

ANUARIO LATINOAMERICANO DE
ARBITRAJE



ANUARIO LATINOAMERICANO DE
ARBITRAJE

**APLICACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL
A PARTES NO SIGNATARIAS.
INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE**

CARLOS A. SOTO COAGUILA
Director

CONSEJO CONSULTIVO

José María Alonso	Andrés Mezgravis Hatgi
José I. Astigarraga	Alexis Mourre
George A. Bermann	Felipe Osterling Parodi
R. Doak Bishop	Rodrigo Oreamuno
César Coronel Jones	Francisco Orrego Vicuña
Bernardo M. Cremades	Jan Paulsson
Fernando de Trazegnies Granda	Fernando Pelaez-Pier
Yves Derains	Delia Revoredo Marsano de Mur
José Carlos Fernández Rozas	Jorge Sánchez Cordero Dávila
Antonio Hierro	Erik Schäfer
Martin Hunter	Eduardo Silva Romero
José-Miguel Júdece	Albert Jan van den Berg
Gabrielle Kaufmann-Kohler	Claus von Wobeser
Fernando Mantilla-Serrano	Arnoldo Wald
Pedro J. Martínez-Fraga	Eduardo Zuleta Jaramillo
Fabiola Medina	

ASISTENTES

Lizeth Coba Macedo
Orieliz Carla Espinoza Soto
Alexa Nailea Estacio Morales
Pablo Segundo Esteban Tello
Estefanía del Pilar Iglesias Bobadilla
Ronald Quispe Palomino

Nº 2

LOS MIEMBROS DEL CONSEJO CONSULTIVO Y LA DIRECCIÓN DEL ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE NO COMPARTEN NECESARIAMENTE LAS OPINIONES VERTIDAS POR LOS AUTORES EN EL PRESENTE NÚMERO.

ANUARIO LATINOAMERICANO DE **ARBITRAJE**

DERECHOS RESERVADOS DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

© 2012, Anuario Latinoamericano de Arbitraje
© 2012, Instituto Peruano de Arbitraje
© 2012, Carlos A. Soto Coaguila

Edición, Diseño y Diagramación:

Organización Peruana Empresarial y de
Negocios SAC - OPENSAC
Jr. Joaquín Bernal N° 215, Dpto. 1103
Lince - Lima - Perú
T- (51) 98750-3656
open.informes@gmail.com

Impresión y encuadernación:

Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos
T- (51) 5314658
grandez@grandezgraficos.com
www.grandezgraficos.com

Año 2, N° 2 - Setiembre 2012
Tiraje: 1,000 ejemplares

**Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2011-12146**

ISSN 2225-0107

Impreso en Perú

Distribución y contacto:

Instituto Peruano de Arbitraje - IPA
Calle Sevilla N° 156, Dpto. 201
Miraflores - Lima - Perú
T- (51 1) 221-7841 / 222-3397
informes@peruarbitraje.org
peruarbitraje@gmail.com
www.peruarbitraje.org

PRESENTACIÓN

Luego de la publicación del primer número del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE, dedicado al “*Sistema de Anulación de Laudos CIADP*”, presentamos a la comunidad arbitral el segundo número titulado: “*Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje*”.

La obra tiene como tema central un tópico que ha generado numerosos seminarios y congresos, y muchas complejidades en su aplicación en la práctica arbitral.

En primer lugar, debemos precisar que el convenio arbitral se aplica a las partes del contrato, nunca a terceros. Entendemos por partes del contrato, no solo a las que lo suscribieron o firmaron (partes signatarias), sino también a todas aquellas que hayan declarado su consentimiento de contratar pero que no suscribieron o firmaron el convenio arbitral (partes no signatarias).

Si bien un importante sector de la comunidad arbitral se refiere a este caso como “extensión del convenio arbitral”; en nuestra opinión, el término “extensión” resulta impropio, ya que no se extiende el convenio, lo que ocurre es que se “aplica o no se aplica”. Del mismo modo, precisamos que el convenio no se aplica a terceros, sino únicamente a partes signatarias y no signatarias. La jurisprudencia de los tribunales comerciales del Perú lo señala en el siguiente sentido:

“Conviene precisar que **no se trata de terceros sino de partes que no han firmado el convenio pero que son incorporados por su participación mediante actos distintos que configuran un consentimiento tácito al mismo**, por lo que el intérprete debe evaluar la existencia de tal consentimiento”¹. (El énfasis es nuestro).

Citando los “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”, la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial ha señalado lo siguiente:

“Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual y escapa

¹ Resolución Siete de fecha 17 de julio de 2012, Expediente N° 00014-2010, Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial. Lima, Perú

al contenido del artículo. El artículo 14 permite la incorporación de *partes no signatarias*, es decir de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo el ámbito del principio de buena fe.

Entonces no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación del convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito formal de validez), sino por hechos diferentes, que deben ser interpretados como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a los que se derivan de la regulación contractual ordinaria²².

Recordemos que el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos, al cual las partes se someten de manera voluntaria, comprometiéndose al cumplimiento de la decisión final que los árbitros adopten en su laudo. De este modo, el arbitraje es obligatorio y vincula a aquellos que celebraron el convenio arbitral. Ahora, siendo el convenio arbitral un contrato, le resultan aplicables los principios esenciales de la contratación: el (i) *pacta sunt servanda* (obligatoriedad de los contratos) y el (ii) *res inter alios acta* (efecto relativo de los contratos).

Según el *pacta sunt servanda*, los contratos son obligatorios entre las partes, por lo cual se dice que el contrato es ley para las partes (*lex inter partes*). Y en virtud del *res inter alios acta*, el contrato solamente resulta obligatorio y produce efectos jurídicos entre las partes que lo celebraron, con lo cual el vínculo obligacional no puede afectar a terceros que de ninguna manera han expresado su consentimiento en el contrato.

La aplicación de un convenio arbitral a no signatarios no implica una vulneración al principio del efecto relativo de los contratos; por el contrario, es precisamente el denominado efecto relativo del contrato el que brinda respaldo a la decisión de aplicar un convenio arbitral a no signatarios. Pues *el convenio no se aplica a terceros ajenos al contrato*, sino a aquellos que sin aparecer como signatarios, se encuentran vinculados de manera determinante porque han declarado su consentimiento de contratar en alguna de las etapas del *iter contractual*, esto es, en la negociación, celebración, ejecución o terminación. Por lo tanto, se estaría aplicando el convenio arbitral a aquellos que realmente son partes del contrato. No olvidemos que partes de un contrato son las que han expresado su consentimiento de contratar, hayan suscrito o no el referido contrato. Lo determinante es el consentimiento.

El antecedente más remoto de la aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias se encuentra en el caso *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain, Caso Arbitral*

²² Cita al pie de página N° 9 de la Resolución Siete de fecha 17 de julio de 2012, *Op. cit.* BULLARD GONZALES, Alfredo. "Extensión al Convenio Arbitral", en: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Coordinadores: SOTO COAGUILA, Carlos y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 202 y 203.

