

LOS TERCEROS EN EL ARBITRAJE

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

Existen temas áridos y complicados en el mundo del derecho, tal vez éste de la intervención de terceros pueda ser uno de esos tantos, que se complejiza más aún dentro del arbitraje. Es que el pilar en el que se asienta todo sistema arbitral, es el principio de la autonomía de la voluntad, por cierto que existen sistemas arbitrales de carácter obligatorio, pero esa no es la regla.

La regla es que el acérrimo respeto al principio de la autonomía de la voluntad, hace que cuando las partes estén interesadas en someter sus eventuales diferencias a un determinado sistema arbitral, en tanto exista materia arbitrable para ello, así pueden decidirlo, sustrayéndose de la competencia de los tribunales oficiales.

Por lo tanto, la cuestión fundamental a dilucidar que consiste en la posibilidad de que participen (o no) terceros en un proceso arbitral, requiere con carácter previo, algunas aclaraciones mínimas sobre el funcionamiento tanto del sistema arbitral, como de la intervención de los terceros en un determinado proceso, para luego analizar si existe posibilidad de compatibilizar esos institutos, o por el contrario se rechazan entre sí.

2.- LOS SISTEMAS ARBITRALES

Conforme lo expuesto, conviene analizar algunos aspectos esenciales de cualquier sistema arbitral, denominando como tales a todos los procedimientos establecidos como formas metódicas, o no¹, que se observan para llevar a cabo un proceso extrajudicial, sucedáneo al judicial (que resulta el proceso por antonomasia), también a efectos de resolver un determinado conflicto.

Ello, pues no corresponde restringirse únicamente a la letra del Código Procesal Nacional que contempla un sistema arbitral juris (de derecho), otro de amigables componedores y un último que se denomina pericia arbitral, sino que también corresponde tener en cuenta otros sistemas ajenos a dicho ordenamiento, pero que también son utilizados habitualmente, como los arbitrajes desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional, o los que se desarrollan por el Tribunal conocido bajo la sigla "Ciadi" (Centro integral de arreglos de diferencias relativas a inversiones), dependiente

¹ Es de destacar que por ejemplo el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, señala en su art. 769 para el juicio arbitral de amigables componedores que "los amigables componedores procederán sin sujeción a formas legales, limitándose a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presentasen, a pedirles las explicaciones que creyeren convenientes, y a dictar sentencia según su leal saber y entender".

del Banco Mundial, o los que poseen organismos no gubernamentales, como por ejemplo la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, la Bolsa de Cereales también de Buenos Aires, o el Tribunal de la Bolsa de Comercio de Rosario, u otras bolsas como Córdoba o Mendoza, o bien los de los Colegios de Abogados, vgr. los de Mar del Plata o San Isidro, entre otros.

Todos, como se advierte por su diversidad, los denominamos sistemas arbitrales, pues si bien en su esencia tienen un denominador común, que es la sustracción de las partes a la competencia de los tribunales ordinarios, para decidir una controversia, prorrogándola a través de los que alguna vez Podetti denominó “jueces privados”, tienen otra nota tipificante, que consiste en que cada uno de ellos tiene un procedimiento propio de actuación, que deben observar tanto las partes, como los árbitros.

Por lo tanto, como se desprende de lo expuesto, no siempre los arbitrajes son ad hoc, en donde las partes tienen que delinear el procedimiento a observar para desarrollar sus actuaciones, sino que cada vez con mayor intensidad van cobrando fuerza los tribunales arbitrales de carácter institucional, que no solo le brindan a los interesados un ámbito de contención, sino en muchos casos ventajas comparativas con la justicia tradicional² que permiten coadyuvar a su descongestión y conformar así una nueva alternativa para dirimir una controversia.

De ahí entonces la diversidad de sistemas arbitrales, más allá de su vinculación a un principio liminar común, que en todos los casos es observado, que es el respeto a la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de lo cual también, como en el instituto abordado, existen aspectos que conviene tener en cuenta y diferenciar claramente para evitar confusiones.

a) Sintéticamente, resulta oportuno señalar, en primer lugar, que existirá siempre materia arbitrable, en tanto existan derechos que resulten disponibles para las partes.

Son derechos disponibles aquellos que pueden ser objeto de transacción en los términos de los arts. 832 y ss. del Código Civil.

Por ende, el primer aspecto que es esencial a tener en cuenta es que el ámbito dentro del cual puede desarrollarse cualquier sistema arbitral es aquel que tiene como materia sustancial, aquella que contemple derechos disponibles para las partes.

b) El segundo aspecto a observar, para acceder a un determinado sistema arbitral, es aquél que tiene en cuenta la propia regulación del sistema, por el cual las partes hayan optado.

² Entiéndase disminución de costos, menor consumo de tiempo, agilidad en la producción de las pruebas, entre otros aspectos tradicionales que generan las más de las veces notables demoras en la justicia oficial.

En este caso, existen básicamente dos variantes de arbitraje, uno es el arbitraje obligatorio, el cual está impuesto por la letra de la ley, siendo ejemplo elocuente de ello el decreto 677/01³ que en su art. 38, permite comprobar la existencia de un arbitraje que en algunos casos resulta forzoso u obligatorio (para las entidades) y en otros es mixto, pues es optativo para los accionistas o inversores, facultándolos a ejercer sus derechos tanto por vía arbitral como judicial, siendo excluyente la opción, marcándose la preeminencia del sistema arbitral, pues si hubiera superposición de pretensiones entre la vía arbitral y la judicial, se privilegia la primera conforme lo estatuye expresamente la norma indicada.

El otro sistema es el voluntario, que podría sostenerse -sin dudas- que es el sistema arbitral por antonomasia. En este, las partes de común acuerdo deciden dirimir sus controversias a través de un proceso arbitral, sustrayéndose así a la competencia de los tribunales oficiales.

