relativa al alcance subjetivo de la cláusula arbitral a los terceros no firmantes, en general, y a las sociedades no suscriptoras de un grupo, en particular]). De hecho, la inmensa mayoría de los arbitrajes internacionales, relativos a esta materia, han tenido su sede en Francia. La referida teoría es la dominante, no sólo en el terreno de la práctica (tanto arbitral como estatal)³¹, sino también en el ámbito doctrinal³².

²⁷ Por lo que a la amplia problemática de la *lex mercatoria* se refiere, *vid.*, por todos, B. GOLDMAN, “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *TrComfrdrintpr*, 1977-1979, pp. 221-259; así como AAVV, *Lex mercatoria and arbitration*, editada por T.E. CARBONNEAU, Kluwer, 1998.

²⁸ Entre los más acérrimos defensores de la señalada postura minoritaria destacan los siguientes autores: O. SANDROCK, “Arbitration agreements and groups of companies”, *Int. Lawyer*, 1993, vol. 27, pp. 941-961, especialmente pp. 949 y 961; *id.*, “Extending the scope of arbitration agreements to non-signatories”, *The arbitration agreement-its multifold critical aspects*, ASA Special Series núm. 8, Dec. 1994, pp. 165-180, especialmente pp. 168-169, 172 y 180; así como J.F. POUURET, “Trois remarques au sujet de la théorie des groupes de sociétés”, *Bull. A.S.A.*, 1995, pp. 145-148. A nuestro juicio, uno de los principales problemas de este enfoque, al que sus partidarios no han podido encontrar solución satisfactoria hasta el momento, consiste en la dificultad de determinar el sistema conflictual que señale cuál es la ley nacional aplicable al caso.

²⁹ En este mismo sentido, aunque en relación con la extensión de la cláusula arbitral dentro de un grupo de contratos, *vid.* T. KLEIN, “Disagreement on the scope of an arbitration clause”, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Dec. 1996, vol. 7, núm. 2, pp. 24-27, p. 27.

³⁰ Ello está en clara sintonía con el hecho de que la jurisprudencia francesa haya seguido, en múltiples ocasiones, un enfoque transnacional sustantivo, deduciendo del principio de autonomía de la cláusula compromisoria un alejamiento de la misma del método conflictual, esto es, su autonomía con respecto a toda ley estatal. En relación con esta línea jurisprudencial, *vid.* muy especialmente J.P. ANCEL, “L’actualité de l’autonomie de la clause compromissoire”, *TrComfrdrintpr*, 1991-1993, pp. 75-107, pp. 88-98; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD Y B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris, 1996, pp. 230-259, núms. 418-451; así como E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 159-176. En opinión de G. PLUYETTE, el alejamiento de la cláusula arbitral, con respecto a la regla de conflicto, se justifica desde el punto de vista de la eficacia y desde el del consentimiento. Desde el ángulo de la eficacia, puesto que esta desvinculación “permite asegurar una verdadera eficacia al arbitraje internacional”; y desde el del consentimiento, ya que el papel principal del juez, que controla la regularidad de la sentencia, consiste en “verificar la existencia del consentimiento, lo que implica la búsqueda de la común voluntad de las partes”, y no de la ley determinada por un sistema conflictualista (*Débats, TrComfrdrintpr*, 1991-1993, pp. 108-119, p. 119).

³¹ Tal como ha reconocido expresamente M. BLESSING, al plantearse la ley que gobierna la cuestión analizada, la postura mercatorista ha sido “firmemente recomendada y es digna de un amplio apoyo en el arbitraje internacional” (M. BLESSING, “Extension of the arbitration clause to non-signatories”, *The arbitration agreement-its multifold critical aspects*, ASA Special Series núm. 8, Dec. 1994, pp. 151-164, p. 159).

³² *Id.*, por ejemplo, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001; A. CHAPPELLE, “L’arbitrage et les tiers: Le droit des personnes morales (Groupes de sociétés; Interventions d’Etat)”, *Rev. Arb.*, 1988, núm. 3, pp. 475-493; B. M. CREMADES, *loc. cit.*, 1989, pp. 295-313; Y. DERAIS, “L’extension de la clause d’arbitrage aux non signatories-La doctrine des groupes de sociétés”, *The arbitration agreement-its multifold critical aspects*, A.S.A. Special Series núm. 8, Dec. 1994, pp. 241-243; Y. DERAIS Y S. SCHAF, *loc. cit.*, 1985; I. FADLALLAH, *loc. cit.*, 1984-1985, pp. 105-122; S. JARVIN, “La validité de la clause arbitrale vis-à-vis de tiers non signataires de la clause-Examen de la doctrine de groupe de sociétés dans l’arbitrage CCI”, *IBLJ*, 1995, núm. 6, pp. 729-737; así como T. LAUGIER, “L’arbitrage multipartite a l’épreuve des droits nationaux”, *IBLJ*, 1989, núm. 8, pp. 985-997.

24. El máximo exponente de la postura transnacional sustantiva, en el ámbito de la extensión de los efectos del convenio arbitral en materia de grupos de sociedades, está constituido por la doctrina de la unidad económica del grupo. En efecto, la doctrina de los grupos de sociedades resuelve la problemática objeto de estudio desde una perspectiva universalista o anacional, esto es, siguiendo un método del caso por caso, ya que fundamenta su decisión en un análisis exhaustivo de las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto de que se trate y del grupo de sociedades en cuestión, al margen de cualquier normativa estatal; de tal modo que la extensión subjetiva del convenio arbitral, que goza de carácter excepcional³³, venga debidamente justificada en cada caso³⁴.

El enfoque anacional adoptado por la doctrina de la unidad económica del grupo, además de ser favorable a una eficaz administración de la justicia, es conforme a las cambiantes necesidades del comercio internacional, a las expectativas legítimas de las partes, al objetivo de la justicia material, así como al principio de la buena fe en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales. Además, los árbitros, como consecuencia de carecer de foro, no se hayan vinculados por ningún sistema legal nacional. Por lo que a los arbitrajes comerciales internacionales desarrollados en el marco de la CCI se refiere, que son la inmensa mayoría (al menos por lo que a la cuestión que nos ocupa se refiere), dicho modo de operar aparece respaldado por el contenido de su Reglamento de arbitraje, el cual se caracteriza, fundamentalmente, por conceder al tribunal arbitral una amplia libertad y flexibilidad para el ejercicio de su misión.

25. La perspectiva anacional, adoptada por la doctrina de la unidad económica del grupo, no obsta a que la misma fundamentalmente en última instancia, normalmente de un modo implícito, la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora del grupo, que va a operar con carácter excepcional, en concretas figuras del mundo jurídico (representación, estipulación en beneficio de un tercero, doctrina de los actos propios o *estoppel* y técnica del “levantamiento del velo”)³⁵. Tal cobertura argumental también se realiza al margen de las concretas regulaciones de los Derechos nacionales. Aunque parece que con ello se pretende impedir que prospere un futuro recurso de anulación en el país de la sede del arbitraje, así como una eventual denegación del exequátur del laudo arbitral dictado, lo cierto es que tales cautelas no necesariamente se corresponden con el carácter tasado y la estricta interpretación de las causas de anulación, en un caso, o de los motivos de denegación del exequátur, en otro. En cualquier caso, esta fundamentación o confirmación jurídica de la solución adoptada va creando un acervo justificativo de la extensión, en materia de grupos de sociedades, que aporta seguridad jurídica en el contexto de la ausencia de normativa *ad hoc*.

La práctica defensora de la doctrina de los grupos de sociedades, a pesar de derivar el contenido de los instrumentos jurídicos, en base a los cuales se justifica la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo, de un Derecho anacional, esto es, de la *lex mercatoria*, y no de un concreto Derecho estatal (determinado por una regla de conflicto); emplea comúnmente las referidas figuras jurídicas, en esta materia, de un modo acorde con la teoría general de las obligaciones (la cual, como veremos, siempre gravita sobre los fallos arbitrales).

26. La efectiva consagración de la doctrina de la unidad económica del grupo, así como la delimitación de su concreto contenido, se debe a la célebre y controvertida sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*Dow Chemical v/ Isover Saint Gobain*)³⁶. Las pautas acogidas por dicha sentencia, que cuenta con

³³ No fue este el caso, sin embargo, de la controvertida sentencia núm. 1510 de la Sociedad de Arbitraje Marítimo de Nueva York de 28 de noviembre de 1980 (*Map Tankers, Inc. v/ Mobil Tankers, Ltd.*), *YCA*, 1982, vol. VII, pp. 151-155, especialmente p. 153.

³⁴ A nuestro modo de ver, es preferible el método del caso por caso que el establecimiento de una regla material, la cual, aunque más previsible, pecaría de injusta, ya que no podría tener en cuenta todos los hechos concurrentes, así como las peculiaridades propias de cada grupo.

³⁵ La idoneidad de las señaladas figuras jurídicas, para hacer frente a la problemática por nosotros abordada, será objeto de análisis en el núm. 3 del presente apartado.

³⁶ *JDI*, 1983, pp. 899-907; *Rev. Arb.*, 1984, núm. 1, pp. 137-150. Los hechos que rodearon a la referida sentencia arbitral de 23 de septiembre de 1982 (cuya sede arbitral era París), pueden resumirse de la siguiente manera: un grupo multinacional americano (*Dow Chemical*) celebra en momentos distintos, con un grupo multinacional francés (*Isover Saint Gobain*), dos contratos para la distribución en Francia, por esta última sociedad, de productos destinados al aislamiento térmico. Cada uno de estos contratos contenía un convenio arbitral, que preveía el arbitraje de la CCI. Con motivo de la ejecución del contrato, tres de las filiales del grupo *Dow Chemical*, así como la sociedad matriz, presentaron una demanda de arbitraje ante la CCI frente a la sociedad *Isover Saint Gobain*. A pesar de haber alegado dicha sociedad la inexistencia de una cláusula arbitral que la vinculase a la sociedad matriz americana, así como a la filial francesa, los árbitros se declararon competentes con respecto a estas dos sociedades. El alejamiento de toda ley estatal, en relación con la determinación de la competencia arbitral, lo dedujeron los árbitros, fundamentalmente, de los apartados 3º y 4º del art. 8 del Reglamento de la Corte de arbitraje de la CCI (de 1975), cuyas disposiciones quedaron incorporadas al contrato como consecuencia de la referencia que las partes hicieron al mismo (*JDI*, 1983, pp. 900 y 904).

determinados precedentes de la práctica³⁷, han sido ratificadas por numerosas sentencias posteriores, tanto arbitrales³⁸ como estatales³⁹, las cuales han contribuido a fijar los límites inherentes a la doctrina de la unidad económica del grupo⁴⁰.