CCI N° 4131, laudo interino de fecha 23 de setiembre de 1982. En este caso, los árbitros hallaron que en el marco de sociedades que pertenecían a un mismo grupo económico, sólo algunas habían aceptado expresamente el convenio arbitral; sin embargo, identificaron a otras que pese a no ser signatarias, se habían comportado como auténticas partes en los contratos.

El punto de partida de este *leading case* fue la existencia de un contrato que vinculaba a Dow Chemical AG (Suiza) con Isover Saint Gobain y otro contrato idéntico al anterior que vinculaba a Dow Chemical Europe con Isover Saint Gobain. Cada contrato establecía que las controversias que surgieran se someterían a las reglas de arbitraje de la CCI.

Como resultado de las diferencias surgidas entre las partes, Dow Chemical Suiza y Europe, así como la subsidiaria Dow Chemical Francia e inclusive la misma matriz Dow Chemical Estados Unidos, demandaron por la vía arbitral a Isover Saint Gobain ante la CCI. Ante ello, Isover Saint Gobain solicitó la exclusión de la subsidiaria de Francia y la matriz de Estados Unidos, alegando que no existía una cláusula arbitral que la vinculase con la sociedad matriz americana ni con la subsidiaria francesa.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral conformado por los señores árbitros Berthold Goldman, Michel Vasseur y Pieter Sanders, se declaró competente con respecto a la subsidiaria de Francia y la matriz de Estados Unidos, pues al analizar las circunstancias en las que se habían celebrado los contratos y el desarrollo de la relación contractual, se demostró la participación tanto de la subsidiaria de Francia, como de la matriz de Estados Unidos. Asimismo, quedó también demostrado que Dow Chemical Estados Unidos era el eje central de la relación contractual finalmente establecida entre ciertas entidades del grupo y los distribuidores.

Teniendo en cuenta los principios de unidad y realidad económica, el Tribunal Arbitral entendió que el grupo de empresas constituía una única realidad económica. Al respecto, el Tribunal Arbitral manifestó:

“(…) la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debería obligar a las otras sociedades que, por su rol en la celebración, el cumplimiento o la extinción de los contratos en los que se insertan dichas cláusulas, y de conformidad con la voluntad común de todas las partes involucradas en el proceso, parecen haber sido auténticas partes de dichos contratos o haber sido principalmente afectadas por ellos y por las controversias a las que pueden dar origen”³. (El énfasis es nuestro).

Este controvertido caso llegó a la Corte de Apelación de París que se negó a anular la decisión del Tribunal Arbitral, sosteniendo lo siguiente:

“(…) siguiendo una interpretación autónoma de los acuerdos y documentos intercambiados al momento de su negociación y celebración, los árbitros

³ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. 4ta. Edición. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2007, p. 240.

decidieron, por motivos pertinentes y coherentes y en función de la voluntad común de todas las empresas involucradas, que Dow Chemical France y The Dow Chemical Company (USA) revestían el carácter de partes de dichos acuerdos aunque de hecho no los hubieran suscrito, y que por ende la cláusula compromisoria también a ellas les resultaba aplicable”⁴. (El énfasis es nuestro).

Como se puede apreciar, los árbitros laudaron aplicando el principio de primacía de la realidad para aplicar el convenio arbitral a aquellos que por su comportamiento demostraron ser verdaderas partes y, por lo tanto, otorgaron su consentimiento a arbitrar.

A partir de este caso, los tribunales arbitrales han seguido desarrollando este razonamiento a través de diferentes decisiones que se enfocaron en la aplicación del convenio arbitral a no signatarios.

En el Perú, con la firme decisión de impulsar aún más el arbitraje, la novísima Ley Peruana de Arbitraje de 2008 se puso a la vanguardia y reguló el supuesto de aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias en el artículo 14 con el siguiente tenor:

“Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”

Según lo establecido en la ley peruana, es posible aplicar (la ley peruana dice extender) el convenio arbitral a partes no signatarias en dos supuestos:

1. A los sujetos que hayan participado de modo activo y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado; y,
2. A los sujetos que pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, tal sería el caso por ejemplo del beneficiario de un contrato de seguro.

Los tribunales judiciales peruanos competentes tampoco son ajenos a este fenómeno y la reciente jurisprudencia de las Salas Comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima ha sido consistente en reconocer la aplicación del convenio arbitral a las partes signatarias y a las no signatarias.

Consideramos que los casos relativos a la aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias deben ser analizados uno a uno para determinar si la aplicación de esta figura es o no adecuada, por lo que será tarea de los tribunales arbitrales y de los jueces, cuando

⁴ Op. cit.

corresponda, a quienes se debe aplicar el convenio arbitral.

El segundo tema de esta edición del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE es la intervención de los terceros en el arbitraje.

El caso de los terceros es totalmente distinto al de la aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias, pues aquí estamos ante la intervención de sujetos que no han prestado su consentimiento en el contrato, es decir, no son parte del mismo. Sin embargo, por acuerdo de las partes y de ellos son incorporados al procedimiento arbitral por diversas razones. Tal es el caso de los *amicus curiae*, quienes pese a no ser parte en el proceso arbitral están interesados en el mismo y suministran información a los árbitros para ayudarles a tomar una decisión adecuada. Así, en el caso *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*⁵, se empezó a analizar la intervención de un *amicus curiae* dentro de un arbitraje CIADI. En esta controversia cinco organizaciones no gubernamentales solicitaron se autorizara su participación alegando que en el arbitraje se encontraban en juego cuestiones de interés público y que la decisión podía afectar los derechos fundamentales de las personas residentes en la zona donde tendría efectos el laudo.

Con la entrada en vigencia de las nuevas reglas del arbitraje CIADI (el 10 de abril de 2006), se reguló la intervención de partes no contendientes en el artículo 37.2 de la siguiente forma:

“Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:

(a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia;

(b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;

(c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento. El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente”⁶.

⁵ Caso CIADI No. ARB/03/19 - *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A c. la República Argentina*.

⁶ Artículo 37.2 de las Reglas de Arbitraje CIADI - Presentaciones de partes no contendientes. Para mayor información ver: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caselId=C18

Estas reglas introdujeron cambios que facilitan la labor de los árbitros en la aceptación de escritos *amicus curiae*. Como se puede apreciar, la participación está supeditada a la decisión autónoma de cada Tribunal Arbitral; las partes contendientes no pueden oponerse a la decisión del tribunal que acepta la participación del *amicus curiae*; acerca de la solicitud de intervención, el derecho de las partes se limita a ser oídos y consultados por los árbitros; es deber de los árbitros analizar si la intervención solicitada es benéfica para el proceso y si el *amicus curiae* tiene un interés legítimo que justifique su participación.

Sin lugar a dudas, la presente obra será una herramienta de consulta obligatoria para todos los operadores del arbitraje que se encuentren ante un caso de aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias o de intervención de terceros. Consideramos que esta obra era necesaria y que llena un vacío en la doctrina arbitral peruana e internacional, por ello estamos muy agradecidos con cada uno de los autores que han participado, así como a mi querido amigo José María Alonso, que nos honra con un preciso prólogo.