Para ello, al margen de la primera variante que denominamos forzosa, existen dos formas por las cuales las partes pueden acceder a un sistema arbitral, de carácter voluntario.

Una, es pactar expresamente este mecanismo antes de suscitarse cualquier tipo de conflicto, en una cláusula que se denomina compromisoria, que va a integrar el contrato que vincule a las partes, en la cual adoptarán la vía arbitral para dirimir sus eventuales divergencias.

Esta cláusula tiene como característica fundamental, su carácter previsor, estableciéndose precisamente como forma alternativa al proceso judicial. Su consagración contractual, importa lisa y llanamente la sustracción de las partes a la jurisdicción de los tribunales ordinarios que resultaban competentes para intervenir en cualquier tipo de conflicto.

c) La otra forma que corresponderá tener en cuenta para acceder a un arbitraje, es el compromiso. En este caso, a diferencia del mecanismo tratado en el párrafo anterior, las partes pueden no haber pactado nada, supuesto en el cual suscitada la controversia pueden acceder al arbitraje acordando esa vía para superar el conflicto.

Es un mecanismo generalmente utilizado cuando las partes optaron por constituir un tribunal ad hoc, en donde habitualmente se acuerda, no sólo el procedimiento a observar para desarrollar el proceso arbitral, aspecto de suma trascendencia por la posibilidad con que cuentan los propios interesados de disponer de las formas que consideren más convenientes, sino además de las pautas a que van a ajustarse los árbitros que intervendrán, el alcance de sus facultades, los temas que se sometan a su decisión, los sistemas cautelares que podrán observar, los recursos, tanto los que adopten como los que renuncien, en fin, todo aquello que haga al desarrollo del debido proceso, todo ello en oposición a las

³ Que resulta un decreto delegado de la ley 25.414 a través de la cual se delegaron facultades de administración y de emergencia al Poder Ejecutivo.

ventajas que se pueden advertir en un arbitraje institucional o administrado que tiene previsto en su reglamento orgánico los aspectos antes señalados.

Por lo tanto, la diferencia básica entre cláusula compromisoria y compromiso, parte de distinguir la ubicación temporal del conflicto, la primera es previa a la controversia, el segundo es posterior.

d) Los sistemas arbitrales que regula el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, han sido estructurados sobre la base de un tribunal arbitral ad hoc, esto es, un tribunal escogido directamente por las partes, o bien que las partes a través de una mixtura, eligen entre ellas y dejan su integración definitiva librada al criterio de los árbitros que al efecto escojan (en general uno por cada parte).

Pero en el otro tipo de tribunales que se denominan institucionales, en donde se puede advertir una ventaja sumamente importante para la agilización del sistema, que es que no sólo el tribunal ya está constituido, sino que en caso de no estarlo, las partes cuentan con pautas preestablecidas para su constitución y funcionamiento.

Ejemplo de ello, son los tribunales de la Cámara de Comercio Internacional, organismo creado en 1923, que cuenta con una Corte Internacional de Justicia, con sede en París, pero que sus funciones se cumplen en todo el mundo, precisamente a través del sistema con el que cuenta al efecto, que es la posibilidad de que los tribunales sean integrados por personas de distintos países según la propia conveniencia de las partes litigantes.

De modo tal que dos empresas por ejemplo argentinas, que deciden someter sus controversias con motivo del vínculo contractual que las une, a la decisión de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, pueden hacerlo nombrando árbitros nacionales, que cuentan con el respaldo y supervisión de aquella organización internacional.

Lo mismo sucede con el Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Rosario, que brinda a los interesados la posibilidad de resolver sus disputas ante su propia sede con la posibilidad de elegir árbitros dentro de sus listados de árbitros, observando para ello al igual que en el caso de la Cámara de Comercio Internacional, un reglamento propio, que establece las bases que deberán observarse para el desarrollo del arbitraje.

Una situación similar se produce con el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires o la de Mendoza, con un aditamento especial, que es que allí los árbitros están designados por esas Instituciones con carácter permanente, es decir, que las partes no tienen necesidad de integrar previamente el Tribunal, destacándose además una sensible disminución en los costos comparativos con los fijados por ejemplo por la Cámara de Comercio Internacional.

En estos sistemas, en general, habiéndose pactado la cláusula compromisoria respectiva, queda desdibujado el compromiso, que en la mayoría de los casos resulta intraprocesal, como sucede con el acta de misión en el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o la audiencia similar a la preliminar que prevé el art. 360 que se celebra en el sistema arbitral que se desarrolla en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, aspectos todos éstos que tienen como implicancia una mayor agilización en el trámite del proceso.

3.- LA INTERVENCION DE TERCEROS

Como con magistral sencillez y claridad enseña el maestro Palacio, la intervención de terceros en un proceso tiene lugar cuando durante su desarrollo, ya sea en forma espontánea o provocada, se incorporan a él personas distintas a las partes originarias, a fin de hacer valer derechos o intereses propios, pero vinculados con la causa o el objeto de la pretensión.

De esta conceptualización, se desprende claramente que la intervención de terceros requiere el análisis de distintos aspectos que conviene tener en cuenta una vez más a los fines de vincularla al sistema arbitral⁴.

a) El primero de esos aspectos, es la forma de la incorporación de los terceros al proceso, que no es un detalle menor, sino quizás el de mayor trascendencia en este tema.

Esto es así, pues se desprende de lo señalado anteriormente, que esa intervención puede ser espontánea, lo cual implica una decisión personal, voluntaria y expresa del tercero de tomar intervención en un determinado proceso.

A esa forma de citación se opone la provocada, porque en este caso son las partes, las que compelen al tercero a tomar intervención en una causa.

b) El otro aspecto que corresponde analizar es la calidad en que puede intervenir, pues como se desprende de esa conceptualización, son personas distintas a las partes originarias, con lo cual conviene analizar aquí qué rol van a desempeñar en el proceso si no son parte.