³⁷ Vid. la sentencia de 1 de julio de 1973 (*Holiday Inns v/ Morocco*), dictada bajo los auspicios del CIRDI, y los comentarios a la misma de P. LALIVE, "The first 'world bank' arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*)-Some legal problems", *BYIL*, 1980, pp. 123-161, especialmente pp. 147-155; la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*JDI*, 1976, pp. 973-978), supuesto en el cual concurrían dos grupos multinacionales de sociedades y circunstancias particularmente favorables a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a las dos sociedades filiales no firmantes (la demandante y la primera demandada); la sentencia de la CCI núm. 1434/1975 (*JDI*, 1976, pp. 978-981, con la nota de Y. DERAÏNS, pp. 982-989), la cual decidió, ante la concurrencia de circunstancias muy propicias a la extensión (consistentes, básicamente, en la designación flexible y con una clara ausencia de formalismo de las sociedades del grupo A que iban a intervenir en la ejecución de la operación litigiosa [lo cual constituía una prueba fehaciente de la importancia secundaria que, para todas las partes, revestían estas designaciones], así como en el entrelazamiento existente entre las obligaciones contractuales correspondientes a las sociedades del grupo A), ampliar el alcance del convenio arbitral a las sociedades no suscriptoras del grupo A, recurriendo para ello, de un modo implícito y vago, a la figura jurídica de la representación tácita; así como la sentencia núm. 1510 de la Sociedad de Arbitraje Marítimo de Nueva York de 28 de noviembre de 1980 (*cit. supra*), pp. 151-155, la cual parece incitar a pensar que la pertenencia a un mismo grupo de sociedades es suficiente razón para extender el convenio arbitral a todas las sociedades de un mismo grupo que tengan interés en actuar (ya que sin interés no hay acción), sin hacer referencia a que las sociedades afectadas por la extensión habían participado efectivamente en la operación marítima litigiosa en cuestión.

³⁸ Al margen de las más arriba citadas, entre las sentencias arbitrales más representativas de la doctrina de la unidad económica del grupo podemos destacar las siguientes: la sentencia de la CCI núm. 5103/1988, la cual aplicó los criterios propios de la teoría de la unidad económica del grupo al ámbito de la responsabilidad (*JDI*, 1988, pp. 1206-1215, con la nota de G. AGUILAR ÁLVAREZ); la sentencia de la CCI núm. 5721/1990 (*JDI*, 1990, pp. 1019-1026), la cual, pese a denegar la extensión de los efectos del convenio arbitral al dirigente social, recurrió a las pautas propias de la doctrina de los grupos de sociedades, fundamentando su decisión en el principio general de la buena fe, en los usos del comercio internacional y en la voluntad común de las partes; la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*JDI*, 1991, pp. 1065-1068), la cual establece tres condiciones alternativas que justifican la ampliación de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo, en concreto, la representación (entendida ésta en sentido amplio, quedando, por tanto, incluida la figura del mandato aparente), la estipulación en beneficio de un tercero y la participación, tanto activa como pasiva, en la operación litigiosa; la sentencia de la CCI núm. 6673/1992 (*JDI*, 1992, pp. 992-996, con la nota de D. HASCHER, pp. 996-998), supuesto en el cual los árbitros denegaron la extensión de los efectos del convenio arbitral, a la sociedad no firmante, por no haberse probado debidamente que ésta era titular de la tecnología objeto del contrato y, consiguientemente, que estaba directamente referida por éste (lo cual constituye una prueba fehaciente de que ni siquiera los árbitros defensores de la doctrina de la unidad económica del grupo admiten fácilmente la extensión de la cláusula arbitral a las sociedades no suscriptoras); la sentencia de la CCI núm. 7155/1993 (*JDI*, 1996, pp. 1037-1040, con la nota de J.J. ARNALDEZ, pp. 1040-1041), asunto en el cual los árbitros, después de haber llevado a cabo un exhaustivo análisis de los hechos concurrentes, decidieron no extender los efectos de la cláusula arbitral a las dos sociedades filiales no firmantes del contrato en el cual la misma aparecía inserta, sin que el hecho de haber solicitado dichas sociedades la extensión de la cláusula arbitral a las mismas fuese tenido en cuenta por los árbitros; la sentencia de la CCI núm. 8385/1995 (*JDI*, 1997, pp. 1061-1068, con la nota de Y. DERAÏNS, pp. 1068-1073), supuesto en el cual el árbitro fundamentó expresamente la decisión, relativa a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad matriz no firmante que se oponía a la misma, no en base a la común voluntad de las partes, sino en el comportamiento ilegítimo del grupo de sociedades y, en última instancia, en la *lex mercatoria*, sin perjuicio de haber posteriormente comprobado, con el único ánimo de ratificar su decisión, que el resultado al cual llevaba la aplicación de la *lex mercatoria* coincidía con el apuntado por los Derechos estatales vinculados con el litigio; así como la sentencia de la CCI núm. 12605/2005 (*JDI*, 2008, vol. 135, núm. 4, pp. 1193-1196, con la nota de S. JARVIN y C. TRUONG-NGUYEN, pp. 1196-1204), la cual ilustra sobre la posibilidad de extender los efectos de la cláusula arbitral fundándose en la teoría de los grupos de sociedades y de la unidad económica formada por un conjunto contractual (del cual dos de los contratos contenían una cláusula arbitral) cuya ejecución es asumida por las diferentes filiales de un grupo de sociedades (no obstante, en dicho supuesto, ninguna de las filiales demandadas en arbitraje había participado en la negociación o en la conclusión del contrato al cual aparecía referida la cláusula arbitral, por lo que no pudo haber lugar a la extensión de la misma).

³⁹ Por lo que a la práctica judicial se refiere, *vid.*, muy especialmente, la sentencia inglesa del Tribunal Supremo de Justicia de 6 de octubre de 1977 (*Roussel-Uclaf*), *YCA*, 1979, vol. IV, pp. 317-320, la cual justificó el alcance de la cláusula arbitral a la sociedad filial no firmante, al menos en parte, en el interés de una buena administración de la justicia, es decir, en los problemas inherentes a la concurrencia de un doble procedimiento, uno arbitral y otro estatal, en relación con una misma cuestión (la jurisdicción inglesa fue la primera jurisdicción estatal que invocó la teoría de la unidad económica del grupo); la sentencia de la Corte de apelación de París de 21 de octubre de 1983, *Rev. Arb.*, 1984, núm. 1, pp. 98-101, la cual acogió la doctrina de los grupos de sociedades al desestimar el recurso de anulación interpuesto frente al laudo arbitral en el anteriormente citado asunto *Dow Chemical*; la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*Sponsor A.B. v/Lestrade*), *Rev. Arb.*, 1988, núm. 1, pp. 153-157, la cual, además de continuar con la tendencia confirmada por la sentencia *Dow Chemical* (consistente en recurrir para resolver la cuestión que nos ocupa, en lugar de a un Derecho nacional, a la voluntad común de las partes y a los usos del comercio internacional) en aras de oponer el convenio arbitral a la sociedad matriz no firmante del grupo en contra de su voluntad, llevó la doctrina de los grupos de sociedades a su máximo extremo al afirmar que el enfoque por ella seguido "está admitido en Derecho"; la sentencia de la Corte de apelación de París de 30 de noviembre de 1988 (*Société Kors-*

27. Dichas sentencias han contribuido, en mayor o menor medida, a la formación y evolución de un Derecho relativo a los grupos de sociedades (en concreto, de un Derecho referente a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral en esta materia). Dicho Derecho, que está en continua formación, forma parte integrante de la *lex mercatoria*; y, de hecho, constituye uno de los máximos exponentes del denominado Derecho transnacional. El señalado Derecho, que constituye, o al menos pone de manifiesto, un uso del comercio internacional⁴¹, se basa esencialmente en la voluntad común de las partes interesadas (deducida ésta de los términos del contrato y de un análisis minucioso de las circunstancias del caso concreto), incluida la de la sociedad no firmante del grupo que pretende o a la cual se pretende ampliar el alcance de la correspondiente cláusula arbitral, para decidir si hay o no lugar a la extensión de la misma.

28. En suma, en la práctica totalidad de las ocasiones en las que se ha procedido a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, a una sociedad del grupo no suscriptora, se ha recurrido a la doctrina de la unidad económica del grupo, es decir, a un enfoque anacional. No obstante, tal como se desprende de un análisis exhaustivo de las sentencias anteriormente citadas, lo que verdaderamente caracteriza a la práctica defensora de la doctrina de la unidad económica del grupo no es el hecho de conceder o denegar el alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora, lo cual dependerá del supuesto de que se trate, sino un determinado modo de proceder. La teoría de la unidad económica del

nas Marma v/société Durand-Auzias), *Rev. Arb.*, 1989, núm. 4, pp. 691-694, asunto en el cual se extendió la cláusula arbitral a la sociedad filial francesa no suscriptora (en contra de su voluntad), la cual, además de haber participado activamente en la ejecución del contrato litigioso, representaba, de conformidad con los términos del contrato, a su sociedad matriz y actuaba como su subconcesionaria; la sentencia de la Corte de apelación de París de 31 de octubre de 1989 (*Société Kis France et autres v/Société Générale et autres*), *Rev. Arb.*, 1992, núm. 1, pp. 90-94, la cual recurrió al proyecto económico único y al conjunto contractual unificado, donde las obligaciones de las partes aparecen estrechamente entrelazadas entre sí, para ampliar el alcance del convenio arbitral a las sociedades filiales no suscriptoras interesadas en el proyecto; la sentencia de la Corte de apelación de París de 11 de enero de 1990 (*Orri v/société des Lubrifiants Elf Aquitaine*), *Rev. Arb.* 1992, pp. 95-99, *JDI*, 1991, pp. 141-145, la cual, en aras de extender los efectos del convenio arbitral al dirigente social de un pequeño grupo de sociedades personal (que ejercía el comercio a través de diversas sociedades, de las cuales detentaba la totalidad de su capital social), recurrió a la noción de los grupos de sociedades (pese a que dicha doctrina ha estado siempre referida a personas jurídicas y a que, en este caso, la extensión afectaba a una persona física) y, con carácter subsidiario, a la teoría del fraude y a la del conjunto contractual indivisible; la sentencia de la Corte de casación francesa de 11 de junio de 1991, *Rev. Arb.*, 1992, núm. 1, pp. 73-75, con la nota de D. COHEN, la cual confirmó la solución adoptada por la susodicha sentencia de la Corte de apelación, aunque basándose únicamente en el argumento del fraude manifiesto (no obstante, la Corte de casación aprobó implícitamente la teoría de la unidad económica del grupo, ya que en ningún momento la condenó); así como la sentencia de la Corte de casación francesa de 27 de marzo de 2007 (*Stés ABS et AGF Iart c. Sté Amkor technology et autres*), *RCDIP*, 2007, vol. 96, núm. 4, pp. 798-801, con la nota de F. JAULT-SESEKE, pp. 801-807, *JDI*, 2007, vol. 134, núm. 3, pp. 968-969, con la nota de C. LEGROS, pp. 969-980, supuesto en el cual la circulación de la cláusula arbitral es discutida en un doble aspecto, en el de su transmisión automática en las cadenas de contratos translativos de propiedad (en tanto que accesorio del derecho de acción transmitido) y en lo relativo a su alcance en el marco de los grupos de sociedades, reconociendo la Corte de casación a las dos sociedades filiales francesas no firmantes, “directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que del mismo puedan resultar”, el derecho de prevalecerse de la cláusula arbitral (que la Corte de casación había considerado como transmitida) contenida en el contrato de suministro-venta de componentes electrónicos que ligaba a su sociedad matriz (subcontratista) con la sociedad AME.