Del mismo modo, nuestra gratitud a todos los miembros del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE - IPA, que han hecho realidad esta nueva obra del IPA.

Lima, agosto de 2012.

DR. CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje.
Director del Anuario Latinoamericano de Arbitraje.
Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

PRÓLOGO

El tema al que está dedicado este segundo número del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE, la aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje, es un tema que presenta un gran interés práctico para la comunidad arbitral.

Siempre se ha dicho, por el carácter voluntario del arbitraje y, más en general, sobre la base del principio de relatividad de los contratos, que el convenio arbitral sólo vincula a aquellos que lo suscriben. Si A y B acuerdan resolver determinadas disputas en un arbitraje, cualquiera de ellas puede iniciar el procedimiento arbitral y reclamar a la otra que se avenga a participar en él. Y si A o B optan por no participar en el arbitraje, ello no es óbice para que el árbitro pueda decidir sobre sus derechos y obligaciones, del mismo modo que podrá hacerlo en relación con los derechos y obligaciones de la otra parte que suscribió el convenio arbitral. Estas son, en principio, las reglas del juego, aplicables con independencia de que el convenio arbitral haya sido suscrito por dos o más partes. Unas reglas del juego, cabe añadir, cuya certidumbre para los practicantes y usuarios finales del arbitraje se ha visto además tradicionalmente reforzada por el requisito, presente en la inmensa mayoría de sistemas jurídicos, de que el convenio arbitral debe constar por escrito.

Desde hace algunas décadas, sin embargo, el principio de que el convenio arbitral sólo vincula a aquellos que lo suscriben viene siendo cuestionado, no con carácter general, pero sí al menos en algunos supuestos. Especialmente en el ámbito del arbitraje internacional, ha ido ganando terreno la idea de que en determinadas circunstancias, que bien cabe calificar de excepcionales, una parte no signataria puede reclamar su participación en el arbitraje e incluso verse forzosamente vinculada por el convenio arbitral. La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias ha sido justificada con base en muy diversas teorías, desde la célebre –y quizá ya hoy en declive, o al menos en profunda revisión de su significado por los abusos de que ha sido objeto– doctrina del grupo de sociedades, pasando por otras, hasta las teorías del alter ego y el levantamiento del velo societario. Por otro lado, también ha ganado terreno, particularmente en el arbitraje de inversión, la idea de que en algunas ocasiones cabe admitir la intervención en el procedimiento arbitral de *amicus curiae*, terceros que no son estrictamente partes en el arbitraje.

La aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje plantean bastantes preguntas, crecientemente acuciantes por el hecho de que cada vez más instituciones arbitrales, incluyendo las más conocidas, incorporan en sus reglamentos disposiciones que permiten traer al arbitraje a personas no signatarias del convenio arbitral sin precisar cuáles son las condiciones que deben cumplirse para que eso ocurra -sin precisar, como dirían en ambientes anglosajones, cuál es el *test* que debe determinar la extensión del convenio arbitral al tercero-. Surge irremediamente la primera de las preguntas, la más importante, que es el por qué. ¿Cuál es la razón para admitir que alguien que no suscribió el convenio arbitral pueda o deba intervenir como parte en el arbitraje? ¿Se trata simplemente de una visión más flexible del consentimiento al convenio arbitral, en el sentido de que dicho consentimiento no ha de ser necesariamente por escrito, como permite por ejemplo la legislación aplicable al arbitraje internacional en Francia? ¿O la razón va más allá, en el sentido de que es posible extender el convenio arbitral a partes no signatarias incluso aunque no exista un consentimiento de éstas, siquiera tácito, al convenio arbitral? Y si estuviésemos en este segundo escenario, ¿cuáles serían las razones que permitirían excepcionalmente extender el convenio arbitral a partes no signatarias que nunca prestaron su consentimiento al arbitraje? ¿Razones de eficiencia procesal, como por ejemplo un interés en evitar el riesgo de decisiones contradictorias? ¿Razones de buena fe, como las que por ejemplo subyacen al remedio de extender la responsabilidad contractual por medio del levantamiento del velo societario? ¿Razones de otra índole? Y respecto a los denominados *amicus curiae*, ¿qué razones o intereses pueden justificar su intervención en el procedimiento arbitral pese a que alguna de las partes del arbitraje se oponga a la misma?

A estas preguntas y a otras relacionadas se enfrenta el nutrido elenco de autores que han contribuido a este número del ANUARIO. Sus aportaciones, desde muy diversos países de América y Europa, han de servir de inestimable ayuda para seguir avanzando en el perfeccionamiento del arbitraje como un sistema de resolución de disputas en el que confíen sus usuarios finales, a los que todos los que formamos parte de la comunidad arbitral, como abogados, como instituciones arbitrales o como árbitros, en última instancia nos debemos.

Last but not least, desde estas líneas debo reconocer la impecable labor que está realizando el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE (IPA) en la difusión y promoción del arbitraje en América Latina. Todos los practicantes del arbitraje que hemos visitado el Perú, podemos dar fe del encomiable trabajo que realiza el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE en la organización, entre otros, del anual Congreso Latinoamericano de Arbitraje que se ha convertido en una tradición en América Latina, así como la publicación de obras especializadas, como la Colección de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, obra conformada por dos volúmenes: “El Arbitraje en el Perú y el Mundo” y, “Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras”; el “Tratado de Derecho Arbitral”, cuyos dos primeros volúmenes han sido dedicados al Convenio Arbitral; el “Anuario Latinoamericano de Arbitraje” que tenemos el honor de prologar; y no olvidemos su obra magna, los “Comentarios a la Ley Peruana de

Arbitraje” obra que contiene un análisis detallado de los artículos de la Ley Peruana de Arbitraje de 2008”. Nuestro reconocimiento al INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE y, de manera particular, a su presidente mi buen amigo Carlos A. Soto por el esfuerzo que vienen realizando para consolidar el arbitraje en Latinoamérica.

Madrid, agosto de 2012.

DR. JOSÉ MARÍA ALONSO
Socio y Director del Departamento de Litigación y
Arbitraje de Baker & McKenzie Madrid SLP.
Presidente de Honor del Club Español del Arbitraje.

DISCURSO DE PRESENTACIÓN DEL PRIMER NÚMERO DEL ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE

Señor director del Anuario Latinoamericano de Arbitraje.
Señor presidente y demás miembros del Instituto Peruano de Arbitraje.

Distinguida concurrencia:

No cabe duda que el arbitraje es uno de los mecanismos más importante de composición y prevención de conflictos de nuestro tiempo. Ciertamente no el único, pero sí el que ha respondido como mayor dinamismo y flexibilidad a las necesidades de una sociedad cada vez más interrelacionada, tecnificada, diversificada y compleja. Una sociedad que requiere de mecanismos rápidos, eficaces y eficientes para resolver conflictos, en procura de alcanzar justicia. Bien puede decirse que el grado de desarrollo de un pueblo es directamente proporcional al nivel alcanzado en sus mecanismos de prevención y solución de conflictos. La razón es sencilla: así como la posibilidad del conflicto es inmanente a toda forma de convivencia social, buenos mecanismos para resolverlo son esenciales para afianzar la paz social, en justicia. En el caso de los conflictos económicos o patrimoniales, el arbitraje se presenta como uno de los mecanismos *más expeditivos y adecuados para* resolverlos. La historia contemporánea nos da varias muestras de ello.