Esto lleva a la clasificación que tradicionalmente es aceptada por la doctrina mayoritaria, que permite distinguir entre la intervención principal o excluyente, en la cual el tercero invoca un derecho propio que resulta incompatible con la pretensión del actor.

⁴ Para el análisis del instituto de la intervención de terceros en el arbitraje se ha partido de la base de la regulación que existe en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tanto respecto a los terceros como al arbitraje, sin dejar de señalar que desde luego existen adaptaciones a nivel provincial que pueden hacer variar alguna interpretación. Sirva como ejemplo de ello la adecuación reciente que se ha hecho en el Código Procesal de la Provincia de Río Negro (vía ley 4142) que entre otras reformas sustanciales ha contemplado el sistema arbitral ad hoc y el institucional, también ha suprimido el compromiso del modo en que está concebido en el código nacional, todo ello en aras a propender a brindarle mayor agilidad al proceso y simplificar sus trámites.

El legislador nacional optó por no regular esta figura, como lo señala expresamente en la exposición de motivos del Código Procesal Nacional, toda vez que se podían generar situaciones sumamente complejas.

Este supuesto se podría dar si por ejemplo en el juicio las partes discuten sobre la propiedad de una cosa y el tercero alega ser su propietario.

c) Dentro de la calidad en la que pueda tomar intervención un tercero en un proceso, tenemos que tener en cuenta cuando su participación se denomina adhesiva autónoma o litisconsorcial, pues pretende hacer valer un derecho propio frente a alguna de las partes que sustentan la litis, para lo cual debe adherir a la calidad asumida por alguno de los litigantes.

Conforme se desprende del segundo inciso del art. 90 del Código Procesal Nacional, es una característica de esta figura que el tercero habría gozado de legitimación propia para demandar o ser demandado, a título individual o juntamente con el litigante al cual adhiere, por eso la doctrina –en general- asimila esta posición a la de un litisconsorte facultativo, recogiendo este aspecto el Código Procesal en el segundo párrafo del art. 91, cuando señala que el interviniente actuará como litisconsorte de la parte principal y tendrá sus mismas facultades procesales.

Ejemplo de esta figura, la encontramos en la del codeudor solidario no demandado, o bien en la del socio que interviene en el juicio promovido por otro socio impugnando la validez de una asamblea de accionistas o solicitando la extinción de la sociedad.

d) Además el tercero puede participar en el proceso asumiendo una calidad que la doctrina denomina adhesiva simple, la que tiene lugar cuando aquél, en razón de ser titular de un derecho conexo o dependiente respecto de las pretensiones articuladas en el proceso, participa en éste a fin de colaborar con la gestión procesal de alguna de las partes.

Conforme las previsiones del art. 90 inc. 1ro. del Código Procesal Nacional puede intervenir en calidad de tercero adhesivo simple quien acredite sumariamente que la sentencia pudiere afectar su interés propio.

Ejemplo típico de esta variante, es la del fiador, en el juicio entre el deudor y el acreedor sobre la existencia y validez de la obligación principal.

Se advierte de lo expuesto, que su actuación siempre es subordinada a la parte con quien colabora, nunca es autónoma. Aquí el tercero interviene para coadyuvar al reconocimiento de un derecho ajeno que indirectamente puede afectarlo.

El primer párrafo del art. 91, señala que la actuación del interviniente simple será accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoyare, no pudiendo alegar ni probar lo que estuviere prohibido a ésta.

e) La última variante que corresponde analizar, con relación a la calidad en la que puede intervenir un tercero en un proceso, es la denominada intervención obligada o coactiva, que contempla el art. 94 del Código Procesal.

En este caso, de oficio o a pedido de parte, se puede convocar a un tercero al proceso, cuando la sentencia que en él se dicte pueda serle eventualmente opuesta.

Ejemplo de esta variante, se da cuando la parte en el caso de ser vencida, se encuentre habilitada para intentar una pretensión de regreso contra el tercero, como en el caso del fiador contra el deudor principal, la del asegurado o damnificado contra el asegurador, o la que corresponde al deudor que se obligó junto a otros y tomó a su cargo la obligación.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia habían interpretado respecto a este tipo de intervención, que salvo disposiciones específicas de las leyes de fondo, como el caso del art. 118 de la ley de seguros 17.418, la eventual sentencia de condena que se dicte no podía ejecutarse contra el tercero, sino que simplemente constituía un antecedente favorable a la fundabilidad de la pretensión regresiva que se pudiera deducir contra el citado.

Sin embargo, con la reforma introducida por la ley 25.488 al art. 96 del Código Procesal, que recogió algunos precedentes jurisprudenciales, se incorporó como párrafo tercero al mencionado artículo el siguiente: “también será ejecutable la resolución contra el tercero, salvo que, en oportunidad de formular el pedido de intervención o de contestar la citación, según el caso, hubiese alegado fundadamente, la existencia de defensas y/o derechos que no pudiesen ser materia de debate y decisión en el juicio”.

Con lo cual, como puede advertirse, no cabría la ejecución de una sentencia contra un tercero, en tanto hubiera invocado una restricción a su legítima defensa en juicio, por el carácter estrictamente personal de las defensas o alegaciones o fundamentos en los cuales debía sustentar su postura, que resultaba inviable desarrollarlas en el proceso para el que fue convocado.

Si bien existen otras variante de intervención de terceros, sobre todo dentro de esta última alternativa, como la que la doctrina denomina *laudatio auctoris*, o la del tercero pretendiente, lo cierto es que básicamente se han descripto, las intervenciones más usuales, más allá que son las únicas que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contempla a los fines de compatibilizar este sistema con el arbitral.