⁴⁰ *Vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 121-164, así como las múltiples referencias en dicha monografía citadas.

⁴¹ A nuestro modo de ver, los usos del comercio internacional, que al igual que las sentencias arbitrales y estatales que sean objeto de un cierto consenso forman uno de los principales componentes de la *lex mercatoria*, constituyen la fuente a la cual ha de recurrirse para solucionar la problemática expuesta. El referido Derecho de creación jurisprudencial, especialmente de la arbitral, en materia de oponibilidad del convenio arbitral a los grupos de sociedades, puede considerarse como un uso del comercio internacional que se encuentra íntimamente ligado al principio de la buena fe (en este sentido, *vid.* P. MAYER, “Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international”, *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, 1993, pp. 543-556, especialmente p. 552, el cual estima que esta regla, lo suficientemente precisa como para ser operacional, que forma parte integrante de la *lex mercatoria*, ha sido directamente extraída por los árbitros del principio de la buena fe; así como LORD JUSTICE MUSTILL, “The new *lex mercatoria*: The first twenty-five years”, *Liber amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, 1987, pp. 149-183, especialmente pp. 174 y 176, según el cual esta particular regla [“...un grupo de sociedades es considerado como que contrata por cuenta de todos los miembros del grupo, al menos por lo que se refiere al convenio arbitral”] forma parte integrante de la *lex mercatoria* en su estructura actual). Como ha puesto de manifiesto P. LÉBOULANGER, “Nota a *Sent. Cour de cassation de 6 de enero de 1987*”, *Rev. Arb.*, 1987, núm. 4, pp. 469-478, p. 476, el principio de la buena fe, en el ámbito del comercio internacional, actúa como un principio de Derecho y no de equidad. En relación con el creciente protagonismo que están adquiriendo los usos del comercio internacional, *vid.*, entre otros muchos, S. BOSTANJI, “De la promotion des usages du commerce international par la justice étatique”, *JDI*, 2005, vol. 132, núm. 2, pp. 1067-1091.

grupo ha permitido que, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, se pueda oponer una cláusula arbitral a las sociedades integrantes de un grupo que, sin haberla suscrito, cumplan determinadas condiciones. Para la referida doctrina, la formación por un grupo de sociedades, o bien, por ciertos miembros del mismo, de una auténtica *unité économique*, va a poder determinar la extensión de la cláusula arbitral a las sociedades no firmantes de la misma que formen parte de dicha unidad económica. Dicha teoría acoge, pues, una concepción flexible del principio de la interpretación estricta del convenio arbitral, a la par que presupone la compatibilidad existente entre la exigencia del carácter escrito del convenio arbitral y la extensión del alcance del mismo a una sociedad no firmante perteneciente a un grupo. La doctrina de los grupos de sociedades puede ser considerada como conciliadora, ya que ha tratado de encontrar un equilibrio entre el excesivo formalismo y la extensión automática, así como entre la realidad económica y la jurídica; es decir, entre los hechos concretos de cada caso, cuya intencionalidad hay que interpretar, y la diversidad jurídica propia de los grupos de sociedades, de la cual no pueden hacer abstracción los juzgadores. Ello implica que los efectos del convenio arbitral, ni se extiendan automáticamente a todas las sociedades del grupo, ni únicamente a las firmantes del mismo.

2. Presupuestos de la extensión subjetiva de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo

A) Pertenencia de la sociedad no suscriptora a un grupo de sociedades

29. La doctrina de la unidad económica del grupo exige, como presupuesto previo necesario para ampliar el alcance subjetivo de la cláusula arbitral, la pertenencia de la sociedad no suscriptora en cuestión (esto es, de la que pretende o a la que se pretende oponer la susodicha cláusula) a un grupo de sociedades. En el ámbito que nos ocupa, el problema de la extensión de los efectos del convenio arbitral se ha planteado siempre en relación con grupos fuertemente integrados; esto es, se ha tratado de filiales unidas a la matriz por medio de lazos particularmente estrechos de dominio. Pero la cuestión es menos clara en el caso de ser dicho control menos manifiesto. Lo que sí resulta plausible es que a mayor control ejercido por la matriz sobre sus filiales, mayor será la subordinación de éstas a sus decisiones y acuerdos, ampliándose, consiguientemente, las posibilidades de extensión⁴².

30. En este mismo contexto, resulta de capital importancia la determinación de los criterios que deben seguir los encargados de juzgar un asunto para apreciar si realmente se encuentran ante un grupo de sociedades. Es preciso tener en cuenta, a estos efectos, que las legislaciones nacionales presentan entre sí amplias divergencias en relación con el grado y tipo (téngase en cuenta que la participación financiera no es el único medio del cual dispone la sociedad matriz para ejercitar el control sobre sus filiales) de control necesario para poder hablar de grupo de sociedades (discrepancias que son susceptibles de plantearse incluso dentro de un mismo Derecho nacional)⁴³. Este problema resulta atenuado como consecuencia de la legislación comunitaria existente al respecto⁴⁴, de la cual puede valerse tanto el juez como el árbitro. En cualquier caso, desde un punto de vista transnacional sustantivo, que es el adoptado por la doctrina de los grupos de sociedades, no resulta necesario acudir a ningún Derecho nacional, gozando, tanto los árbitros como los jueces, de un amplio margen de libertad en la apreciación de este particular aspecto, procediendo, en cada caso, con el objeto de dilucidar este punto previo, a un análisis minucioso de las circunstancias, así como de las particulares relaciones existentes entre los miembros del grupo.

⁴² Vid. el apartado II núm. 1 del presente trabajo.

⁴³ A estos efectos, *vid.*, por ejemplo, J.M. EMBID IRUJO, "Los grupos de sociedades en el derecho comunitario y español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1990, vol. 67, pp. 31-54, especialmente pp. 37-39.

⁴⁴ En relación con el proceso de regulación de los grupos, que se viene llevando a cabo en el ámbito de la CEE, *vid.* J.M. EMBID IRUJO, *loc. cit.*, 1990, p. 35.

⁴⁵ *Vid.*, por todos, I. FADLALLAH, *loc. cit.*, 1984-1985, p. 118, núm. 41.

31. No obstante, la solución al problema para el caso de ser el control menos absoluto seguiría consistiendo en la búsqueda de la voluntad común de las partes⁴⁵. De hecho, algunas sentencias (tanto arbitrales como estatales), si bien es verdad que la mayor parte de las mismas en ámbitos muy cercanos al de los grupos de sociedades, han adoptado, aun a pesar de carecer del índice objetivo que el grupo de sociedades representa, las pautas que caracterizan a la doctrina de la unidad económica del grupo⁴⁶.

32. Otro problema susceptible de plantearse en la práctica es el del momento en el cual es necesaria la pertenencia a un grupo de sociedades para poder aplicar la teoría de la unidad económica del grupo, ya que puede ocurrir que la sociedad no firmante, que pretende o a la cual se pretende extender el alcance del convenio arbitral, en el momento de la presentación de la demanda haya dejado de formar parte del grupo de sociedades al cual pertenecía cuando se concluyó el contrato en el cual aparecía incluida la correspondiente cláusula arbitral. Tal como se desprende de la anteriormente citada sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (en la cual ni la sociedad que invocaba el arbitraje ni una de las dos sociedades frente a las que se aducía formaban parte, en el momento de presentarse la demanda, de sus respectivos grupos de sociedades), para que haya lugar a la propugnada extensión subjetiva de los efectos del convenio arbitral no es necesario que la sociedad no firmante pertenezca al grupo en el momento de suscitarse el litigio o de presentarse la demanda, sino en el de la suscripción de la correspondiente cláusula arbitral. Ello aparece avalado por la ya citada sentencia de la CCI núm. 7155/1993, la cual pone de manifiesto que en el momento de la conclusión del contrato, en el cual aparecía inserta la correspondiente cláusula arbitral, las dos sociedades filiales que pretendían quedar vinculadas por esta última no formaban parte del grupo de sociedades en cuestión, ya que todavía no habían sido creadas⁴⁷. A nuestro modo de ver, la solución preconizada por las referidas sentencias aparece aconsejada, fundamentalmente, por razones de previsibilidad, esto es, de seguridad jurídica, ya que las partes, en el momento de concluir el convenio arbitral, deben poder prever a quién se podría extender sus efectos en el supuesto de concurrir determinadas circunstancias que así lo justifiquen. Por otro lado, las pautas e instrumentos jurídicos, que determinan la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a una sociedad no firmante, implican una voluntad de someterse al arbitraje existente en el momento de la suscripción del convenio arbitral o, en todo caso, antes de suscitarse la controversia.

33. Aun a pesar de denotar la elección de una estructura de grupo, al menos *a priori*, la intención de hacer prevalecer la autonomía jurídica y, consiguientemente, patrimonial, de las sociedades que lo integran; la estructura de grupo es especialmente favorable a que se produzcan intromisiones de unas sociedades en la gestión o en el funcionamiento de las otras. Ello implica que las verdaderas partes contractuales no sean siempre las que han suscrito materialmente la relación contractual litigiosa a la que la cláusula arbitral aparece referida. Como consecuencia de lo señalado, la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral aparece favorecida en materia de grupos de sociedades (y, consiguientemente, se van a considerar pautas o criterios que no se tienen en cuenta en otros ámbitos), lo cual en modo alguno significa que la misma pierda su carácter excepcional o que sea fácil de conseguir.

34. En suma, en aras del respeto de la autonomía jurídica y patrimonial que un grupo de sociedades representa y de la naturaleza consensual de la institución arbitral, la pertenencia a un grupo de sociedades no es suficiente, por sí misma, para proceder a la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad o sociedades no firmantes del grupo. Tal como se desprende de la práctica arbitral y estatal anteriormente citada, la pertenencia a un grupo de sociedades no tiene el valor de una presunción de extensión de los efectos de la cláusula arbitral a las sociedades del grupo; siendo un mero “principio de

⁴⁶ Vid., por ejemplo, la sentencia CCI núm. 4381/1986, *JDI*, 1986, pp. 1102-1113, especialmente p. 1104; la sentencia CCI núm. 3493/1983, *Rev. Arb.*, 1986, núm. 1, pp. 105-129, especialmente pp. 111-112, núm. 46; así como la sentencia de la Corte de apelación de París de 28 de noviembre de 1989 (*Compagnie tunisienne de navigation [Cotunav] v/ société Comptoir commercial André*), *Rev. Arb.*, 1990, núm. 3, pp. 675-678 y 681-690, con la nota de P. MAYER, p. 677.