Vivimos, además, en un mundo globalizado: todos los días se realizan transacciones entre operadores económicos de diferentes nacionalidades y sistemas jurídicos; las operaciones comerciales, cada vez más complejas, trascienden las fronteras nacionales de lo político y lo jurídico; los Estados, en su afán de atraer inversiones, renuncian a sus fueros internos, frente a la posibilidad de conflictos con inversionistas extranjeros; éstos, con la finalidad de tener un mayor control sobre sus reclamaciones, deciden no acudir a la protección de sus respectivos Estados y demandan directamente al destinatario o receptor de sus inversiones. En ese marco, el arbitraje internacional se presenta como la figura más idónea para solventar éstas y otras cuestiones.

Entre los diferentes tipos de arbitraje internacional se encuentra el llamado “arbitraje de inversiones”. Este se inicia entre un Estado y los nacionales de otro Estado –sean personas naturales o jurídicas– para resolver sus controversias a propósito de las inversiones que estos últimos realizan. Entre los dispositivos internacionales que acogen esta figura se

encuentra el Convenio de Washington de 1965, que crea el Centro de Arbitraje del Banco Mundial, denominado “Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”, o CIADI por sus siglas en castellano. Hasta el momento 146 Estados han ratificado este Convenio (incluyendo casi la totalidad de países latinoamericanos) y numerosos tratados bilaterales o multilaterales se remiten a él para regular este tipo de arbitraje.

El arbitraje del CIADI es el más efectivo. A diferencia de otras convenciones internacionales sobre la materia –como la Convención de Nueva York–, en el Convenio del CIADI los Estados renuncian a cualquier control judicial del laudo que se emite en este Centro. No existe causal alguna que pueda alegarse para denegar su reconocimiento y ejecución. La parte interesada puede solicitar la ejecución forzosa del laudo *en cualquiera de los Estados* que han ratificado el Convenio, *tal como si fuere una sentencia definitiva emitida por sus órganos jurisdiccionales internos*.

A semejanza de la Ley de Arbitraje peruana, el Convenio del CIADI no contempla la figura de la apelación, es decir, el laudo no puede ser apelado. Sólo contempla el recurso de anulación para revisar la validez del laudo, pero únicamente por alguna de las cinco causales taxativamente previstas en su artículo 52: 1) que el tribunal arbitral se hubiere constituido incorrectamente, 2) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades, 3) que hubiere habido corrupción de algún miembro del tribunal, 4) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, o 5) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde. El recurso de anulación es resuelto por una Comisión *ad hoc*, especialmente constituida para tal efecto e integrada por tres personas seleccionadas de la lista de árbitros del Centro (lista que es elaborada a propuesta de los Estados miembros del CIADI). *Esta Comisión tiene prohibido revisar el fondo mismo de la controversia sometida a arbitraje*. Si declara fundado el recurso, *sólo tiene competencia para declarar la nulidad, parcial o total, del laudo, por alguna de las causales antes referidas*. Si el laudo es anulado, cualquiera de las partes puede solicitar que la diferencia sea sometida a la decisión de un nuevo Tribunal Arbitral, que deberá constituirse y proceder de nuevo al estudio y decisión del caso.

Muchos han discutido sobre este recurso, con diversos argumentos y puntos de vista. Hay detractores y defensores. Sin ánimo de zanjar esta disputa, lo cierto es que el recurso de anulación previsto en el CIADI responde a las exigencias mínimas que deben garantizarse para que el arbitraje sea conforme a un debido proceso. No estoy diciendo con esto que todos los elementos de un debido proceso resultan aplicables a anulación de un arbitraje, pero sí aquellos que son *esenciales* para garantizar un tribunal arbitral competente, independiente e imparcial, para que las partes sean tratadas con igualdad y tengan oportunidad real de ejercer su defensa, y para que los árbitros no incurran en arbitrariedad al momento de emitir su laudo o en el desarrollo de sus actuaciones. Son estas garantías las que se encuentran protegidas en las causales que justifican el recurso de anulación en el CIADI.

Hay quienes consideran que el “debido proceso” no resulta de aplicación en un arbitraje, o que la autonomía de voluntad de las partes “**puede prescindir de él**”, pero en verdad, el Derecho Comparado y el Derecho Internacional van en otra dirección. La proscripción de la arbitrariedad, los límites al poder y el respeto por la dignidad humana, son

principios que la sustentan. Hoy en día se insiste –una y otra vez– que el debido proceso es un derecho fundamental, aplicable a cualquier mecanismo de composición o prevención de conflictos, basado en la decisión de un tercero. No importa si las partes son Estados o si son personas naturales o jurídicas. Tampoco si dicho mecanismo es nacional o internacional, público o privado. Los tratados sobre derechos humanos no son los únicos que conceden al debido proceso ese carácter; también lo hacen las constituciones y una vasta jurisprudencia nacional e internacional. Lo hacen de manera reiterada y constante. Incluso no faltan quienes lo califican como una norma de *ius cogens*, defendiendo con ello que *no puede ser soslayado por la voluntad del Estado ni por los particulares*.

En definitiva, el recurso de anulación previsto para el CIADI presenta varias ventajas. En primer lugar, permite contar con un mecanismo idóneo para garantizar que el arbitraje esté libre de defectos *graves* que puedan afectar su validez. De esta manera se fortalece la seguridad jurídica de las partes y la confianza de la comunidad internacional en el sistema. En segundo lugar, al prohibirse la revisión del fondo mismo de la controversia, el control de validez se efectúa *sin invadir las competencias del tribunal arbitral que laudó*. Así, las facultades e importancia del tribunal arbitral quedan intactas. Por último –pero sin que acaben allí sus beneficios–, al limitarse las causales a las cinco (5) taxativamente previstas en el Convenio, se consagra el carácter excepcional y residual del recurso, consiguiéndose así que las partes no abusen de él alegando circunstancias que van más allá de una revisión de validez.

Sin embargo, las desventajas también deben ser anotadas. Se ha dicho, entre otras, que contemplar un recurso de anulación es una amenaza latente para la efectividad del arbitraje, pues la interposición del recurso puede dar lugar a la suspensión provisional de la ejecución del laudo; también, que muchas Comisiones *ad hoc* han interpretado extensivamente las causales de anulación, entrando a examinar cuestiones que son más propias de un recurso de apelación; incluso que al no existir una Comisión permanente, sino tantas Comisiones *ad hoc* como recursos de anulación se interponen, las decisiones arbitrales sobre estas causales son variopintas y algunas veces contradictorias. Bien vistas las cosas, estas desventajas son “*patologías*” de la operatividad práctica, que pueden ser resueltas, mejorando la regulación del recurso, sin necesitar suprimirlo. Las exigencias del debido proceso antes señaladas, así lo exigen.