De lo expuesto hasta aquí se desprende, en primer lugar, la forma en que pueden participar los terceros en el proceso, esto es que su convocatoria se haga expresamente, sea por las partes o por el juez, conforme las previsiones del art. 94, para lo

cual conviene tener en cuenta lo normado por el art. 89 del Código Procesal, o bien, que ella sea producto de una intervención espontánea, y absolutamente voluntaria del tercero.

Observada cualquiera de las variantes de ese primer aspecto vinculado a la convocatoria, cuadra tener en cuenta las distintas modalidades que se presentan según la intervención que tenga ese tercero, aspecto que se vincula sustancialmente con el objeto de la pretensión y su relación con los efectos que puede provocar su resolución.

4.- SOBRE LA COMPATIBILIZACION DE LOS SISTEMAS

De lo expuesto se advierte porqué se señaló al comienzo que el tema objeto de análisis resultaba una ardua tarea, pues no deja de advertir el lector, que lo que se intenta compatibilizar son dos esferas del mundo del proceso claramente diferenciables.

Esto es así, pues por un lado, cuando se alude a la intervención de terceros, se accede a una órbita netamente de derecho procesal, que pertenece a la esfera del derecho público, la que se caracteriza por la intervención de la jurisdicción para hacer actuar la voluntad de la ley dirimiendo un conflicto, convocando para ello a un tercero que no formó parte de la relación litigiosa originaria, desde luego porque puede ser involucrado –con diversos alcances- por un pronunciamiento judicial en una controversia que puede resultarle común.

Sin embargo, cuando se alude al sistema arbitral, dejando de lado si se trata de uno de derecho o de amigables compondores, el desafío consiste en hacer colindar y compatibilizar la órbita jusprivatista con la de derecho público.

Ello en razón, que el origen del arbitraje es esencialmente privado⁵, no sólo por el objeto del proceso, es decir la materia arbitrable, sino además por el acendrado respeto que debe observarse al principio de la autonomía de la voluntad, toda vez que son las partes, quienes –dejando de lado la alternativa del arbitraje forzoso u obligatorio- han decidido dirimir sus eventuales controversias ante un tribunal privado, distinto a la justicia ordinaria, para quienes constituirá el “juez natural” de la causa, al que alude el art. 18 de la Constitución Nacional, pues para ello cumple una función netamente jurisdiccional, como efecto de esa convención privada.

Consecuentemente, el mismo respeto que impone el arbitraje al principio de autonomía de la voluntad, es el que excluye –por vía de principio- la intervención de terceros en ese proceso, pues mal podría ser compelido a actuar dentro de él

⁵ Para ello conviene tener en cuenta las aclaraciones formuladas al respecto en este trabajo, pues sin perjuicio del origen convencional del arbitraje más tradicional, existen órbitas en las cuales el arbitraje es obligatorio y se transforma en una especie de derecho privado de neto orden público, como sucede con el art. 38 del decreto 677/01 citado, que estableció el arbitraje obligatorio para todas las empresas que cotizan en bolsa, con lo cual el organismo de contralor (Comisión Nacional de Valores) de neto carácter público, pues sus integrantes son designados por el Poder Ejecutivo Nacional, hace que el ejercicio de su poder de policía se canalice en algunos supuestos por vía arbitral.

alguien, que no suscribió la cláusula compromisoria, pues ello importaría sustraerlo a la jurisdicción natural (oficial) a la que tiene derecho.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene interpretado desde siempre que la intervención de terceros en el proceso debe ser admitida cuando es la única forma en que pueden defender su derecho⁶, pues ha resuelto que si bien es materia ajena al recurso extraordinario lo relativo a nulidades procesales o bien a las personas con cuya intervención deba sustanciarse el juicio, éste debe ser concedido cuando se omite oír a los terceros sin cuya debida audiencia la sentencia no puede producir efecto útil alguno⁷.

Sucede que el criterio de nuestro más Alto Tribunal, es absolutamente restrictivo con relación a la intervención de terceros en el proceso y tiene carácter excepcional, pues su característica esencial es la posibilidad de hacer citar a aquél a cuyo respecto se considere común una determinada controversia, de modo que no basta con tener un mero interés en el resultado del pleito, circunstancia que ha dicho la Corte que debe apreciarse con rigor cuando la admisión de la solicitud trae aparejada la desnaturalización del proceso⁸.

De ello no cabe inferir más que la intervención de terceros en un arbitraje, no requiere ninguna distinción respecto al sistema, pues resultaría –en principio- inviable, toda vez que su interpretación restrictiva y excepcional, no se compadece con el sistema jusprivatista del arbitraje, circunstancia que tornaría muy dificultosa imposible la compatibilización pretendida.

Esto se debe a que el derecho a la jurisdicción representa un derecho humano esencial, contemplado además dentro del bloque de constitucionalidad de nuestra Ley Fundamental, ergo, mal podría sustraérselo al tercero de sus jueces naturales, sobre todo por las proyecciones que podría tener una sentencia –tal vez extensible- a su respecto, sin su expresa conformidad, esto es a través de una renuncia a la jurisdicción oficial que no puede ser presumida, para quedar sometido a una privada (art. 874 del Cód. Civil).

Como consecuencia de ello cabe inferir una sola posibilidad para la intervención de terceros en un proceso arbitral, que no es otra más que la voluntaria.

En este supuesto, se puede caer dentro de cualquiera de las órbitas antes reseñadas, pues más allá del carácter de la intervención del tercero, lo que debe surgir es su voluntad de participar en el proceso, con las implicancias que ello pueda traerle aparejado, pero esta es una decisión que hace al ejercicio del ius postulandi, que excede de la posibilidad de manejo

⁶ Fallos 198:316

⁷ Fallos 293:362

⁸ Fallos 310:937; 311:2725; 318:539;

de un lego y recae en cabeza no solo de la parte sino también de su dirección letrada, ya que las complejidades que presenta un proceso sea judicial o arbitral, únicamente pueden ser manejadas por el abogado que está preparado para ello.