⁴⁷ P. 1039.

prueba” de la oponibilidad del convenio arbitral a la sociedad no firmante, que deberá ser completado para ser operativo.

B) Participación efectiva de la sociedad no suscriptora en la relación contractual litigiosa requerida para la extensión

35. Tal como se desprende de la jurisprudencia anteriormente citada, al margen de la pertenencia de la sociedad no suscriptora en cuestión a un grupo de sociedades, para que haya lugar a la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral a una sociedad no firmante, la doctrina de la unidad económica del grupo exige, con alguna excepción aislada⁴⁸, el requisito de la participación efectiva de dicha sociedad en la relación contractual litigiosa a la cual aparezca referida la correspondiente cláusula arbitral⁴⁹. Dicha participación puede producirse indistintamente en cualquiera de las fases o etapas del contrato, esto es, en su negociación, en su ejecución (siendo esto último más frecuente) y/o en su terminación⁵⁰.

36. En cualquier caso, la participación necesaria para que haya lugar a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, a la sociedad o sociedades no suscriptoras del grupo, puede revestir modalidades muy diversas. De hecho, de la práctica arbitral y estatal, partidaria de la teoría de la unidad económica del grupo, se desprende que la participación de la sociedad no suscriptora, en la operación contractual, puede ser, al menos *a priori*, tanto activa como pasiva⁵¹. La participación es pasiva cuando la sociedad no firmante, que pretende o a la que se quieren extender los efectos del convenio arbitral, resulte directamente afectada o beneficiada por el contrato principal. Tal es el caso, por ejemplo, cuando la sociedad matriz no firmante goce de la titularidad de los derechos de la propiedad industrial o intelectual (marcas, patentes, tecnología, etc.) bajo los cuales los productos, objeto del contrato al cual aparezca referida la cláusula arbitral, hayan de ser comercializados (dicha participación pasiva, que es la que con mayor frecuencia se produce en la práctica, conlleva una ratificación tácita del contrato litigioso y, consiguientemente, de la correspondiente cláusula arbitral, ya que, en este caso particular, las relaciones contractuales litigiosas no se pueden formalizar sin el consentimiento de la sociedad matriz)⁵²; o cuando la finalidad del contrato litigioso sea ceder una parte de las acciones y beneficios, detentados en otras sociedades, a la sociedad no suscriptora (lo cual no implica, necesariamente, la ratificación de la correspondiente operación contractual por parte de la susodicha sociedad)⁵³.

37. En todo caso, la participación de una sociedad, en la operación económica suscrita materialmente por otra sociedad del mismo grupo, es un requisito necesario, aunque no suficiente, para proceder a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la primera, ya que la participación de la sociedad

⁴⁸ *Vid.* la anteriormente citada sentencia neoyorquina de la Sociedad de arbitraje marítimo de 28 de noviembre de 1980 (*cit. supra*), especialmente p. 153.

⁴⁹ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*cit. supra*), p. 974; la sentencia CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), pp. 901-904; la sentencia CCI núm. 7155/1993 (*cit. supra*), p. 1039; así como la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156. Ello no implica que sea imposible extender a una sociedad los efectos del convenio arbitral suscrito por otra sociedad del grupo cuando no concurra el requisito de la participación efectiva de la primera en la operación litigiosa, ya que siempre es posible el recurso a nociones generales tales como la cesión, la subrogación, el fraude, los grupos contractuales etc. (Y. DERAÏNS, *loc. cit.*, 1994, p. 241, núm. 1). Lo que ocurre es que estas nociones no son, en modo alguno, exclusivas de los grupos de sociedades, sino que son un recurso común a todos los supuestos de terceros. Por lo tanto, en caso de ser alguna de dichas nociones comunes susceptible de aplicación, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, a un supuesto de grupo de sociedades, no será necesario acudir a la teoría de la unidad económica del grupo para ampliar el alcance subjetivo del convenio arbitral.

⁵⁰ La participación en el contrato litigioso puede ser total o parcial, es decir, la sociedad no firmante puede llevar a cabo la negociación y/o ejecución del contrato con o sin la participación de otras sociedades del grupo (PH. FOUCHARD, E. GAILLARD Y B. GOLDMAN, *op. cit.*, 1996, p. 298, núm. 499).

⁵¹ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156; así como la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), p. 1066.

⁵² *Vid.* la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), pp. 902-904; así como la sentencia de la CCI núm. 6673/1992 (*cit. supra*), p. 993, en la cual los árbitros denegaron la extensión por falta de prueba de la titularidad de los referidos derechos.

⁵³ *Vid.* la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), pp. 1066-1067; así como la sentencia de la CCI núm. 7155/1993 (*cit. supra*), p. 1039.

⁵⁴ Por lo que a dichas motivaciones se refiere y a las consecuencias que las mismas llevan aparejadas, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 196-199.

no suscriptor puede responder a motivaciones muy diferentes entre sí⁵⁴. De hecho, tanto la práctica arbitral como la jurisprudencia estatal, con el objeto de decidir acerca de la extensión de la cláusula arbitral a una sociedad no firmante, investigan detalladamente las relaciones existentes entre las partes y su conducta durante todas las fases del contrato, basándose para ello en la correspondencia y en los restantes documentos intercambiados entre las mismas (que son, fundamentalmente, el contrato principal, los restantes contratos con el mismo relacionados, en su caso, y la cláusula arbitral). A estos efectos, se tienen en cuenta, tanto los términos del o de los documentos intercambiados entre las partes, como el espíritu de los mismos.

38. De conformidad con la doctrina de la unidad económica del grupo, para que la participación, ya sea activa o pasiva, de la sociedad no firmante en la relación contractual litigiosa determine la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a dicha sociedad, es preciso que de las circunstancias que concurran en el caso concreto pueda deducirse, sin lugar a dudas, o bien, una voluntad común de las partes de considerar a la sociedad no firmante como vinculada por el contrato y, por tanto, por la cláusula arbitral que al mismo aparezca referida⁵⁵, o bien, una intromisión efectiva de la sociedad no firmante en la relación contractual litigiosa de tal naturaleza y alcance que induzca a confiar legítimamente al cocontratante en que dicha sociedad va a quedar vinculada por el correspondiente contrato y cláusula arbitral⁵⁶. Estas dos perspectivas poseen un diferente fundamento: la primera sigue siendo una manifestación de la naturaleza consensual o voluntarista del arbitraje (lo que verdaderamente interesa de dicha voluntad no es la forma en la que se manifieste, sino la certeza de la misma, por lo que ha de resultar suficientemente probada); y la segunda se apoya, en mayor medida, en la protección de la apariencia creada. El sustrato común de ambas es, sin embargo, la participación, lo que en la mayoría de las ocasiones impide una determinación exacta de la dimensión prevalente. Ello no es, en todo caso, determinante de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora del grupo.

39. En cualquier caso, para evitar que se desvirtúe la institución arbitral, la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a los no firmantes, aun a pesar de tratarse de un grupo de sociedades, debe ser la excepción, debiendo existir suficientes indicios o manifestaciones concretas que la justifiquen suficientemente en cada caso⁵⁷. La práctica internacional es muy rica en relación con los elementos fácticos en base a los cuales se justifica la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora. La extensión va a resultar favorecida cuando concurra alguna o algunas de las circunstancias siguientes: la flexibilidad y ausencia de formalismo, prevista desde la formación del contrato principal, en la designación de las sociedades del grupo que vayan a firmar o ejecutar la operación litigiosa (lo cual

⁵⁵ *Vid.*, entre otros muchos ejemplos, la sentencia de la CCI núm. 5103/1988 (*cit. supra*), p. 1212; la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), p. 1067, en relación con la sociedad XB; así como la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156. El criterio del comportamiento efectivo, de las sociedades que pretenden o a las que se pretende vincular a los efectos del convenio arbitral, no es un requisito distinto al de la búsqueda de la voluntad común de las partes, sino que constituye el modo más efectivo de exteriorizar dicha voluntad implícita (incluyendo entre dichas voluntades a la de la sociedad no firmante). Es preciso señalar que la voluntad, a tener en cuenta por los juzgadores, ha de ser la existente antes de plantearse el litigio, ya que la posterior aparece desvirtuada por los concretos intereses en juego. Por consiguiente, esta voluntad (tácita) no debe necesariamente existir en el momento de la suscripción del convenio arbitral, sino que también es posible que concurra en un momento posterior (ya que no es infrecuente que una sociedad que no sea parte de un contrato al principio, se convierta en tal durante el transcurso de su ejecución por medio de actos que expresen la ratificación del mismo), aunque siempre antes de suscitarse la controversia. En definitiva, se trata de descubrir si la sociedad no firmante ha manifestado su voluntad de quedar vinculada por el contrato principal y por la cláusula arbitral en él inserta; así como si tanto la sociedad firmante, como la persona ajena al grupo que con ella ha contratado, han aceptado dicha voluntad de la sociedad no suscriptora, considerándola, por tanto, como verdadera parte contractual (*vid.*, por todos, Y. DERAIS, *loc. cit.*, 1994, pp. 241 y 242, núms. 2 y 5). El criterio de la voluntad común es, pues, el mejor modo de atender a las expectativas legítimas de las partes.

⁵⁶ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 5721/1990 (*cit. supra*), p. 1024.

⁵⁷ A nuestro modo de ver, el carácter excepcional de la extensión constituye la limitación principal de la doctrina de los grupos de sociedades. Ello se puede apreciar claramente en la sentencia de la CCI núm. 5721/1990 (*cit. supra*), p. 1024, la cual señala que “conviene examinar con cuidado si la independencia jurídica de las partes no debe, excepcionalmente, ser descartada en beneficio de un juicio global. Se aceptará tal excepción cuando aparezca una confusión mantenida por el grupo o por el accionista mayoritario”.

⁵⁸ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 1434/1975 (*cit. supra*), pp. 978-980.