Estas y otras cuestiones del recurso de anulación en el CIADI son examinadas con profundidad y brillantez en el primer volumen del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE. El INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE presenta a la comunidad académica, nacional e internacional, esta importante obra como una más de sus felices iniciativas.

El título de este primer volumen sintetiza su contenido: el SISTEMA DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS CIADI.

Son 18 ensayos que se encuentran reunidos en este volumen. Han sido elaborados por autores de Estados Unidos, Francia, España, Panamá, Portugal, Suiza, Venezuela, Argentina, México, Brasil y Perú. Todos integrantes de importantes despachos jurídicos y universidades de gran prestigio, reconocidos en la comunidad arbitral.

De ellos, quisiera mencionar el ensayo de YVES DERAIS (Francia), que aborda críticamente la “*tentación pedagógica*” de algunas Comisiones *ad hoc* del CIADI –cuando resuelven los recursos de anulación–, advirtiendo de los peligros que pueden convertirlos en instancias de “apelación”, Derains recomienda que se circunscriban a revisar la *validez* de los arbitrajes. Y es que una Comisión de anulación puede anular un laudo, total o parcialmente, pero no está habilitada para sustituir el *razonamiento* del Tribunal Arbitral que lo emitió, *aún cuando considere que se equivocó*. Los Comités *Ad hoc*, no anulan el laudo, conscientes que están prohibidos de sustituir el razonamiento arbitral, pero frecuentemente sí indican y -extensamente- a los árbitros, cómo debieron razonar y cómo debieron fallar, pues les resulta “insoportable” abstenerse de opinar. Algunas de estas Comisiones, hasta, parecen olvidar la limitación: consideran dentro de sus facultades expresar y, a veces imponer, sus propias concepciones sobre los temas de fondo, vulnerando así el espíritu del Convenio y poniendo en riesgo la coherencia del sistema.

También despierta singular interés el trabajo de ÍÑIGO RODRÍGUEZ-SASTRE y ELENA SEVILA (España), sobre los puntos débiles del vigente sistema de anulación de laudos del CIADI y nos proponen la reforma del órgano decisor de la anulación, así como de los requisitos de suspensión de la ejecución del laudo. Consideran que, a efectos de dotar de mayor coherencia a este sistema, sería muy conveniente el establecimiento de un órgano permanente que conociera de los recursos de anulación de los laudos emitidos en el seno del CIADI. Por otro lado, no les parece acertado instaurar un recurso de *apelación* contra el laudo, en virtud del cual pudiera revisarse el fondo del asunto, pues ello perjudicaría los objetivos básicos de todo arbitraje y el sentido mismo del Convenio CIADI. En cuanto a la ejecución del laudo que ha sido impugnado a través de un recurso de anulación presentan propuestas para modificar el Convenio y así permitir su ejecución provisional, acordando solamente la suspensión de dicha ejecución en caso de que el ejecutado lo solicitara y prestara garantía suficiente para responder por lo ordenado en el laudo, así como por los daños que pudieran causarse por su tardía ejecución.

Y ahora pasaré a contarles que ya está listo el **segundo número del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE**. En éste podremos notar el énfasis en *la aplicación del Convenio Arbitral a partes no signatarias y a la intervención de terceros en el arbitraje*.

Alguno de los artículos presentan títulos sugestivos. Por ejemplo el de Alfredo Bullard González (Perú) “*¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14° de la Ley de Arbitraje Peruana*”, el de Francisco González de Cossío (México) “*El que toma el botín, toma la carga: la solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros*”; el de Francisco Orrego Vicuña (Chile) “*La extensión de la cláusula de arbitraje a terceros: realidades económicas y ficciones jurídicas*”; y varios otros más sobre el tema.

Y como el arbitraje lleva implícita la noción de justicia, debo también “hacer justicia” en esta presentación del Anuario, refiriéndome por un momento al hombre detrás de los 18 artículos, detrás de esta publicación y de la que se viene: Carlos Soto Coaguila.

Carlos es el *Sumun* de la organización, del orden, de la responsabilidad y de la ejecución de cuanto proyecto se propone. Además de su intensísima especialización en el Arbitraje de Inversión, aquí y en el extranjero, no entiendo cómo un ser humano puede darse tiempo para –haciéndolo todo bien– seguir simultáneamente cursos de Especialidad, trabajar en un Estudio de Abogados, ejercer el Arbitraje en más de cuatro (4) Centros de Arbitraje aquí y en España, asesorar a las Comisiones de Reforma del Código Civil, enseñar en varias Universidades, ser profesor visitante en Universidades extranjeras y publicar, sin descanso, Tratados, Comentarios, Estudios, Revistas, Libros Homenajes y Libros especializados en diversos temas de Derecho Privado... Todo lo ejecuta a tiempo, y bien. Además, con mucha modestia y bajo perfil...

Te agradecemos, Carlos, por este excelente servicio a la Comunidad Jurídica, y te felicitamos de corazón.

Y a todos ustedes,

Muchas gracias.

DELLA REVOREDO MARSANO DE MUR
Miembro de la lista de Árbitros del CIADI
Ex-Magistrada del Tribunal Constitucional
Presidenta del Consejo Consultivo del Instituto Peruano de Arbitraje

Doctrina

Doctrina



LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS: LÍMITES Y POSIBILIDADES EN CHILE

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL (*)

SUMARIO: *1. Explicación general. 2. El control del ámbito subjetivo del acuerdo de arbitraje. 2.1. El efecto relativo del convenio en el arbitraje interno. 2.2. La instalación del arbitraje como medio de control. 3. La extensión del convenio en el arbitraje comercial internacional. 4. Algunas instituciones que justifican la extensión del convenio a terceros. 4.1. El levantamiento del velo de las personas jurídicas. 4.2. El concepto de “grupos sociales”. 4.3. La doctrina del acto propio. 4.4. Representación, agencia oficiosa y estipulación a favor de otro.*



1. EXPLICACIÓN GENERAL

La extensión del acuerdo arbitral a partes que inicialmente no lo han suscrito es una materia compleja de abordar, por la diversidad de elementos fácticos y jurídicos que se deben considerar.

Desde el punto de vista teórico, los que aceptan esta posibilidad la justifican invocando diversas doctrinas como las de la representación o de la agencia; la teoría del mandato aparente o de la autoridad ostensible; la estipulación a favor de otros; la aplicación de la doctrina de los actos pro-

prios. Cuando se trata de arbitrajes que tienen como partes a sociedades, junto a las categorías anteriores, entran al análisis instituciones como el “grupo de sociedades”, el “levantamiento del velo societario”, las vinculaciones operativas e intereses económicos en el conflicto, entre otros tópicos¹.