Por lo tanto, sea la citación provocada o espontánea, supuesto éste último que no requiere mayores explicaciones por su propia índole, el tercero podrá participar, en el sistema arbitral del que se trate, en el supuesto de admitir voluntariamente su intervención.

5.- ¿UNA INTERVENCION ESPECIAL?

Existe una alternativa más a tener en cuenta que la mencionada precedentemente, que no admite mayores complejidades, en tanto quien ha sido convocado como tercero por resultarle común la controversia admita su participación en un arbitraje.

Esta situación novedosa –por atípica- tiene que ver con la intervención obligada de un tercero, de un modo similar a las previsiones que contempla actualmente el art. 94 del Código Procesal Nacional, y con la posibilidad de que también se le hagan extensivos los efectos de un futuro laudo.

Esa variante es necesario tenerla en cuenta toda vez que no sólo se trata de una cuestión que ha sido objeto de debate a nivel mundial (y respecto a la cual no existe una posición dominante o definitiva), sino que además existen legislaciones que ya específicamente la han contemplado, de modo de hacer extensiva la cláusula compromisoria hacia un tercero que si bien no la suscribió, tiene o tuvo ingerencia suficiente en la relación jurídica sustancial habida entre las partes que participan del arbitraje, y sin su intervención la litis no quedaría debidamente integrada, y por ende podría resultar inútil el desarrollo del proceso, tanto como la eficacia del laudo a pronunciarse.

Ello se origina con motivo del desarrollo que han tenido las sociedades comerciales desde el punto de vista transnacional, motivo por el cual –en algunos casos- a través de filiales o sucursales que pueden constituir meras figuras aparentes, se generan actuaciones en fraude a la ley por la situación que se produce, de ahí el desarrollo que ha tenido la doctrina del disregard, receptada por el más Alto Tribunal⁹.

Por lo tanto, cabría entonces una interpretación -más por vía de excepción- respecto a la posible extensión de la cláusula compromisoria hacia terceros no firmantes, pues si bien no existen dudas con relación al efecto negativo que importa, al

⁹ Véase Fallos 286:97; 287:79; 307:118, entre otros, en los cuales la Corte Suprema admitió la doctrina del disregard of legal entity.

sustraer a los contratantes de la jurisdicción oficial¹⁰, no es menos cierto que ese efecto únicamente puede ser invocado por aquellos que resultaron firmantes de esa cláusula, sin que pueda presumirse ningún tipo de renuncia a la jurisdicción natural a la que tiene derecho de acceder toda persona.

Si bien en la legislación nacional los efectos relativos de los contratos involucran directamente a las partes que los suscriben como si se tratara de la ley misma y no pueden afectar a terceros¹¹, no es menos cierto que la legislación a nivel mundial recepta la posibilidad de que se acredite la existencia del pacto arbitral por cualquier medio de prueba que demuestre la voluntad de las partes de someterse a un arbitraje.

En esa línea, lejos de citar la Ley Uniforme de UNCITRAL, o legislación foránea, es útil tener presente que el art. 208 del Código de Comercio indica expresamente que los contratos comerciales, no solo pueden justificarse por instrumentos públicos, sino por documentos privados firmados por los contratantes (inc. 3ro.), o por la correspondencia epistolar y telegráfica (inc. 4to.), también por confesión de parte (inc. 6to.), e inclusive en la parte final de esa norma se prevén las presunciones como mecanismo adecuado para la acreditación de la existencia de una determinada contratación¹².

No está demás aclarar que las presunciones se generan a partir de determinados indicios, que por su envergadura tal vez no constituyan plena prueba por sí mismos, pero cuando por su número, gravedad, precisión y concordancia, dan cuenta de la existencia de una determinada circunstancia, hacen nacer una presunción hominis que permite tener por cierto un determinado hecho.

En este sentido ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en orden a la doctrina del disregard –que recibe diversas denominaciones como de la apariencia, del corrimiento del velo, de la penetración, de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, entre otras- que “es exigencia inexcusable del adecuado servicio de justicia, que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional, la necesidad de que los pronunciamientos judiciales sean derivación razonada del derecho vigente y no se aparten de la verdad jurídica”¹³.

¹⁰ Ver Caballol Angelats, Lluís; “El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje”, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 51.

¹¹ Ver arts. 1195 y 1197 del Código Civil.

¹² Como ya se hiciera referencia el acuerdo de arbitraje en la mayoría de las legislaciones del mundo puede ser demostrado por distintas vías que lleven a su acreditación. Sirva como ejemplo el art. 7, 2da. Parte de la Ley Modelo de Uncitral que dispone: “el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

¹³ Fallos 287:79

Con ese mismo fundamento la Corte Suprema ha interpretado que “debe descalificarse la sentencia cuyo resultado importa un apartamiento palmario de la realidad económica, con grave menoscabo de la verdad objetiva y de los derechos de propiedad y de defensa en juicio”¹⁴.

Por ese motivo admitió la Corte que “los tribunales pueden descender el velo societario en el interés de los mismos que lo han creado, haciendo aplicación positiva de la teoría de la penetración y asimismo, admitir la invocación de la teoría del conjunto económico o sus equivalentes, ya que de lo que se trata es de la necesaria prevalencia de la razón del derecho sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia, aprehendiendo la verdad jurídica objetiva”¹⁵.

Ello en razón que cuando las partes le atribuyen a un acto una denominación que no responde a su esencia jurídica, conforme el principio de la realidad económica es ésta la que debe prevalecer¹⁶, pues conforme también la doctrina de la Corte, no se puede interpretar a un proceso como un conjunto de formas desprovistas de sentido y una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva en orden a un hecho decisivo para la solución del litigio, lo cual configura un exceso ritual manifiesto incompatible con el adecuado servicio de justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional¹⁷.