⁵⁹ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), pp. 154 y 156.

constituye una clara manifestación del grupo como unidad económica)⁵⁸; la comunicación frecuente entre la sociedad no firmante y la contraparte con el objeto de fijar los términos del contrato⁵⁹; el hecho de que la correspondencia, o los documentos contractuales intercambiados entre las partes, se dirijan a una determinada sociedad no firmante⁶⁰; cuando la sociedad no firmante haya efectuado la entrega que caracteriza la ejecución del correspondiente contrato y/o cumplido las restantes tareas atribuidas por el mismo, así como cuando el cocontratante se haya dirigido a la sociedad no suscriptora para la fijación, en todo o en parte, del precio de venta correspondiente al objeto del contrato⁶¹; y/o cuando el pago de la ejecución del contrato deba efectuarse a la sociedad no firmante; cuando la sociedad firmante reserve expresamente a la no firmante su parte del proyecto; y/o cuando se ponga de manifiesto expresamente en la correspondencia, o en los documentos contractuales intercambiados entre las partes, la pertenencia de la sociedad no firmante a un grupo de sociedades; y/o cuando al menos una parte del capital de la compañía promotora a crear, para la realización del proyecto, deba repartirse a la sociedad no firmante; y/o cuando todos o parte de los miembros de la junta directiva de la compañía promotora, creada para la realización del proyecto, sean nombrados, al menos parcialmente, por cuenta de la sociedad no firmante⁶²; cuando la sociedad no firmante haya llevado a cabo con la contraparte, ya sea total o parcialmente, los actos que consagran la rescisión del contrato (a través de la correspondencia, de reuniones, etc.)⁶³; cuando, aun a pesar de haber sido el contrato litigioso rescindido entre la sociedad suscriptora y su cocontratante, los documentos contractuales intercambiados entre las partes contengan expresamente que ello no afecta a las relaciones comerciales existentes entre este último y la sociedad no firmante perteneciente al grupo de la suscriptora del contrato (especialmente cuando la finalización de las susodichas relaciones la haya comunicado directamente la contraparte a la sociedad no firmante)⁶⁴.

40. A nuestro modo de ver, de la práctica arbitral y estatal defensora de la doctrina de los grupos de sociedades se desprenden otras dos cuestiones relevantes. Por un lado, que la extensión subjetiva de la cláusula arbitral, a la sociedad no firmante del grupo que desempeña una participación relevante en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación de la operación contractual litigiosa, no está condicionada, al menos de un modo determinante, a la condición o posición procesal de dicha sociedad en relación con el arbitraje. De hecho, así como en algunas sentencias, que han justificado la extensión en base a la referida teoría, la sociedad no suscriptora afectada por el convenio arbitral actuaba como demandante en el arbitraje, en otras la misma era demandada por la vía arbitral en contra de su voluntad⁶⁵. Ello nos parece lógico, ya que, aunque un primer análisis pueda hacer pensar que la ampliación del convenio arbitral, a la sociedad no firmante que recurre al arbitraje, sintoniza mejor con la naturaleza voluntarista de la institución arbitral; es preciso tener en cuenta que, como anteriormente pusimos de manifiesto, la voluntad común de las partes (incluida la de la sociedad no suscriptora del grupo), a tener en cuenta por los juzgadores (tanto por los árbitros como por los órganos jurisdiccionales), es la existente antes de suscitarse la controversia, ya que la posterior vendrá determinada por los concretos intereses en juego.

Y, por otro lado, tampoco creemos que la referida ampliación de la cláusula arbitral esté condicionada, al menos de un modo decisivo, a la posición jerárquica que dentro del grupo de sociedades ocupe la sociedad suscriptora y la sociedad no firmante que pretende o a la cual se le quieren extender sus efectos, esto es, a la condición de matriz o de filial de la sociedad no suscriptora del contrato al cual aparece referida la correspondiente cláusula arbitral. No obstante, es preciso reconocer que el hecho de que sea la matriz la sociedad no firmante favorece, al menos en cierta medida, la extensión a dicha sociedad de los efectos del convenio arbitral (aunque no sea un factor decisivo de la

⁶⁰ *Id.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), especialmente p. 901.

⁶¹ Éste fue el motivo decisivo en la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), pp. 900 y 902, ya que, aun a pesar de prever los términos del contrato que las entregas, objeto del mismo, podían llevarse a cabo a través de cualquier filial perteneciente a la matriz del grupo, el cocontratante se dirigía, de hecho, para dichos efectos, a la filial francesa.

⁶² Para todos los aspectos reseñados, *vid.* la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*cit. supra*), p. 974 (relativa a un proyecto de obras públicas).

⁶³ *Id.* la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), p. 903 (en relación con la filial francesa).

⁶⁴ *Id.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de apelación de París de 30 de noviembre de 1988 (*cit. supra*), pp. 692-693.

⁶⁵ Por lo que a dicha práctica se refiere, *vid.* el núm. 26 del presente trabajo.

misma), ya que, en tal caso, la extensión puede asimismo justificarse en la consideración de dicha sociedad, en relación con una determinada operación económica, como el pivote de las relaciones contractuales mantenidas entre las partes⁶⁶. En cualquier caso, semejante consideración no puede deducirse únicamente del control absoluto que ejerce la matriz sobre el conjunto de sus filiales⁶⁷, siendo asimismo necesario que de la participación de la sociedad matriz, ya sea activa o pasiva (siendo esto último mucho más infrecuente), pueda deducirse una voluntad común de las partes de vincularla al convenio arbitral que ha suscrito una de sus filiales. A tal conclusión puede llegarse, por ejemplo, cuando los términos del contrato prevean que las entregas, objeto del mismo, puedan ser efectuadas a través de cualquiera de las sociedades filiales que pertenezcan a la matriz del grupo, derivándose de ello que la contraparte ha querido tratar, y de hecho ha tratado, bajo el impulso de la sociedad matriz, con todo el grupo; o cuando la sociedad matriz no firmante haya creado a la filial, que va a suscribir el correspondiente contrato, con el único o principal objetivo de ejecutar un contrato (lo cual constituye una circunstancia casi determinante de la extensión, ya que, en este caso particular, la sociedad matriz no suscriptora es únicamente un tercero en apariencia)⁶⁸.

41. Por otro lado, el carácter excepcional de la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral justifica que la mera participación de la sociedad no firmante en la relación contractual litigiosa, concluida por una sociedad de su grupo y su cocontratante, no conlleve la inversión de la carga de la prueba. De este modo, mientras no se demuestre lo contrario, se presumirá que la sociedad no firmante ha intervenido en el contrato como un mero mandatario de ejecución de la sociedad suscriptora, es decir, por cuenta de esta última. Es la parte que invoca la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora, ya sea el grupo o su contraparte, la que ha de probar suficientemente (teniendo dicha prueba un carácter *iuris tantum*), en base a los hechos o circunstancias del caso concreto de que se trate, que la susodicha participación de la sociedad no firmante, en la operación litigiosa, implica el sometimiento de la misma al contrato litigioso, incluida la cláusula arbitral que al mismo se refiere⁶⁹.

42. Al menos *a priori*, puede parecer contrario a la vertiente sustantiva del principio de autonomía de la cláusula compromisoria que la teoría de la unidad económica del grupo haga depender la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral, a la sociedad no suscriptora, de la participación de la misma en la relación contractual litigiosa a la que la aludida cláusula arbitral aparece referida. En nuestra opinión, el hecho de hacer depender la extensión *ratione personae* de la cláusula arbitral de la actitud de las partes con respecto al contrato de base, y no en relación con la cláusula arbitral que al mismo aparece referida⁷⁰, no contradice en modo alguno al principio de la autonomía de la cláusula compromisoria. Ello es

⁶⁶ A estos efectos, *vid.* la sentencia de la CCI núm. 5721/1990 (*cit. supra*), p. 1024, de la cual se deduce que, para que la sociedad no firmante resulte vinculada por el convenio arbitral, es necesario que la contraparte crea legítimamente que dicha sociedad, como consecuencia de ser el pivote de las relaciones contractuales, va a responder; así como la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156, la cual manifestó que la sociedad matriz es en ocasiones “el alma, el inspirador y la cabeza pensante” de la correspondiente operación litigiosa.

⁶⁷ *Vid.* la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), pp. 903-904. En este sentido, puede producir cierta confusión la sentencia de la Corte de apelación de París de 31 de octubre de 1989 (*cit. supra*), p. 93, ya que la misma señala expresamente que la voluntad común de las partes se deducía del “estrecho entrelazamiento entre las obligaciones recíprocas de las partes así como de la situación de dominio de las dos sociedades matrices con respecto de sus filiales sometidas a sus decisiones comerciales y financieras”, pareciendo indicar con ello que la estrecha dependencia, existente entre la matriz y sus filiales, constituía suficiente causa justificadora de la extensión. A nuestro juicio, ello es tan solo aparente, ya que los argumentos esgrimidos por la mencionada sentencia, aun a pesar de no encuadrarse dentro de la teoría de la unidad económica del grupo, son muy favorables a la extensión (como es, por ejemplo, el recurso al conjunto contractual unificado).

⁶⁸ *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156, en base a la cual la sociedad filial Sponsor S.A. era considerada como un mero instrumento de la matriz, ya que la primera fue creada por la última con el único objetivo de adquirir el 80 % de las acciones de dos sociedades que formaban parte del grupo Lestrade.

⁶⁹ En este mismo sentido, *vid.*, por ejemplo, I. FADLALLAH, *loc. cit.*, 1984-1985, p. 118, núm. 40; S. JARVIN, *loc. cit.*, 1994, p. 204; así como C. JARROSSON, *loc. cit.*, 1994, p. 219, núm. 24.

⁷⁰ De hecho, la actitud de las partes en relación con el arbitraje, a diferencia de lo que ocurre con el contrato que el mismo reglamenta, suele ser casi imposible de detectar en la práctica.

⁷¹ *Vid.*, por todos, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *ADI*, 1975, vol. II, pp. 3-42, p. 27, núm. 16.

debido a que la autonomía sustantiva de la cláusula arbitral significa que la cláusula arbitral puede tener, como consecuencia de su especificidad, una vida jurídica propia e independiente a la del contrato al cual se refiere, y posibilidad de vida jurídica independiente no significa necesidad de ella⁷¹. En cualquier caso, la eventual independencia de la cláusula arbitral no juega en relación con el acuerdo de voluntades⁷², ya que la manifestación de la voluntad, de las partes interesadas en el litigio, se extiende al mismo tiempo a la cláusula arbitral y a las restantes estipulaciones contractuales⁷³. En definitiva, el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria no obstaculiza la extensión de los efectos de una cláusula arbitral, a una sociedad no firmante del grupo, siempre y cuando la voluntad se manifieste a través de una participación clara, relevante y efectiva (ya sea activa o pasiva) en la negociación, conclusión, ejecución y/o terminación del contrato al cual la señalada cláusula arbitral aparece referida.