En Chile, la posibilidad de extender el convenio arbitral a partes que no lo han suscrito debe ser examinada bajo el prisma del dualismo arbitral existente. Tal como se tratará de demostrar, la respuesta no es la misma, por una serie de razones que pasamos a explicar.

(*) Profesor de Derecho Procesal en la Universidad de los Andes.

¹ Sobre el tema, ORREGO VICUÑA, Francisco, “La extensión de la cláusula de arbitraje a terceros”, pp. 363-383; ARIAS LOZANO, David, BEDOYA, Fernando, “El acuerdo arbitral en arbitrajes multiparte” pp. 609-612; CORDÓN MORENO, Faustino, “Algunas cuestiones sobre la eficacia del convenio arbitral”, pp. 645-658; DE NADAL, Elisabeth, SÁNCHEZ, Víctor Manuel, “La extensión a terceros no firmantes de los efectos del convenio arbitral. La aproximación en España”, pp. 689-704, todos publicados en *Tratado de Derecho Arbitral*, (VV.AA), Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, Director: Carlos SOTO COAGUILA, T, I, 2011. En la doctrina chilena, un desarrollo de diversas hipótesis en, VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Arbitraje en Chile*, Santiago: LegalPublishing, 2009, pp. 384-411.

2. EL CONTROL DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

2.1. El efecto relativo del convenio en el arbitraje interno

En arbitraje interno o doméstico es un principio general que el convenio arbitral produzca sus efectos entre las partes, y no se extienda a los terceros no signatarios. Esta solución se explica como una proyección a la convención de arbitraje del principio del efecto relativo del contrato que informa el derecho chileno².

Excepcionalmente, se puede hacer efectivo a un tercero los efectos de un convenio de arbitraje en los casos de transferencia o transmisión de derechos que comprendan a la cláusula arbitral. Estas hipótesis se dan normalmente en la sucesión procesal o cambio de partes, en la subrogación de derechos, en las transmisiones hereditarias, entre otras situaciones.

En la jurisprudencia arbitral publicada no se han dado casos donde se haya aplicado a un sujeto no signatario los efectos de una cláusula arbitral, justificada en razones teóricas antes indicadas.

Por el contrario, son abundantes las decisiones donde acudiendo a la falta de competencia se resuelve de un modo negativo la ampliación subjetiva de la cláusula arbitral. A modo ilustrativo, refleja este criterio la sentencia del árbitro don Miguel OTERO LATHROP, de 7 de marzo de 2005, cuando declara que “(...) no habiéndose acreditado los hechos en que funda la de-

manda, ni demandado a la contraparte en dichos contratos y careciendo el árbitro de competencia para pronunciarse sobre materias que afectan a una sociedad que no ha sido demandada y que no es parte del Juicio Arbitral, procede rechazar la demanda subsidiaria”³.

Tampoco en el ámbito judicial se ha modificado la doctrina clásica, tal como consta, entre otras, en la sentencia de 14 de octubre de 2009. En este caso se anuló una decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que había condenado a dos empresas al pago de una indemnización laboral. Según el fallo, “la decisión del pleito en los términos descritos, importó (...) extender los efectos de la controversia a terceros que, como tales, son ajenos a la misma, a su objeto y causa de pedir, por cuanto la existencia entre ellas de una unidad jurídica, como fue aseverado por los sentenciadores, en ningún caso permite soslayar la transgresión de los límites de la litis y, por ende, de la competencia de los mismos a su respecto, en tanto dicho presupuesto no fue invocado por el trabajador en su libelo. Indiscutible resulta, a partir de lo señalado, que si bien la primera sociedad citada reconoce ser la sucesora de la demandada, carece de vinculación contractual con el actor y que la segunda no fue emplazada en el presente juicio”⁴.

2.2. La instalación del arbitraje como medio de control

A falta de norma que determine qué constituye el inicio del proceso arbitral interno, en la práctica chilena se proponen varios hitos. Para algunos, sería la aceptación y juramento del árbitro⁵; para otros, la dic-

² Sobre el tema, LÓPEZ SANTA María, Jorge, *Los contratos. Parte General*, Santiago: Abeledo Perrot, 5ª ed, a. F. Eloorriaga, 2010, pp. 285-308.

³ Rol CAM ROL: 480.

⁴ Rol: 5367-09, MJ 21604.

⁵ En este sentido, C. de Ap. de Santiago, 28 de enero de 2005, GJ N° 295, p. 162.

tación de la primera resolución teniendo por constituido el tribunal; minoritariamente, algunos sostienen que el arbitraje comenzaría con el primer comparendo de estilo o de fijación de las reglas de procedimiento.

De un modo negativo, en la jurisprudencia se ha declarado que la celebración del compromiso no es constitutivo del juicio arbitral⁶.

Ahora, cualquiera que sea la forma como se entiende iniciado el arbitraje, en el ámbito interno es insoslayable que todo compromisario acepte el cargo y preste el juramento de rigor, conforme a la fórmula del artículo 236 del COT o del reglamento de arbitraje institucional que sea aplicable. Dicho trámite se cumple ante un ministro de fe, sea éste un notario, un receptor o un secretario judicial, debiendo dejarse constancia de ello.

Una vez que se cumple con lo anterior, recién el árbitro puede empezar a ejercer su encargo, citando a las partes al primer comparendo de fijación de las reglas de procedimiento. Incluso en materia de arbitraje institucional se respeta irrestrictamente esta práctica, no obstante que las partes al aceptar esta modalidad de organización arbitral conocen que existe un reglamento que contiene las reglas de procedimiento al que se someterá el arbitraje.

Pues bien, esta forma de instalación del arbitraje doméstico, que se acaba de reseñar, es uno de los motivos que impide en la práctica arbitral chilena que los efectos de la cláusula se extiendan a terceros no signatarios. Efectivamente, en esta fase preliminar de un arbitraje *ad hoc* o institucional, los

compromisarios determinan, rigurosamente, quienes son los sujetos vinculados expresamente por el convenio arbitral, restringiendo la aplicación del mismo a las partes. La misma pauta de actuación se aprecia en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, que preventivamente, y antes de la selección del árbitro, examina la extensión subjetiva del convenio de arbitraje institucional que justifica su intervención, ateniéndose al efecto relativo que se le atribuye al mismo. Como lo explica Helmlinger, para la designación de árbitros el CAM Santiago "(...) se ciñe a lo prescrito por la ley y a lo que, en el marco de la misma, definen las partes de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad"⁷.

La observancia sistemática y reiterada de la práctica antes indicada se ve reforzada por la existencia de mecanismos externos, que podrían corregir cualquier intento de pretender hacer extensiva una convención de arbitraje a terceros no signatarios, naturalmente fuera de las hipótesis en las que la legislación chilena acepta vincular a terceros, ya sea por transmisión o transferencia de derechos que incluyan al convenio arbitral. Efectivamente, en Chile todo árbitro *ad hoc* o centro de arbitraje institucional podría ser sujeto pasivo de una acción constitucional de protección si no respeta el ámbito subjetivo del acuerdo arbitral. La base de esto está en el artículo 19 N° 3 inc. 4 de la Constitución, al disponer que "nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señalare la ley y que se hallare establecido con anterioridad a la perpetración del hecho".