Las posibilidades que brinda un sistema arbitral, como método de resolución de un conflicto, deben ser amplias, y también su acceso, toda vez que la materia arbitrable es la que sella esa posibilidad, y básicamente en nuestro sistema social, como en la mayoría de los países del mundo, los derechos son disponibles para las partes, y existen solo alguno de ellos que resultan indisponibles, con lo cual resulta de toda evidencia la posibilidad de que se extienda la participación hacia terceros que no resultaron firmantes del pacto arbitral si de los hechos de la realidad surge su directa intervención en aquello que deberá ser materia del conflicto.

La Ley de Sociedades Comerciales contempla expresamente esta posibilidad en el art. 54, al incorporar la figura del disregard of the legal entity, reconociendo la doctrina nacional la influencia de la doctrina alemana a partir de Serick y de la italiana a partir de los trabajos de Ascarelli, quienes marcan el hito de una corriente renovadora sobre la persona jurídica¹⁸.

¹⁴ Fallos 315:672

¹⁵ Fallos 307:118

¹⁶ Fallos 287:79

¹⁷ Fallos 305:944

¹⁸ Gagliardo, Mariano; Superación de la personalidad jurídica; Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni; 2008-3-354.

Esa es la posición que han sustentado internacionalmente los tribunales arbitrales en este sentido, pues partiendo del caso Dow Chemical resuelto por un tribunal CCI, pasando por la jurisprudencia francesa, alemana, inglesa y americana, parecería sin mayores dudas que se podría extender la cláusula arbitral levantando el velo societario cuando de grupos económicos se trata, aunque como se anticipara, no es terminante esa postura y la jurisprudencia Suiza por ejemplo ha hecho sus reparos sobre el particular, atendiendo a que los “usos comerciales” a los que alude la Ley Modelo de la CNUDMI constituye un fundamento demasiado ambiguo para imponer un acuerdo arbitral a una parte no signataria¹⁹.

Esa atribución de responsabilidad surge de uno de sus aspectos liminares que distinguen a una persona jurídica que es su actuación voluntaria, esto es, hecha con total discernimiento e intención desde el punto de vista jurídico, de modo de permitir llevar al convencimiento a su cocontratante de quien resultaba su contraparte, que se debe apreciar a la luz de los hechos del caso en particular, evitando buscar una norma genérica y definitiva que englobe situaciones de esa índole. Este tipo de situaciones han sido identificadas por la doctrina como una suerte de desfiguración de la bilateralidad contractual cuando la parte de un contrato es una sociedad que forma parte de un grupo²⁰.

En el trabajo aludido cita el autor un precedente de un tribunal francés en donde precisamente la empresa madre o principal deliberadamente toma intervención en la relación habida entre su subsidiaria y un tercero, sustituyéndola prácticamente en la contratación que se había llevado a cabo, creando así a los ojos de ese tercero una apariencia en virtud de la cual éste se pudo creer con derecho a considerar que esa matriz era quien estaba tomando a su cargo las obligaciones que nacían de ese vínculo contractual.

Manóvil, con cita de doctrina alemana (Kronstein), destaca en esta misma línea que esa relación de dominio-dependencia, facilita la configuración de los presupuestos de una responsabilidad determinada, toda vez que pone en cabeza de la persona dominante ciertos deberes en el tráfico jurídico cuya inobservancia trae aparejados otros tantos efectos en el mundo del derecho.

Este tipo de actuaciones en el ámbito internacional se ha dado a conocer como doctrina del estoppel y podría ser asimilada en el país –como lo señalara- a la doctrina de los actos propios, que permite concluir que no puede carecer de relevancia jurídica una determinada conducta que lleva al convencimiento de su cocontratante de estar desenvolviéndose dentro de un determinado vínculo e integrando un determinado conjunto económico, cuando al momento de producirse el distracto, se adopta una posición contraria a la conducta observada durante toda la relación, para ajustarla a

¹⁹ Ver Redfern, Alan y Hunter, Martin; Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional; 4ta. ed.; Ed. La Ley, p. 240 y ss.

²⁰ Manóvil, Rafael M.; Algunos Aspectos de la Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica en los Grupos de Sociedades; Revista de Derecho Privado y Comunitario; Ed. Rubinzal-Culzoni; 2008-3-435.

la letra cerrada de un contrato para lo cual se propone una interpretación restrictiva que se da de frente con una realidad que no es la que había reflejado la relación habida entre quienes estaban en verdad vinculados.

Por esa razón la jurisprudencia también ha interpretado que esa doctrina constituye una continuación de la antigua doctrina denominada “clean hands” hoy llamada de prohibición de ir contra los propios actos y su significado, una línea de conducta para asegurar la vigencia de la buena fe en el ejercicio de todo derecho²¹.

Por lo tanto, conforme la doctrina sentada por los tribunales nacionales, en especial por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *Davedere c/Mediconex S.A.*, la interpretación que corresponde darle a la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica se debe desenvolver con un criterio absolutamente restrictivo (L.L. 2007-D-659), criterio que es observado en idéntica forma por los tribunales comerciales quienes han sostenido que para la aplicación del art. 54 inc. 3ro. de la Ley de Sociedades deben existir pruebas concluyentes respecto de las situaciones excepcionales que dicho artículo contempla²².

