

“CLASULAS ARBITRALES APLICABLES A EMPRESAS NO SUSCRIPTORAS. A PROPÓSITO DEL VII CONCURSO INTERUNIVERSITARIO DE ARBITRAJE COMERCIAL”

Por Héctor Hermosillo Machuca*

El caso era hipotético, pero casos como ese precisamente fueron los que impulsaron a que la delegación encabezada por el Lic. José María Abascal promoviera en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) las reformas a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, mismas que se aprobaron durante la sesión de Julio de 2006. En dicha reforma se introdujo, entre otras cuestiones, la aceptación tácita de una cláusula arbitral como medio de formación, siempre que existiera un principio de ejecución de un contrato que la contuviera.

El caso del VII Concurso Interuniversitario de Arbitraje Comercial que año con año organiza el Centro de Arbitraje de México (CAM) con el apoyo de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, planteaba en esta ocasión un conflicto suscitado entre una compañía mexicana y una americana con motivo del incumplimiento de una compraventa internacional de mercaderías. La litis se sujetaba a las reglas de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 en cuanto al fondo, y a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial como *lex arbitri*.

Los hechos del caso fueron los siguientes: La compañía mexicana Idas Plásticos, S.A. de C.V. (Idas) inicialmente celebró un contrato marco de suministro con una empresa americana Castor, LLP. (Castor) con una cláusula arbitral ante el CAM, por virtud del cual, Castor se obligaba a suministrar por medio de si o de una empresa subsidiaria, los insumos que Idas le solicitara. Posteriormente, Idas particularizó los insumos que le suministrarían, y Pollux, LLP. (Pollux) (empresa subsidiaria de Castor) aceptó por instrucciones de su controladora Castor, proveer

*Estudiante de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara. Participante y Ganador del VII Concurso Interuniversitario de Arbitraje Comercial. Reconocimiento como Mejor Orador del Concurso y coautor del Mejor Escrito de Demanda. hmachuca@hotmail.com

los insumos solicitados por Idas. Con el contrato aún no perfeccionado¹, Pollux envió una Confirmación de Orden de Compra en cuyo reverso introdujo, a manera de cláusula estándar, una cláusula arbitral ante la American Arbitration Association, distinta a la pactada por su matriz Castor. El contrato se perfeccionó tácitamente mediante el pago de las mercancías por parte de Idas. Posteriormente y durante la etapa de ejecución del contrato, Pollux incumplió con su obligación de entrega de las mercancías, por lo que Idas presentó demanda arbitral ante el CAM.

Con los anteriores antecedentes, el debate jurídico del Concurso en la parte de arbitraje se centró sobre la posible incompetencia del Tribunal Arbitral conformado mediante las reglas del CAM, en virtud de la existencia de una segunda cláusula arbitral que remitía a la AAA, y que si bien no se había acordado expresamente, sí era contenida en los términos de la Confirmación de Orden de Compra que envió Pollux a Idas. Surgieron entonces algunas de las preguntas que se debatieron a lo largo de las audiencias, y que hoy dan origen al presente ensayo:

- (i) ¿Puede una cláusula arbitral tener efectos vinculantes sobre una empresa no suscriptora, incluso si ésta es una subsidiaria de otra que sí lo fue?
- (ii) ¿Cuáles deben ser los parámetros para determinar si una cláusula arbitral es válidamente incorporada al contrato?

La respuesta a las preguntas anteriores no es fácil, y este ensayo no pretende resolverlos, sin embargo, exponemos los siguientes elementos que durante el VII Concurso de Arbitraje Comercial, empleamos varios equipos para tratar de solucionar tales interrogantes.

1. El Principio de Separabilidad Jurídica de las Compañías.

¹ Al respecto, se considera que el contrato de compraventa (que constituye una particularización del contrato de suministro) no se había perfeccionado en virtud de que Pollux, al responder el correo electrónico enviado por Idas en el cual particularizaba las mercancías a suministrar, incluyó elementos novedosos al contrato tales como la fecha de entrega, lugar de pago y época de pago. El artículo 19 de la Convención de Viena considera que la incorporación de dichos elementos en la respuesta a una oferta que pretenda ser aceptación, se considerará como contraoferta, de ahí que en el caso particular, el contrato no se hubiera perfeccionado.