En virtud de dicho precepto, si se extendiera el arbitraje a terceros no signata-

⁶ C. de Ap. P. Aguirre Cerda, 6 de octubre de 1986, *RDJ*, t. LXXXIII, sec. 2ª p. 79.

⁷ HELMLINGER CASANOVA, Karin, "Arbitraje institucional. Experiencia del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago", en *Estudios de Arbitraje*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007 (VV.AA), coord. E. Picand, p. 133.

rios, podría considerarse que se vulnera el derecho al juez natural o predeterminado por la ley⁸.

Ratifica lo anterior la jurisprudencia que ha estimado como un acto ilícito a la garantía del derecho al juez natural que los árbitros dicten precautorias afectando los derechos de terceros que no son parte del compromiso⁹.

3. LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

La Ley de Arbitraje Comercial Internacional N° 19.971 de 2004 (LACI), ha establecido un sistema más expedito para la actuación del tribunal arbitral, introduciendo profundas diferencias con el arbitraje interno doméstico, ya sea el *ad hoc* o el de tipo institucional.

A nuestro entender, la regulación legal del arbitraje comercial internacional contiene varios elementos que podrían facilitar la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios, naturalmente, si se cumplen los supuestos teóricos y fácticos para hacer esta excepción.

En primer lugar, el control preventivo que en el arbitraje doméstico hace infranqueable la ampliación subjetiva del convenio arbitral a terceros, no está presente en la LACI, tal como se desprende de las siguientes soluciones:

(i) Conforme al artículo 19 de la LACI, “las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”. Luego el artículo 21 de la LACI, respecto de la iniciación de las actuaciones establece que, “salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje”.

(ii) La LACI no deja duda que el árbitro actúa en ejecución de un mandato, sin necesidad de cumplir con la formalidad del juramento como parte integrante de la instalación del arbitraje (artículos 14 y 15 LACI).

(iii) La forma como se aprecia la falta de competencia en la LACI¹⁰ permite que se

⁸ Los límites del arbitraje no sólo son subjetivos, sino que también objetivos o por razón de la materia. Así lo revela la sentencia de la C. de Ap. de Santiago, de 3 de diciembre de 2007, al resolver: “segundo: Que, la jurisdicción arbitral es, obviamente, una excepción y por ende una especialidad. Como dice don Patricio Aylwin Azocar en su libro “El Juicio Arbitral, p. 46, “La jurisdicción arbitral que la ley establece es de excepción; los particulares no están normalmente obligados a someter a ella sus controversias. Para hacerlo deben los contendientes manifestar su voluntad acorde de substraerse a las jurisdicciones ordinarias –únicas imperativas para ellos– y sujetarse a la extraordinaria de los árbitros. Tercero: Que, por lo expuesto, resulta impensable imaginar, el origen de un juez árbitro, salvo las materias regladas por el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, sin que haya mediado la voluntad de las partes en conflicto a fin de otorgarle jurisdicción, y, siendo así, es también la voluntad de las partes la que determina su competencia. Los jueces árbitros tienen única y exclusivamente la competencia que le otorgaron las partes al constituir el arbitraje y no pueden, en caso alguno, actuar de oficio. (LP 38096).

⁹ Entre otras, CS 29 de octubre de 1990, F. del M. N° 385, pp. 749-753; CS 24 de septiembre de 1987, F. del M. N° 346, pp. 570-573.

¹⁰ Conforme al art. 16 de la LACI: “1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria. 2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que

pueda presentar la demanda arbitral contra un tercero, justificando su vinculación al arbitraje por alguna de las razones jurídicas que se invocan en este tema. Como la LACI permite que la excepción de incompetencia se resuelva como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo, en este último caso podría terminar justificando la extensión a terceros, rechazando la incompetencia que este haya podido deducir.

En este orden de ideas, creemos que al permitir que se reserve el control de la competencia al laudo, se impide que a través de un recurso de protección se pueda controlar la extensión a terceros no signatarios. Esta situación es diversa de lo que ocurre en el arbitraje interno, donde, sin existir aun demanda arbitral, la forma de instalación obliga a pronunciarse sobre la extensión del arbitraje, citando al comparendo de estilo.

En segundo lugar, el cambio más relevante para entender el convenio arbitral a terceros no signatarios proviene de la aceptación en la LACI de una forma de convenio arbitral sin mayores formalidades, fijando como única exigencia que él conste por escrito¹¹.

4. ALGUNAS INSTITUCIONES QUE JUSTIFICAN LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO A TERCEROS

En lo que sigue expondremos la aceptación y el desarrollo que han tenido en Chile alguna de las instituciones que, tradicionalmente, sirven de base para justificar la extensión del convenio a terceros no signatarios en el arbitraje comercial internacional. La idea es entregar la información básica que permita valorar la base teórica que tendría una petición de este tipo en un arbitraje comercial internacional que tenga a Chile como sede y su sistema jurídico como normas para la decisión del conflicto.

4.1. El levantamiento del velo de las personas jurídicas

Como se ha anticipado, para evitar el abuso que podría surgir de una interpretación restrictiva de un convenio arbitral, se acepta que, bajo ciertos supuestos, los árbitros puedan prescindir de la forma externa de la persona jurídica, extendiendo la convención de arbitraje a una determinada persona jurídica aunque no haya sido signataria de la misma.

el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora. 3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el numeral 2) de este artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo”.

¹¹ El artículo 7 de la LACI señala que “el “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”. Por su parte, el numeral 2) del mismo artículo dispone que “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 la 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”.

Aunque no existen criterios uniformes de cómo proceder en estos casos, dentro de las reglas que propone la doctrina están:

1ª) Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue; esto le permitiría, por ejemplo, prescindir de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios.

2ª) Si la forma de la persona jurídica ha sido utilizada para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona jurídica cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados, no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva¹².

Naturalmente que la decisión de desestimar o no la forma de la persona jurídica requiere de un examen riguroso de la rea-

lidad, que permita verificar, objetivamente, la existencia de una situación de abuso de la personalidad jurídica. De lo que se trata, en rigor, es evitar que bajo el escudo de la personalidad jurídica se desconozcan las obligaciones y con ello se cause un perjuicio injustificado, especialmente, cuando se pretende un desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de sus socios para no cumplir con una determinada obligación o, más genéricamente, para que no actúe el Derecho.

En Chile, la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica ha ido recibiendo cada vez mayor atención en la legislación, la doctrina y jurisprudencia¹³. Dentro de los casos donde se ha desarrollando esta doctrina es obligatoria la referencia a la sentencia de la Corte Suprema, de 2 de junio de 2009. En ella se contiene una lata exposición sobre el tema, con un desarrollo doctrinal amplio, que podría perfectamente ser invocado para justificar la extensión del convenio arbitral respecto de terceros¹⁴.