En general, la doctrina coincide que existió una especie de leading case resuelto por un tribunal CCI²³ que luego dio pie a que interviniera la justicia francesa, conocido como el caso *Dow Corning* antes mencionado, y en ese sentido rescata de esa decisión *Suarez Anzorena*, que el tribunal interviniente interpretó que “una cláusula arbitral expresamente aceptada por ciertas compañías del grupo debe considerarse vinculante para las otras compañías cuando, en razón de su rol en la suscripción, ejecución o terminación de los contratos conteniendo tales cláusulas y de conformidad con la intención común de las partes del procedimiento, aparecen como las verdaderas partes del contrato o como involucradas de manera principal por estos y las disputas que de estos resultan”²⁴.

En este sentido es importante tener en cuenta que también *Caivano* señala que no sólo los tribunales internacionales, por ejemplo en los E.E.U.U., Alemania o Francia, han considerado oportuna esa extensión hacia empresas no signatarias, cuando se trata fundamentalmente de un conjunto económico, sino que además la doctrina coincide con la línea trazada por esa jurisprudencia, a partir de la cual la regla es la vinculación de las partes signatarias exclusivamente, pero por vía de

²¹ CNCiv., Sala A, E.D. 114-553.

²² CNCom., Sala A, E.D. 141-646.

²³ El mencionado leading case, ha sido avalado por la justicia francesa, pues fue ratificada esa decisión por la Cámara de Apelaciones de París el 21 de octubre de 1983, in re “*Isover Saint Gobain v. Dow Chemical France*, en *Revue de l'Arbitrage*, 1984, p. 98.

²⁴ Destaca ese autor que esa doctrina ha sido receptada en varios casos resueltos por tribunales CCI (es decir arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio Internacional), vgr. los casos 1434, 2375, 4131, 4402, 5721, 5730, entre otros (ver *Suarez Anzorena, C. Ignacio*; “*Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional*”, *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2005, p. 55 y ss.).

excepción, cuando las circunstancias de cada caso en particular así lo justifican, se puede penetrar ese velo societario, para estar a la verdadera intención de las partes contratantes.

En la misma línea refiere Caivano que la doctrina internacional ha interpretado que “no es la existencia de un grupo sino la intención de las partes –demostrada en este caso por la existencia de contratos interrelacionados- lo que justifica la extensión de la cláusula arbitral”, agregando finalmente que “la parte que aceptó los beneficios de un contrato que no firmó no puede desconocer la cláusula arbitral contenida en él”²⁵.

Por ende, si bien en el trabajo antes referido de Manóvil se alude a aquellas relaciones jurídicas coligadas, en virtud de las conductas eventualmente desplegadas por las sociedades involucradas en una actuación grupal común, el que puede resultar detonante de la traslación de efectos a otros sujetos vinculados, ello se puede originar como consecuencia de la dominación o la pertenencia a un determinado grupo²⁶, pero en ningún caso en forma horizontal, menos aún para involucrarla en un proceso arbitral, pues como refiere con cita de Orgaz no es la personalidad jurídica en sí un derecho subjetivo, sino la condición previa o el presupuesto necesario de toda adquisición de derechos o deberes²⁷.

6.- CONCLUSIONES

Queda claro entonces, que la intervención de terceros en un arbitraje doméstico, es decir que se ajuste a las pautas de la legislación local, únicamente podrá efectivizarse de lograrse el concurso de la voluntad expresa de aquel que deba participar como tercero, porque así lo manifieste, o bien por la conducta que tácitamente observe en el proceso, en caso de que se ajuste a las previsiones del sistema del que se trate sin impugnar su validez. Ello es así, pues esa participación implica como consecuencia inmediata, la sustracción del tercero a la jurisdicción oficial que corresponda.

La pregunta que cabe formular a esta altura, es si se justifica la renuencia de aquel que sea convocado como tercero a un proceso arbitral, a participar de él. La doctrina del Alto Tribunal en este sentido indica que la citación de terceros al proceso no implica obligar a una parte a litigar contra éstos, que no pasan a ser demandados, sino solamente darles la intervención imprescindible para que las actuaciones puedan serles opuestas en la eventual acción regresiva que eventualmente corresponda²⁸.

²⁵ Caivano, Roque J.; “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”; Revista Lima Arbitration, nro. 1, 2006, p. 139.

²⁶ Op, cit., p. 440

²⁷ Op. cit., p. 413

²⁸ Fallos 313:1052

Por ello, se generan algunos interrogantes sobre las eventuales afectaciones que puede padecer un tercero si es convocado a participar en un proceso arbitral. Si bien es evidente que la primera y más sencilla resultaría su afectación a su derecho a la jurisdicción, por privarle el acceso a su “juez natural”, lo que implicaría la violación al debido proceso legal.

Por lo tanto, si conforme la doctrina de la Corte el alcance que cabe asignar a la intervención de terceros se encuentra limitado a la oponibilidad de la sentencia en un eventual proceso ulterior²⁹, la duda es cuándo o cómo se puede afectar su derecho al debido proceso.

En este sentido, ha resuelto nuestro más Alto Tribunal, que “es arbitraria la sentencia si, sobre la base de un análisis parcializado de las normas en juego - arts. 1, 109, 110 y 118 de la ley 17.418, arts. 132 y 133 de la ley 24.522 y de las normas procesales referentes a la intervención obligada de terceros- el a quo ha llegado a una solución que transgrede gravemente el derecho de defensa en juicio y el de propiedad del asegurado”³⁰.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha admitido la intervención de terceros aún en supuestos de excepción³¹, por lo tanto resultaría un inútil dispendio de actividad jurisdiccional diferir la responsabilidad de un tercero citado en los términos del art. 94 del Código Procesal, cuando éste ha ejercido en plenitud el derecho constitucional de defensa en juicio, de modo que no existe óbice para que, como lo dispone el art. 96 del mencionado cuerpo legal, la sentencia dictada después de su citación o intervención, lo afecte como a los litigantes principales³².