En primer lugar, mencionar que existe el principio jurídico de la separabilidad jurídica entre una sociedad y los socios que la conforman. Dicho principio es base del derecho de las sociedades, y ha sido recogido tanto en el sistema jurídico del *common law*² como en los sistemas de derecho civil y por supuesto es contenido en la legislación mexicana³. El principio de la separabilidad jurídica implica la existencia de lo que la doctrina ha denominado la “teoría del velo corporativo” (*corporate veil*), entendida ésta como la barrera jurídica que existe entre en una sociedad y los socios que la conforman (sean persona físicas o morales), por la cual resulta imposible actuar en contra de los socios de una compañía, por las obligaciones, deudas o responsabilidades derivadas de las compañías de las que forman parte. Las excepciones a esta teoría se dan principalmente en materia fiscal y en materia penal.

La teoría del velo corporativo se explica la mayoría de las veces, precisamente en casos en los que se intenta repetir en contra de los socios por algún hecho realizado por la compañía; sin embargo, consideramos que no existe impedimento para entender el velo corporativo también como la barrera jurídica por la cual se impide que los socios transfieran obligaciones a la sociedad de la cual forman parte. Es decir, que la separabilidad jurídica debe explicarse en ambos sentidos: que la compañía no afecte a los socios, pero que los socios tampoco afecten a la compañía.

Una de las características esenciales de la personalidad jurídica de una persona moral es precisamente la libertad para contratar y la independencia contractual en las relaciones jurídicas que sostenga. Es decir, por principio, una persona moral que se encuentre debidamente constituida y debidamente representada tiene plena facultad para obligarse en los términos que ella decida. En ese sentido, esas facultades no pueden ser desconocidas o nulificadas por el solo hecho de que la empresa en cuestión pertenezca a un grupo de sociedades

² Ver el célebre caso de *Salomon vs. Salomon & Co Ltd. (1897) AC 22, HL*, mediante el cual se estableció que en el derecho anglosajón se reconocen como personalidades jurídicas independientes el socio y su compañía. Dicho principio ha sido sostenido y confirmado tal como en los casos *Adams vs. Cape Industries plc (1990 BLCL 479 at 520?)* y *Re Polly Internacional plc (1996 1 BCLC 428 at 444)*.

³ La Ley General de Sociedades Mercantiles establece lo siguiente: Art. 2.- *Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta a la de los socios.*

cuya cabeza es la empresa controladora (*holding*). Al respecto, señala don Jorge Barrera Graff que las características de los denominados grupos de compañías ya sea en estructura horizontal o vertical son: (i) autonomía jurídica y económica de cada una de las sociedades agrupadas, y libertad de actuación, salvo las restricciones y obligaciones que deriven de las leyes; (ii) independencia de las relaciones y contratos que cada uno celebre con terceros o con los propios socios, ajenos a los convenios consorciales; y (iii) una organización común, unitaria y estable que haga posible la labor coordinada de todas y cada una de las sociedades, que evite conflictos entre ellas y simplifique la función individual y colectiva.⁴

En ese sentido, toda vez que la cláusula arbitral consiste de alguna u otra manera en una obligación futura *de hacer*, es decir, de aceptar y someterse a determinada competencia arbitral, consideramos inviable, que por el solo hecho de ser una empresa subsidiaria (Pollux) controlada por la matriz (Castor), se transmita automáticamente la cláusula arbitral acordada por ésta. Ahora bien, ello no quiere decir que esa cláusula arbitral no pueda por ningún motivo ser extendida de la matriz a la subsidiaria, pero para ello consideramos necesario analizar si los siguientes principios se actualizan.

2. El Principio de Autonomía de la Voluntad y la Intención de las Partes.

La Convención de Viena recoge el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual en el artículo 6.⁵ Por virtud de este principio, las partes quedan obligadas por los términos que ellas hayan decidido, en el entendido que lo no expresamente pactado, será regulado de acuerdo con las obligaciones y principios contenidos en la propia Convención.

En las prácticas y contrataciones internacionales, atendiendo al principio de libertad contractual, son comunes los casos en los que dos compañías pactan una cláusula arbitral que regirá a lo largo de sus relaciones comerciales. Si desde el

⁴ BARRERA GRAFF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Ed. Porrúa, México, 1998. P 743.

⁵ Art. 6.- Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

inicio de las relaciones o bien, a lo largo de éstas, algún tercero (como lo es una empresa subsidiaria) se incorpora a las relaciones contractuales por ejemplo, mediante el cumplimiento de alguna de las obligaciones del contrato (tal y como ocurrió en el caso particular con la empresa Pollux), y manifiesta su aceptación a la cláusula arbitral inicial, indudablemente quedaría obligada por ésta. Sin embargo, en los casos en los que la segunda empresa no exprese su consentimiento respecto de los términos contractuales pactados por su matriz, o no solo no se pronuncie al respecto, sino que incluso manifieste una voluntad distinta al incorporar una cláusula arbitral diferente, entonces habría que atender a más circunstancias para determinar si dicha cláusula realmente forma parte del contrato principal.