3. Figuras jurídicas aptas para fundamentar el alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo

A) Figuras jurídicas que denotan una voluntad común de las partes

43. Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, la jurisprudencia defensora de la doctrina de los grupos de sociedades, aun a pesar de acudir, para solucionar el problema considerado, al espíritu de los contratos, a la realidad económica y al sentido común; recurre, en última instancia, de un modo más o menos implícito, a figuras jurídicas de universal reconocimiento⁷⁴. Estas nociones intervienen *a posteriori* para justificar, desde el punto de vista jurídico-formal, las conclusiones a las que ha llevado el análisis de los hechos. Ello en modo alguno denota una preeminencia de los elementos jurídicos sobre los de puro hecho, sobre todo si tenemos en cuenta la flexibilidad que caracteriza a la jurisprudencia precursora de la teoría de la unidad económica del grupo en relación con la elección de las susodichas figuras jurídicas. El resultado es que unos mismos hechos son fácilmente subsumibles en distintas figuras jurídicas, debido, fundamentalmente, a la flexibilidad con que las mismas aparecen contempladas en el ámbito transnacional. De modo que si los hechos concurrentes en un caso determinado son favorables a la extensión, la argumentación jurídica se muestra relativamente sencilla. Por lo tanto, aun a pesar de exigirse tanto una valoración pormenorizada de todos los elementos fácticos como la asunción de los mismos en una determinada figura jurídica, esta última posee más bien un valor confirmatorio de la solución adoptada por los árbitros en base a los hechos de cada caso concreto. En todo caso, aunque el verdadero peso de la decisión repose sobre las circunstancias concurrentes, ello no obsta a que sin la correspondiente fundamentación jurídica no pueda justificarse, con probabilidades de éxito, la extensión del convenio arbitral a la sociedad no firmante del grupo. Todo ello implica que la jurisprudencia goce de un cierto margen de libertad, aunque no de arbitrariedad, a la hora de aplicar dichas nociones, apoyando su decisión en el juicio que le merecen los hechos concretos analizados.

⁷² Es preciso poner de relieve que éste no es el único ámbito sobre el cual no se proyecta el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria. Dicho principio tampoco se proyecta, por ejemplo, en los casos de cesión del contrato, de cesión de créditos, así como en los supuestos de subrogaciones, ámbitos en los cuales la cláusula arbitral circula junto con el contrato que la incorpora o al cual se refiere: *vid.*, muy especialmente, P. DELEBECQUE, “La transmission de la clause compromissoire (à propos de l’arrêt Cass. civ. 1re, 6 novembre 1990)”, *Rev. Arb.*, 1991, núm. 1, pp. 19-32, especialmente p. 30; N. DORANDEU, “La transmission des clauses attributives de compétence en droit international privé”, *JDI*, 2002, vol. 129, núm. 4, pp. 1001-1016 (en relación con las cláusulas de elección de foro); así como P. MAYER, “La ‘circulation’ des conventions d’arbitrage”, *JDI*, 2005, vol. 132, núm. 2, pp. 251-262.

⁷³ En este mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, I. FADLALLAH, *loc. cit.*, 1984-1985, p. 117, núm. 39; J.P. ANCEL, *loc. cit.*, 1991-1993, p. 96; Y. DERAIS, “Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale”, *JDI*, 1993, pp. 829-855, p. 832, núm. 9; así como PH. FOUCHARD, E. GAILLARD Y B. GOLDMAN, *op. cit.*, 1996, p. 225, núm. 408. En el plano jurisprudencial, *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*cit. supra*), p. 974; la sentencia de la Corte de apelación de París de 28 de noviembre de 1989 (*cit. supra*), p. 677; así como la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), p. 1067.

⁷⁴ De hecho, la inmensa mayoría de las sentencias defensoras de la doctrina de los grupos de sociedades han tratado de fundamentar jurídicamente la solución a la cual conducen los elementos o circunstancias del caso, para lo cual recurren, aunque en un nivel puramente transnacional y, en la mayor parte de las ocasiones, de un modo implícito, a determinadas figuras o instrumentos jurídicos: *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*cit. supra*), p. 974; la sentencia de la CCI núm. 1434/1975 (*cit. supra*), p. 979; la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), p. 904, aunque únicamente en relación con la sociedad matriz; la sentencia de la CCI núm. 5103/1988 (*cit. supra*), p. 1212; la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), p. 1067; la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156; así como la sentencia de la Corte de apelación de París de 30 de noviembre de 1988 (*cit. supra*), p. 694.

44. En concreto, con el objeto de hacer prevalecer a la unidad económica del grupo sobre la pluralidad jurídica de sus miembros, es decir, de someter a la sociedad participante no firmante al contrato que otro miembro del grupo ha suscrito, así como a la cláusula arbitral que al mismo aparece referida, la jurisprudencia precursora de la teoría de la unidad económica del grupo ha recurrido, normalmente de un modo implícito, a la representación, a la estipulación en beneficio de un tercero y, en mucha menor medida, a la doctrina de los actos propios (*estoppel*) y a la del “levantamiento del velo social”⁷⁵. Ello nos parece lógico y acorde con la naturaleza voluntarista del arbitraje, ya que, así como las dos primeras figuras jurídicas denotan una voluntad común de las partes de someter al contrato (y, por lo tanto, al convenio arbitral) a la sociedad no firmante del grupo, los dos segundos instrumentos jurídicos son ajenos al criterio de la voluntad. En cualquier caso, la ampliación del alcance del convenio arbitral a la sociedad no firmante se ha tratado de justificar acudiendo a figuras jurídicas propias del Derecho de las obligaciones; lo cual trae causa de que el convenio arbitral, pese a la especificidad de su objeto, es un verdadero contrato⁷⁶.

45. Desde nuestro punto de vista, y así lo atestigua la práctica defensora de la doctrina de los grupos de sociedades, al menos *a priori*, la estipulación en beneficio de un tercero, en tanto que constituye una excepción al principio de los efectos relativos del contrato, es una figura jurídica apta para poder justificar la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora⁷⁷. No obstante, es preciso distinguir entre dos situaciones diferentes.

En primer lugar, es posible que el objeto de la estipulación, efectuada por la sociedad suscriptora del grupo (estipulante) y su cocontratante (promitente), sea el contrato de base al cual aparece referida la cláusula arbitral. Este primer supuesto no presenta especiales complicaciones. La sociedad no suscriptora (beneficiaria) tiene la facultad de aceptar o de rechazar la prestación convenida a su favor, que es el contrato principal. En todo caso, la sociedad no firmante ha de aceptar el contrato como un todo indivisible, sujeto, por tanto, a todas las modalidades que hayan podido pactar las partes para el ejercicio del derecho, incluida la cláusula arbitral. Por lo tanto, en el supuesto de haber aceptado la sociedad beneficiaria del grupo, ya sea de un modo expreso o tácito, la prestación convenida, expresa o tácitamente, a su favor, quedará sometida automáticamente a la cláusula arbitral que a dicho contrato aparece referida; sin que dicha conclusión pueda verse afectada por el hecho de ser la sociedad no firmante demandante o demandada en la vía arbitral.

Sin embargo, no creemos que sea posible que el objeto de la estipulación sea, en lugar del contrato principal, la cláusula arbitral que al mismo aparece referida. Ello es debido a que la estipulación únicamente puede recaer sobre derechos, y toda cláusula arbitral lleva aparejados tanto derechos como obligaciones. Dicho obstáculo únicamente podría ser salvado estimando que el beneficiario (sociedad no firmante, en nuestro caso) únicamente puede invocar el arbitraje, pero no puede quedar sometido a la correspondiente cláusula arbitral contra su voluntad. Sin embargo, tal posibilidad ha de ser rechazada, ya que la disyunción de la unidad de la cláusula arbitral que la misma provoca resultaría excesivamente compleja, imprevisible y discriminatoria (para la contraparte del grupo de sociedades).

En todo caso, el recurso a la figura jurídica del contrato a favor de tercero no es el único medio, ni tampoco el mejor, de ampliar el alcance subjetivo de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora

⁷⁵ Tal como ha puesto de relieve C. JARROSSON, el recurso a las señaladas figuras contractuales, por parte de los árbitros y de los jueces estatales, “aporta garantías de previsibilidad suplementarias” (C. JARROSSON, *loc. cit.*, 1994, p. 227, núm. 49).

⁷⁶ Para un análisis exhaustivo de la idoneidad de las referidas técnicas jurídicas para solucionar la problemática abordada, así como del modo en que las mismas han de ser empleadas en la materia que nos ocupa para adecuarse a la teoría general de las obligaciones, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 236-341.

⁷⁷ De hecho, en alguna ocasión, los árbitros han arropado jurídicamente la decisión adoptada, de un modo implícito, recurriendo para ello a la señalada figura jurídica: *vid.* la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*cit. supra*), p. 974, la cual señaló que las dos sociedades matrices, al firmar el protocolo litigioso, “estipularon claramente tanto para ellas mismas como para sus filiales respectivas” (no obstante, a nuestro juicio, los hechos que rodearon a la susodicha sentencia apuntan a la teoría general de la representación); la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), p. 1067, la cual extendió el alcance de la cláusula arbitral a la sociedad XB, como consecuencia de haber la misma “implícitamente manifestado su voluntad de ratificar las disposiciones estipuladas en su beneficio, y en particular, la cláusula compromisoria que formaba con el conjunto de este acuerdo un todo indivisible”; así como la sentencia de la CCI núm. 7155/1993 (*cit. supra*), p. 1039. En el plano doctrinal, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 236-253, así como las referencias en dicha monografía citadas.

del grupo que haya participado, de un modo relevante, en la operación litigiosa a la cual la mencionada cláusula arbitral aparece referida.

46. De hecho, la representación es una figura jurídica más idónea para fundamentar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora⁷⁸, ya que el alcance de la misma es menos limitado que el de la estipulación en beneficio de un tercero (el representado, a diferencia de lo que acontece con el beneficiario, como consecuencia de ser una verdadera parte contractual, adquiere, por virtud del mecanismo de la representación, tanto derechos como obligaciones). El convenio arbitral, al igual que todo contrato, puede ser concluido por medio de representante (sociedad suscriptora)⁷⁹.

En el supuesto de concluir una sociedad el contrato litigioso, además de en nombre y por cuenta propia en el de otra del mismo grupo (sociedad no suscriptora), los efectos de la cláusula arbitral que al mismo aparezca referida se extenderán a esta última (representado); sin importar que la misma sea o no quien inste la iniciación de la vía arbitral ni su condición de matriz o de filial. Tal conclusión es más una obviedad que una consecuencia del estudio cuando la representación es expresa, de tal modo que ni siquiera se puede hablar en estos casos de extensión.

En cualquier caso, la mayor parte de los supuestos resueltos por la práctica, en la materia que nos ocupa, son susceptibles de quedar encuadrados dentro de la figura jurídica de la representación tácita, ya que de los hechos que los han rodeado puede deducirse, tanto un poder de representación tácito (o, en su defecto, una posterior ratificación tácita del representado), como una *contemplatio domini* tácita (a través de la cual se materializa la voluntad del representante, sociedad suscriptora en nuestro caso, y la de su contraparte de que los efectos del negocio en cuestión repercutan en la esfera jurídica del representado, esto es, de la sociedad no firmante)⁸⁰. Por ello, es de lamentar que la mayor parte de las sentencias recaídas en la materia no hayan sido más explícitas y detalladas a la hora de recurrir a la señalada figura jurídica.