Por lo tanto, tan afectados se pueden ver los derechos de un tercero en sede judicial, como en sede arbitral, pues como se desprende de este precedente de la Corte se debe inferir que la arbitrariedad de un pronunciamiento no es patrimonio de un tribunal arbitral.

Por lo tanto, lo que corresponde tener en cuenta en este sentido, a los fines de dejar a salvo los derechos de un tercero, no son tanto sus derechos e intereses desde un punto de vista estrictamente formal, perdiendo de vista sus reales contenidos, sino la efectividad o certeza del pronunciamiento que se pretende, que puede venir tanto o mejor desarrollado por un tribunal arbitral que por uno judicial, ya que tanto las partes como el tercero cuentan con una ventaja especial que es la posibilidad de conocer su integración, y más aún participar en ella, confiando directamente la resolución de su conflicto a quien mejor estimen corresponder³³.

²⁹ Fallos 315:2349

³⁰ Fallos 321:394

³¹ En las causas de competencia originaria de la Corte son aplicables los institutos reglados por los arts. 88, 90 y 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aunque conduzca a la intervención de personas no aforadas (Fallos 318:30).

³² Fallos 321:767

³³ Es importante registrar en este sentido, no sólo como nuestro Código Procesal asimila el valor de un laudo al de una sentencia judicial, lo que destaca –entre otros aspectos- el carácter eminentemente jurisdiccional de un arbitraje, sino

Lo único que se requiere para ello, es la adecuada preparación de los operadores jurídicos, que deberán saber aconsejar prudentemente a sus clientes para litigar en el ámbito que mayores garantías ofrece.

Por más que parezca perogrullesco señalarlo, hoy el sistema arbitral es el más utilizado a nivel mundial para la resolución de conflictos que genera el tráfico mercantil, quizás mucho más que el ámbito judicial, y ello se debe esencialmente por la mayor fiabilidad que perciben los operadores de esos sistemas privados ya que generalmente los oficiales por la recarga de tareas que padecen, muchas veces ven desmerecer los esfuerzos de la judicatura por un eficiente y adecuado servicio de administración de justicia.

En tiempos donde aparecen nuevos paradigmas en el mundo del derecho, que los abogados, aludiendo a una presunta afectación de derechos, provoquen una desvirtuación del proceso evitando un arbitraje apegados a un posible menoscabo de los derechos de un tercero, importa vivir de espaldas a una realidad que resulta incontestable, pues posee una fuerza arrolladora que impone una mayor flexibilidad y adaptación permanente de nuestros criterios tradicionales.

Por lo tanto, es necesario tener en cuenta lo que la doctrina ha denominado como una nueva *lex mercatoria*, o los nuevos alcances de la *lex mercatoria*, gestada precisamente en las decisiones de los tribunales arbitrales, y en la doctrina que sigue su línea, aspectos que no pueden desconocerse a nivel internacional, menos aún conforme las previsiones del título preliminar del Código de Comercio y de las previsiones que contempla el art. 208 de dicho cuerpo legal cuando alude a las costumbres mercantiles y las presunciones como referencias inexcusables para indagar la verdadera realidad económica que se teje detrás de un negocio, por medio de las cuales se puede penetrar un velo societario que no revela más que un posible ejercicio abusivo de los derechos que le compete a un conjunto económico, para que actuando en contradicción con sus propios actos despliegue una conducta frente a su cocontratante, para sostener una absolutamente contraria, en violación al principio de buena fe frente a un tribunal³⁴.

Cabe destacar que también esto ha sido receptado por legislaciones modernas, sirviendo como ejemplo de ello la nueva ley peruana de arbitraje del año 2008, que contempla en su art. 14 la posibilidad concreta de extender el convenio arbitral a aquellos que según el principio de buena fe, que aquí se ha observado con carácter primordial, hubieran tenido participación activa en la negociación, ejecución o eventualmente terminación de un contrato.

además los mecanismos de control y resguardo con los que cuenta cualquier litigante, pues no sólo en nuestra legislación sino inclusive en cualquier sistema arbitral, lo único que resulta irrenunciable es la vía de la nulidad, sea implementada a través de una acción o de un recurso, lo que habilita la revisión de lo actuado por un tribunal judicial en caso de que se hubiera suscitado alguna de las causales que la tornen operativa porque se haya lesionado el derecho de defensa en juicio.

³⁴ En este aspecto se ha señalado que existe en la realidad un nuevo derecho uniforme y espontáneo, administrado por tribunales arbitrales internacionales al que se lo denominó precisamente nueva *lex mercatoria*, destinado a regular las relaciones contractuales dentro del mercado global (Galvano, Francesco; “La globalización en el espejo del derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 41).

Por lo tanto, mientras en el ámbito internacional se da el fenómeno expuesto y se asiste a los contratos llamados inmunizados, que prevén mecanismos que neutralizan la vía judicial, pues frente a un determinado incumplimiento ponen en marcha garantías de resguardo especialmente creadas al efecto, en lugar de acciones judiciales, o bien consagran las garantías a primer demanda, como mecanismos arbitrales para prever mecanismos ágiles para la resolución de conflictos, es evidente que existen nuevos paradigmas que importan la existencia de microsistemas, como los denomina Lorenzetti, caracterizados por normas con un alto grado de autonomía, que ponen en tela de juicio la propia existencia de los sistemas de codificación decimonónicos³⁵.

Con lo cual es evidente, que la ductilidad del abogado, requerirá del mejor aprovechamiento de estas herramientas para propender así a la paz social, no pudiendo quedar enfrascados en la pequeñez que implica el análisis de instituciones que no por vetustas sino por su deficiente utilización, resulten realmente desaprovechadas, cuando no desvirtuadas para un fin distinto para el que fueron creadas, pues ello nos seguirá manteniendo distantes del mejor mundo al que debemos acceder.

³⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis; Teoría de la Decisión Judicial, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 36.