En primer lugar, si la intención no es clara, el Tribunal Arbitral debe de analizar cuidadosamente las circunstancias en las que se incluyó la segunda cláusula arbitral, atendiendo a los principios de buena fe y lealtad negocial. Dichos principios, comentan Pilar Perales⁶ y Diego Galván⁷, deben ser no solamente principios de interpretación por parte del Tribunal Arbitral, sino que realmente constituyen deberes de conducta que las partes se comprometen a observar tanto en la fase pre-contractual como en el desarrollo del contrato y en la ejecución del mismo. La buena fe incluye deberes tales como el deber de preparar la negociación del contrato a celebrar, deber de información, deber de orientar el negocio a su realización, deber de confidencialidad, entre otros⁸.

En segundo lugar, y considerando que en este caso la segunda cláusula estándar fue incorporada como cláusula estándar de contratación, deberá analizarse si la parte que incorporó la segunda cláusula arbitral, cumplió con el *principio de incorporación objetiva de la cláusula estándar*⁹. Este principio consiste

⁶ PERALES VISCASILLAS, Ma. Del Pilar. “*La Batalla de los Formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: Una Comparación con la Sección 2-207 UCC y los Principios de Unidroit*”. Versión electrónica disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/laley.html>

⁷ Cfr. GALÁN BARRERA, Diego Ricardo. “*Los principios de Interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*” publicado en Seminarios 16. Estudios de Contratación Internacional. Régimen Uniforme e Internacional Privado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, 2004.

⁸ GALÁN BARRERA, Diego Ricardo. *Op Cit*.

⁹ Este principio es abordado por Alejandro Osuna en su ensayo “*La Batalla de los Formularios en el Campo de Batalla Electrónico*”, y aunque éste se explica en el ámbito de las negociaciones que se dan en la

en que la parte que pretenda modificar un contrato por medio de cláusulas estándar, deberá satisfacer requisitos objetivos de hacer del conocimiento a la otra parte su intención de incorporar tales cláusulas. Dicho principio se puede satisfacer mediante el aviso oportuno, claro e indubitable de dicha inclusión a la otra parte.

Finalmente, en atención a los artículos 8 y 9 de la Convención de Viena, consideramos que deben atenderse los usos, costumbres y prácticas observadas por las partes, para determinar si la incorporación se da dentro de un marco normal y razonable. Cuando las partes sean socios comerciales, o incluso si se realizan las primeras operaciones, consideramos que el Tribunal deberá atender todas las circunstancias en las que las negociaciones se desarrollaron, incluyendo por supuesto el lenguaje, las palabras y los términos empleados en las comunicaciones que llevaron a contratar.

Si en el caso que se esté analizando, el Tribunal no encuentra elementos suficientes a la luz de los anteriores principios, entonces consideramos que la inclusión de la cláusula arbitral debe ser ineficaz y mantenerse al margen de la relación contractual.

3. *El Principio de Unidad Económica dentro del Grupo de Compañías.*

Por último, consideramos necesario atender al Principio de Unidad Económica del Grupo de Compañías, mismo que en la final del Concurso fue argumentado y expuesto con mucha claridad por parte de nuestros colegas estudiantes del ITAM, y anteriormente en la semifinal por nuestros colegas de UNAM.

El anterior Principio encuentra su sustento y origen en el caso francés denominado *Dow Chemical France vs. Isover Saint Gobain (1982)*, mediante el cual el Tribunal Arbitral determinó que, independientemente de la personalidad jurídica de las empresas de un grupo, *“una cláusula arbitral expresamente*

contratación por medios electrónicos, consideramos que el principio debe ser observado por las partes aunque las negociaciones se den o no por medios electrónicos. Ver <http://cisg.tij.uia.mx/articulo01.pdf>

aceptada por ciertas compañías del grupo debe considerarse vinculante para 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".¹⁰

En otro caso francés denominado *Kis France v. Société Générale S.A. (1989)*, el Tribunal Arbitral determinó extender la cláusula compromisoria a una empresa del grupo de compañías, toda vez que la cláusula arbitral fue pactada en un contrato marco en el cual la matriz declaró que estaba actuando en nombre de las subsidiarias. El Tribunal Arbitral decidió que las obligaciones de las partes estaban invariablemente ligadas y además, las empresas subsidiarias actuaron siempre de manera paralela a la matriz, de ahí que estuvieran unidas jurídicamente.