⁷⁸ Vid. la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit. supra*), p. 1066, según la cual “los efectos de una cláusula arbitral no pueden extenderse a sociedades no firmantes que tengan una personalidad jurídica distinta, más que cuando hayan sido representadas efectiva o implícitamente”. Vid., sin embargo, la sentencia de la CCI núm. 4504/1985 y 1986 (*JDI*, 1986, pp. 1121-1124), la cual, en aras de denegar la extensión, dio la vuelta al argumento de la representación, al señalar que el presidente de la segunda sociedad filial demandada en arbitraje intervenía en la negociación y ejecución de la operación económica litigiosa en nombre y por cuenta de la sociedad suscriptora, y no con la intención de hacer asumir a la sociedad de la cual era presidente ningún tipo de compromiso (no obstante, téngase en cuenta que la sede del tribunal arbitral se encontraba en Suiza, país que desde antaño se ha mostrado reacio a ampliar el alcance subjetivo de la cláusula arbitral). En el ámbito doctrinal, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 253-286, así como las múltiples referencias en dicha monografía citadas.

⁷⁹ La representación puede revestir tres modalidades distintas: expresa, tácita y aparente. En cualquier caso, de esta última no puede hacerse un uso excesivo, ya que la misma conlleva, en aras de proteger la apariencia representativa en la que razonablemente ha confiado la contraparte, la invasión en la esfera jurídica de una persona (representado aparente) sin que medie su consentimiento. A nuestro modo de ver, es perfectamente legítimo acudir al instituto de la representación, en cualquiera de sus diferentes modalidades, para resolver la problemática analizada. No obstante, es preciso tener en cuenta que la modalidad de representación aparente constituye una de las manifestaciones típicas de la doctrina del *estoppel* (entendida ésta en un sentido amplio).

⁸⁰ Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia del *District Court* de N.Y. de 17 de febrero de 1955 (128 *F. Supp.* 938-941), que consideró a la sociedad filial como la representante de la matriz (no obstante, la línea seguida por dicha sentencia ha sido abandonada por la jurisprudencia americana, la cual suele recurrir, en estos casos, a la doctrina del *alter ego*); de la sentencia de la CCI núm. 1434/1975 (*cit. supra*), p. 979, la cual, aunque de un modo implícito y vago, recurrió a la aludida figura jurídica; de la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), la cual también se basó implícitamente en la susodicha noción jurídica; así como de la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 26 de noviembre de 1986 (*cit. supra*), p. 156, la cual recurrió implícitamente al mecanismo de la representación tácita, considerando que la sociedad filial había concluido el contrato, que contenía la cláusula arbitral, también en nombre y por cuenta de la sociedad matriz, aun a pesar de la oposición de ésta al arbitraje. En estos supuestos, tampoco puede considerarse a la sociedad suscriptora como un mero representante, ya que, de ordinario, también actúa en su nombre. Sin embargo, en otros supuestos, pese a que los hechos concurrentes eran fácilmente subsumibles dentro de la figura jurídica de la representación tácita, los árbitros denegaron la extensión de la cláusula arbitral: *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la CCI núm. 4402/1983, en la cual la sede del tribunal arbitral se encontraba en Suiza (*YCA*, 1984, vol. IX, pp. 138-141, p. 140). Y, por último, también existen casos en los cuales los juzgadores han recurrido erróneamente al argumento de la representación tácita con el objeto de ampliar el alcance de la cláusula arbitral a la sociedad no firmante: *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de apelación de París de 30 de noviembre de 1988 (*cit. supra*), p. 694.

B) Figuras jurídicas ajenas al criterio de la voluntad

47. El recurso a la doctrina de los actos propios o regla del *estoppel*⁸¹, así como a la técnica del levantamiento del velo social⁸², no es infrecuente en la práctica del arbitraje comercial internacional. Como anteriormente hemos puesto de relieve, dichos instrumentos jurídicos tienen en común el ser ajenos al criterio de la voluntad común de las partes; lo cual plantea el problema de su compatibilidad con la naturaleza voluntarista de la institución arbitral.

48. Por virtud del principio del *estoppel*, que tiene la consideración de un principio general del Derecho, ninguna de las partes está legitimada para alegar una postura opuesta a las posiciones adoptadas, expresa o implícitamente, con anterioridad. La figura jurídica del *estoppel* se basa en la necesidad de proteger a la parte que ha confiado en una determinada situación. Por consiguiente, dicha noción jurídica, en cualquiera de sus manifestaciones, se fundamenta en el principio de la buena fe, el cual goza de un notable arraigo en la práctica arbitral⁸³. Su utilización en el marco de la *lex mercatoria* no plantea especiales dificultades, ya que, por un lado, las diferentes regulaciones nacionales de la señalada institución son bastante homogéneas y, por otro lado, el principio de la buena fe constituye la pieza central de todos los sistemas nacionales y de la *lex mercatoria*.

La figura del *estoppel* goza de cierta operatividad en relación con el problema que nos ocupa, ya que se considera que, en aras de proteger a la contraparte que ha confiado legítimamente en la apariencia creada, el comportamiento contradictorio o aparente de las sociedades del grupo también puede motivar la ampliación del alcance subjetivo de la cláusula arbitral a la sociedad no firmante. De hecho, algunas sentencias han recurrido a dicha noción con el objetivo de ampliar el alcance de la cláusula arbitral a una sociedad no firmante del grupo que haya participado, de un modo efectivo, en el desenvolvimiento de la relación contractual litigiosa⁸⁴.

49. En íntima relación con lo señalado, como ya se ha puesto de relieve, la división del grupo en distintas personas jurídicas, esto es, en compartimentos estancos, es la regla general. No obstante, en determinadas ocasiones, se sobrepasa esta personalidad jurídica independiente, considerándose a las sociedades del grupo afectadas por el levantamiento del velo social como un mismo sujeto de derecho. En efecto, aunque la constitución de un grupo no denote necesariamente una voluntad de fraude, cada vez es más frecuente que un grupo se sirva de la personalidad jurídica propia e independiente de las sociedades que lo componen para perpetrar un abuso de derecho o un fraude, esto es, para llevar a cabo de-

⁸¹ En un ámbito distinto al de los grupos de sociedades, *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Corte de casación francesa de 6 de julio de 2005 (*Golshani c/ Gouvernement de la République islamique d'Iran*), *JDI*, 2006, vol. 133, núm. 1, con la nota de M. BEHAR-TOUCHAIS, pp. 608-616; *RCDIP*, 2006, vol. 95, núm. 3, pp. 602-603, con la nota de H. MUIR WATT, pp. 603-606. Según dicha sentencia, que aplica la regla del *estoppel* en un arbitraje, la parte que ha presentado una demanda de arbitraje y ha participado intensamente en el mismo, no puede alegar con posterioridad que el correspondiente convenio arbitral es nulo.

⁸² En un contexto diferente al de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, dicha técnica es frecuentemente invocada por la jurisprudencia arbitral: *vid.*, entre otros muchos ejemplos, la sentencia de la CCI núm. 10988/2003 (*JDI*, 2006, vol. 133, núm. 4, pp. 1408-1413, con la nota de B. DERAIS, pp. 1413-1417), la cual no recurre a la noción de grupos de sociedades para extender la competencia del tribunal arbitral a la sociedad matriz (lo cual no había sido solicitado en el caso de autos), sino para hacer a dicha sociedad responsable de los actos de su filial en base a la técnica del “levantamiento del velo social”.

⁸³ *Vid.*, por todas, la sentencia de la CCI núm. 6317/1989 (*JDI*, 2003, vol. 130, p. 1156).

⁸⁴ *Vid.* la sentencia de la CCI núm. 4131/1982 (*cit. supra*), especialmente p. 904, en la cual los árbitros, después de haber llevado a cabo un exhaustivo análisis sobre la voluntad de las partes, recurrieron, de un modo implícito, a la figura jurídica de la representación tácita y, subsidiariamente, también de forma implícita, al concepto jurídico del *estoppel* (aunque esto último sólo en relación con la sociedad matriz del grupo); así como la sentencia de la CCI núm. 5103/1988 (*cit. supra*), especialmente p. 1212, la cual trata de vestir jurídicamente la solución adoptada, acudiendo para ello a principios universalmente reconocidos en el mundo jurídico, en concreto, al principio de la seguridad jurídica, al principio de equidad y al principio del *estoppel*. Por otro lado, a nuestro modo de ver, aun cuando la sentencia de la Corte de apelación de París de 11 de enero de 1990 (*cit. supra*), pp. 97-98, no hubiese recurrido a la teoría del fraude ni a la del conjunto contractual indivisible, la extensión estaría debidamente justificada jurídicamente en base al argumento del *estoppel*, ya que el dirigente social actuó en otras ocasiones bajo la denominación de “Saudi Europe Lines”, en representación de la cual firmó el señor ARCHANIOTAKIS, subalterno del señor Orri, el acuerdo en el cual se contenía la cláusula arbitral. Además, el dirigente social participó activamente en la negociación de la operación litigiosa, lo cual incitaba a considerar que éste aceptó o ratificó tácitamente el contrato y, consiguientemente, la cláusula arbitral en el mismo contenida.

terminadas maniobras evasivas de responsabilidad. La creciente frecuencia con la que se producen estos supuestos ha contribuido a la formación de una práctica jurisprudencial consolidada consistente en penetrar en el interior de la persona jurídica con el objeto de descubrir quién se encuentra bajo el substrato de la misma. Dicho mecanismo, que recibe la denominación de “levantamiento del velo”, no se cuestiona la institución de la persona jurídica, sino que evita los abusos e injusticias que la misma produzca cuando se aparte de la finalidad para la cual ha sido concedida.

La creciente generalización del mecanismo del arbitraje en el ámbito del comercio internacional, así como la inmensa proliferación de los grupos de sociedades, justifica el interés que tiene la cuestión de saber si la técnica del “levantamiento del velo” es susceptible de ser utilizada, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, con la finalidad de ampliar el alcance de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo. De hecho, en algunas ocasiones, la jurisprudencia ha recurrido a la técnica del “levantamiento del velo” para extender los efectos de la cláusula arbitral a determinadas sociedades del grupo que no han firmado el contrato al cual la misma aparece referida⁸⁵.

50. A nuestro modo de ver, el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos (*estoppel*) y la doctrina del “levantamiento del velo”, aun a pesar de ser figuras jurídicas ajenas al criterio básico de la voluntad, son aptas para justificar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora. Dicha extensión a la sociedad no firmante del grupo, que ha aparentado ser una auténtica parte del contrato litigioso (y, por consiguiente, de la cláusula arbitral que al mismo aparece referida), viene impuesta por la necesidad de protección jurídica de la apariencia creada, esto es, de la contraparte que ha confiado legítimamente en la apariencia o confusión generada por las sociedades del grupo y, en última instancia, por la buena fe en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales. En cualquier caso, como consecuencia de ser las señaladas figuras ajenas al criterio de la voluntad, las mismas únicamente van a poder fundamentar la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral de un modo subsidiario. A estos instrumentos jurídicos podrá recurrirse con independencia de cuál sea la posición procesal de la sociedad no suscriptora en relación con el arbitraje, es decir, de actuar la misma como demandante o como demandada en arbitraje⁸⁶.