Como podemos observar, en dicho país los Tribunales le han dado mayor importancia a la intención de las partes por encima del principio de la separabilidad jurídica en las compañías. Este criterio es sin duda innovador, aunque no por ello exento de críticas¹¹ y es un buen ejemplo de que el liberalismo francés no sólo se da en cuestiones políticas, sino también en las jurídicas.

En el derecho anglosajón se han hecho intentos en aplicar el criterio de la unidad económica en el grupo de compañías, tal como lo hizo Lord Denning al resolver el caso *DHN Food Distributors LTD v Tower Hamlets LBC*; sin embargo en dicho caso fue levantado el velo corporativo en beneficio del grupo, y posteriormente el criterio fue rechazado por la Cámara de los Lores en *Woolfson vs Strathclyde Regional Council (1976)*.¹² Por su parte, los precedentes americanos prevén solo casos muy excepcionales para levantar el velo corporativo entre compañías, entre ellos obtener una ganancia injusta, perpetrar

¹⁰ SUÁREZ ANZORENA, Ignacio "Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional", Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, No. 2. P. 62.

¹¹ Cfr. GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John. "Fouchard, Gaillard Goldman on International Arbitration". Ed. The Hague; Boston: Kluwer Law International. Estados Unidos, 1999. P. 287.

¹² HANNIGAN, Brenda. "Company Law". Ed. Lexis Law. Estados Unidos, 1995. Pp. 74-76.

un fraude, dejar de cumplir obligaciones contraídas frente al estado y por supuesto, principalmente.¹³

En materia de arbitraje, los laudos arbitrales internacionales tampoco han levantado el velo corporativo de las sociedades por el solo hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo corporativo, o tengan como accionistas a una sociedad matriz controladora, sino que excepcionalmente lo han hecho en casos en los que se provoca una confusión a los acreedores debido a la multiplicidad de sociedades que forman el grupo societario.¹⁴

En el caso mexicano, cabría destacar que la única manera en que se puede formar una cláusula arbitral, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley Modelo que se encuentra incorporado en el numeral 1423 del Código de Comercio es (i) mediante acuerdo expreso o (ii) mediante acuerdo expreso por referencia a un documento que la contenga, y siempre que conste por escrito. Habría que promover que las reformas de 2006 a la Ley Modelo se incorporaran a nuestra legislación comercial para permitir el consentimiento tácito de la cláusula arbitral, pero reconociendo en todo momento, el principio de la libertad para contratar.

CONCLUSIONES

Más allá de cualquier conclusión jurídica a la que pudiéramos arribar, que seguramente sería limitada, nos gustaría mencionar que el VII Concurso Interuniversitario de Arbitraje Comercial dejó grandes enseñanzas a todos los que participamos en él. La experiencia de conocer y poder debatir jurídicamente con extraordinarios abogados y colegas estudiantes que seguramente en unos años lo serán, fue enriquecedora, sobre todo por el hecho de aprender un poco acerca esa rama del Derecho que es una auténtica alternativa para lograr la eficiencia en la aplicación de justicia en México: el Arbitraje.

¹³ Ver *Anderson v. Kennebe River Pulp & Paper Co.*, 433 A.2d 752 (Me. 1981); *African Metals Corp. v. Bullowa*, 41 N.E. 2d 466 (N.Y. 1942); *Bucyrus-Erie Co. v. Gen. Prod. Corp.*, 643 F. 2d 413 (Ohio App. 1981); *Truckweld Equip.Co. v Olson*, 618 P. 2d 1017, 1021 (Wash. App. 1980).

¹⁴ Ver los laudos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional de París: *Award no. 5721 (1990)*, 4972 (1989), *X & Y v. Z & Mr. W*, 116 J.D.I. 1100 1103 (1989).

El Derecho como ciencia no es ajeno a los cambios modernos que ocurren como consecuencia de la globalización, y uno de los puntos en los que el Derecho y la globalización se reúnen, es precisamente en la materia de Arbitraje Internacional. Los Tribunales están saturados, la justicia es muchas veces lenta, y los jueces no pueden ser *todólogos*. En ese sentido, vemos que el Arbitraje se erige como una alternativa real y eficaz para la solución de conflictos, a la cual debemos voltear como estudiantes y abogados, procurando su desarrollo en nuestras ciudades y en nuestro país. El CAM y la Barra Mexicana de Abogados llevan 7 años haciéndolo. Esperamos sean muchos más.