IV. Análisis de un supuesto específico: alcance de la cláusula arbitral contenida en un contrato marco de distribución internacional

51. Al margen de lo señalado, nos parece de especial interés el supuesto planteado en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4^o) de 13 de febrero de 2007⁸⁷, el cual trata la problemática relativa a las cadenas contractuales, en concreto, al alcance del convenio arbitral, incluido en un contrato de distribución internacional, a los posteriores contratos de compraventa desarrollados en el contexto del susodicho contrato marco de distribución, cuando la sociedad que ha suscrito los aludidos contratos de compraventa pertenece al mismo grupo que la sociedad firmante del contrato de distribución al cual aparece referida la correspondiente cláusula arbitral⁸⁸.

⁸⁵ *Vid.* la sentencia de la CCI núm. 5721/1990 (*cit. supra*), p. 1024, que es la primera sentencia arbitral que recurre a la doctrina del “levantamiento del velo social” para extender los efectos del convenio arbitral a una sociedad no firmante, y ello pese a estimar que dicha ampliación no puede venir impuesta a título de sanción (“en resumen, la pertenencia de dos sociedades a un mismo grupo o la dominación de un accionista no son jamás, por sí mismos, razones suficientes que justifiquen de pleno derecho el levantamiento del velo social. Sin embargo, cuando una sociedad o una persona individual aparece como el pivote de las relaciones contractuales acontecidas en un asunto particular, conviene examinar con cuidado si la independencia jurídica de las partes no debe, excepcionalmente, ser descartada en beneficio de un juicio global. Se aceptará tal excepción cuando se manifieste una confusión mantenida por el grupo o por el accionista mayoritario”). Tal como se desprende de la susodicha sentencia, el argumento del *estoppel* está estrechamente vinculado al del levantamiento del velo social; lo cual no sorprende, ya que, además de la similitud existente entre ambas figuras jurídicas, los árbitros recurren a las mismas en el marco de la *lex mercatoria*, esto es, en un nivel puramente transnacional.

⁸⁶ *Vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, pp. 286-341.

⁸⁷ *RJ* 2007/204898.

⁸⁸ En relación con el contrato de distribución internacional, aunque desde la perspectiva del Derecho aplicable, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *CDT*, 2009, vol. I, núm. 1, pp. 19-35.

Los hechos que rodearon al susodicho auto pueden resumirse de la siguiente manera: dos sociedades celebraron un contrato de promoción y distribución en exclusiva de productos “Adams” en el territorio de la Federación Rusa. Dicho contrato, que fue suscrito por las sociedades PARKE DAVIS (proveedor) y CRAZY PLANET (distribuidor), contenía un convenio arbitral que designaba como competente a la Corte de arbitraje de la CCI y a Suiza (Ginebra) como sede del tribunal arbitral encargado de resolver las controversias suscitadas con motivo del referido contrato de distribución internacional. Con posterioridad, y como consecuencia del impago de facturas originadas por las entregas efectuadas de los productos objeto del aludido contrato de distribución, la sociedad británica CARBURY ADAMS MIDDLE EAST, S.A.L. (adquirida por PARKE DAVIS) demandó, ante los Tribunales españoles (Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cornellà de Llobregat), a la sociedad española CHUPA CHUPS, S.A. (antes CRAZY PLANET). La demandada presentó una declinatoria, ante el mencionado Juzgado de Primera Instancia, en base a la existencia del convenio arbitral que aparecía incluido en el contrato marco de distribución. El Juzgado de Primera Instancia estimó la declinatoria en base al convenio arbitral pactado y, posteriormente, la Audiencia Provincial de Barcelona, siguiendo una línea argumental muy similar a la aducida por el Juzgado, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la sociedad CARBURY ADAMS.

Los tribunales españoles motivaron la ampliación del alcance del convenio arbitral, a la sociedad no suscriptora del contrato de distribución, alegando que los suministros, que habían motivado la controversia jurídica, se efectuaron en el marco del contrato de distribución que fue pactado entre la empresa demandada y una empresa perteneciente al mismo grupo empresarial que la actora. De lo señalado parece desprenderse que los tribunales españoles recurrieron, implícitamente, a la teoría de los grupos de contratos y a la de la unidad económica del grupo.

Alguna autora, pese a reconocer que el resultado alcanzado por la Audiencia es el correcto, ha criticado que la misma haya basado su postura en un minucioso análisis de las circunstancias concurrentes en el caso y, en última instancia, en la doctrina de las cadenas contractuales y en la de los grupos de sociedades, en un supuesto en el que la declinatoria arbitral podía fundamentarse en el art. II del Convenio de Nueva York de 1958 (en concreto, la eficacia del convenio arbitral aparecía motivada por la transmisión del mismo en el marco de una cadena de contratos)⁸⁹. En todo caso, no creemos que dicho análisis, llevado a cabo por nuestros tribunales, sea incompatible con el hecho de fundamentar jurídicamente la decisión en el señalado precepto (el cual no aplicó la Audiencia), ya que precisamente tales hechos, susceptibles de subsumirse en cualquiera de las anteriormente mencionadas teorías, motivaban el sobreesimiento del proceso, iniciado ante el Juzgado de Primera Instancia, propugnado por el art. II del Convenio de Nueva York (ya que, en el presente caso, el convenio arbitral no es nulo, ni ineficaz ni inaplicable).

52. No nos parece criticable que la Audiencia haya estimado la declinatoria arbitral en base a dos teorías, que aunque independientes la una de la otra, se basan en el criterio de la voluntad común de las partes, deducida ésta de un análisis exhaustivo de los hechos concurrentes en el caso de autos. Si bien es verdad que para este viaje no eran necesarias tantas alforjas (ya que, probablemente, se hubiese conseguido el mismo resultado recurriendo exclusivamente a la teoría de los grupos de contratos), consideramos que no está de más recurrir en estos casos, de un modo subsidiario, a la doctrina de los grupos de sociedades, teniendo en cuenta el carácter excepcional del cual goza la extensión de los efectos del convenio arbitral y la necesidad de justificarla debidamente en cada caso (especialmente en el caso de autos, en que el arbitraje había de desarrollarse en Suiza, país que desde antaño es reacio a la ampliación del alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral). De hecho, en supuestos muy similares al que es objeto del presente auto, la jurisprudencia ha afianzado su posición recurriendo, sin que ello fuese imprescindible para alcanzar el resultado deseado, a la doctrina de la unidad económica del grupo⁹⁰. Pero la sen-

⁸⁹ Vid. el comentario a dicho auto de E. ARTUCH IRIBERRI, *REDI*, 2007, vol. LIX, núm. 2, pp. 787-790, especialmente pp. 789-790.

⁹⁰ Vid., muy especialmente, la sentencia de la Corte de apelación de París de 31 de octubre de 1989 (*cit. supra*), pp. 91-94. Vid., igualmente, la sentencia de la CCI núm. 12605/2005 (*cit. supra*), pp. 1093-1096, la cual pone de manifiesto la posibilidad de extender los efectos de la cláusula arbitral, a las filiales no firmantes de un grupo de sociedades que hayan participado activamente en la operación contractual, en base a la teoría de los grupos de sociedades y a la del conjunto contractual indivisible. En un contexto diferente al analizado en el presente apartado, *vid.* la sentencia de la Corte de apelación de París de 11 de enero de 1990 (*cit. supra*), pp. 97-98, la cual extendió los efectos de la cláusula arbitral, al dirigente social, por razón de la concurrencia de un conjunto contractual indivisible; recurriendo igualmente, pese a no ser ello necesario para alcanzar el resultado pretendido, al argumento del fraude manifiesto y a la teoría de la unidad económica del grupo (siendo incluso este último el argumento principal de la sentencia).

tencia de la CCI núm. 8910/1998⁹¹, en un supuesto muy parecido al del auto de la Audiencia, llega incluso más lejos, al afirmar que no se puede, en dichos supuestos, aplicar exclusivamente, ni la teoría de los grupos de contratos (que está pensada para casos en los cuales coinciden las partes que constituyen el conjunto contractual único), ni la de los grupos de sociedades (ya que la misma presupone una pluralidad de partes, pero un contrato único, lo cual tampoco es el caso); por lo que la sentencia concluye en que, en los casos como el de autos, es menester recurrir conjuntamente a ambas doctrinas⁹².

53. Nos mostramos menos conformes, sin embargo, con la confusión mantenida por la Audiencia en torno a los dos razonamientos jurídicos por ella esgrimidos. Y ello, debido a que la transmisión de la cláusula arbitral, en el marco de una cadena de contratos, no está condicionada, como parece deducirse del auto analizado, a que los contratos de compraventa hayan sido celebrados por una sociedad del mismo grupo que la suscriptora del contrato marco de distribución internacional. De hecho, tal como se desprende de la documentación aportada, el señalado contrato de distribución preveía que los suministros se efectuaran por el proveedor, por cualquiera de sus afiliadas o por terceros contratistas nombrados por el proveedor, por lo que no hubiese sido necesario, a efectos de la extensión, que la sociedad CARBURY ADAMS perteneciese al grupo de la proveedora. Dicha confusión nos parece peligrosa, ya que incitó a la actora a alegar que la juzgadora había invertido la carga de la prueba (cuando ello no fue así) al estimar “suficiente el hecho de que una empresa forme parte de un grupo para que se le aplique un contrato de distribución suscrito por otra empresa del mismo grupo”⁹³. De hecho, como hemos puesto de manifiesto en otro apartado, de conformidad con la doctrina de la unidad económica del grupo, la mera pertenencia a un grupo de sociedades no es suficiente para que pueda invertirse la carga de la prueba. No obstante, en este supuesto, ello no plantea especiales complicaciones, ya que la demandada aportó indicios suficientes para la operatividad de la teoría de la unidad económica del grupo (los cuales no fueron desvirtuados por la actora). En cualquier caso, el auto analizado nos parece digno de alabanza en cuanto que, aunque sea implícitamente, admite dos teorías jurisprudenciales que promueven la ampliación del alcance subjetivo del convenio arbitral, lo cual no es muy habitual en un sistema de base legal como el nuestro.

⁹¹ *JDI*, 2000, vol. 127, núm. 4, pp. 1085-1092, con la nota de D. HASCHER, pp. 1092-1096.

⁹² Pp. 1090-1091.

⁹³ *Vid.* el Fundamento Jurídico 2°.