¹² Sobre el tema, entre la abundante bibliografía, BOLDÓ RODA, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Pamplona: Aranzadi, 3ª ed. 2000, en especial pp. 39-96; DE CASTRO, Federico, *La persona jurídica*, Madrid, 1981, p. 221; ZEGERS RUIZ-TAGLE, Matías, ARTEGAGA ECHEVERRÍA, Ignacio, "Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales", en RCHD, vol. 31 N° 2, 2004, pp. 239-268; OLIVERA GARCÍA, Ricardo, "El disregard of legal entity en la jurisprudencia", en *Estudios de Derecho Societario*, B. Aires: Rubinzal, 2005, pp. 159-188.

¹³ En este sentido cfr. MERENMISKAYA, Elina, "Levantamiento del velo societario" en *Nuevas tendencias del Derecho*, Santiago LexisNexis, 2004, pp. 423 y ss., quien postula que la doctrina que se viene comentando es aplicable en Chile utilizando varios preceptos del Código Civil, para evitar el abuso del derecho; LÓPEZ DÍAZ, Patricia, *La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica*, Santiago: LexisNexis, 2003; ROJAS MIÑO, Irene, "El peculiar concepto de empresa para efectos jurídico laborales: implicancias para la negociación colectiva", *Ius Et Praxis*, N° 2. 2001, pp. 409-422; ROJAS MIÑO, Irene; AYLWIN CHIORRINI, Andrés, "Los grupos de empresas en el sistema jurídico de relaciones laborales en Chile", *Ius Et Praxis*, N° 1, 2005, pp. 93-131; de los mismos autores, "Los grupos de empresas y sus efectos jurídico laborales en el Derecho Comparado", *Ius Et Praxis*, N° 2, 2005, pp. 197-225.

¹⁴ Sobre el tema que nos interesa declaró: "Sexto: Que, como fuere, subyace en toda la dialéctica del recurso la pretensión de elevar a la condición de principio insoslayable la regla según la cual una persona jurídica no puede jamás responder por las conductas de otra, cualquiera sea la similitud entre ellas. Pero esta visión resulta en nuestro tiempo inconciliable con la proliferación de entidades comerciales coligadas o vinculadas entre sí, alrededor de organizaciones matrices dirigidas muchas veces a ocultar la realidad de controladores únicos, para fines de eludir o reducir obligaciones tributarias, cuando no prohibiciones o limitaciones impuestas a ciertos tipos societarios para determinadas actividades, que sí pueden ser emprendidas bajo fórmulas jurídicas alternativas. Séptimo: Que, desde la década de los treinta, ya en el siglo pasado, se ha venido generalizando en el derecho norteamericano, la teoría denominada 'disregard of legal entity', traducida libremente en lengua española como del 'levantamiento del velo de las personas jurídicas', la que postula que es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de

También se debe considerar que se ha utilizado esta doctrina para evitar una situación abusiva la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 11 de enero de 2011, al declarar: “DÉCIMO: Que, (...) en homenaje a la buena fe que debe primar en todas las relaciones jurídicas, la judicatura está autorizada para ir más allá de la ficción que constituye la persona jurídica y descubrir al que se esconde bajo su sombra para defraudar a su acreedor. Y es cierto que la sociedad es una persona distinta de los socios pero, opuesta la excepción de dolo y comprobándose en la especie las maniobras de mala fe tendientes a perjudicar a Scharfstein S.A., debe levantarse el velo de Inmobiliaria Loreto S.A. y determinarse que el verdadero dueño del inmueble embargado es Browne Keeling y Compañía Limitada (...). DUODÉCIMO: Que esta doctrina, la del levantamiento del velo corporativo, ha sido aceptada por la Excm. Corte Suprema en autos rol 1527/2008, en fundamentos que este tribunal de alzada hace suyos. De dicho fallo cabe citar lo siguiente: “es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subya-

centes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente, agregando el más alto tribunal que esta doctrina “permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre la o las otras, que esta o estas últimas no son sino el ‘alter ego’ de la dominante, utilizada para obtener un resultado antijurídico. Se previene de este modo abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe...”¹⁵.

Como se puede apreciar, existen sentencias que han sentado la base doctrinal para poder promover una demanda arbitral contra un tercero que aunque formalmente no sea parte del convenio arbitral, si haya realizado alguna conducta que permita tenerlo como parte.

Esta realidad que se viene describiendo podría permitir que se conozcan en arbitrajes realizados en Chile, situaciones vin-

develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente”. “Esta formulación doctrinaria, que ha tenido también desarrollo en el derecho europeo continental –especialmente en Alemania y España– permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre la o las otras, que esta o estas últimas no son sino el ‘alter ego’ de la dominante, utilizada para obtener un resultado antijurídico. Se previene de este modo abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe, que podrían verse sobrepasados si, en virtud de una interpretación puramente formalista, se diera estricta aplicación a los preceptos que la recurrente entiende vulnerados, particularmente en los capítulos 1 y 3 de su escrito de casación, conforme a los cuales Remolcadores Ultragas Ltda., titular del 99,9% del capital de la demandada Sociedad Naviera Ultragas Ltda., sería una entidad completamente distinta e independiente de la primera, siéndole por tanto inoponible lo obrado en estos autos”. “El derecho no podría avalar una solución tan contraria a la realidad de las cosas y a la evidencia que emana de los antecedentes documentales compulsados, demostrativos de que efectivamente la compañía presuntamente ajena a los hechos, intervino activamente en la ejecución del contrato de remolque transporte, indistintamente con las dos demandadas, de manera que, al cuestionar el recurso su legitimidad pasiva (de Remolcadores Ultragas Ltda.) intenta excusar extemporáneamente su intervención en el proceso contractual, lo que, a más de ir contra sus actos propios, importa una pretensión de revisar los hechos asentados soberanamente por los Jueces del fondo, lo que es inaceptable si, como está justificado, no se ha producido infracción de las leyes reguladoras de la prueba” (CS, 2 de junio de 2009, Rol N° 1527-2008, Legal Publishing: 42232).

¹⁵ C. de Ap. de Santiago, 11 de enero de 2011, Rol N° 771-2010, Legal Publishing: 47765.

culadas a ilícitos civiles que surgen en torno a consorcios de empresas que participan en una diversidad de rubros, pero donde las decisiones relevantes son adoptadas por los consejos de administración que no funcionan en Chile y que menos han comparecido a la suscripción de la convención de arbitraje. Normalmente este tipo de situaciones se dan utilizando como marco formal a una sociedad filial o una agencia local, que actúan como agente ejecutor de medidas adoptadas fuera del territorio de la República, pero que generan un hecho de responsabilidad en este país.

4.2. El concepto de “grupos sociales”

También se ha intentado justificar la extensión del convenio de arbitraje a partes no signatarias en la temática de las personas jurídicas comerciales que conforman un “grupos sociales”.

Como se sabe, esta es una figura con múltiples explicaciones teóricas¹⁶, tendientes, en lo sustancial, a generar una regla de imputación para un conjunto de sociedades en un determinado tema, tales como la quiebra, la responsabilidad civil, y por cierto, en el alcance subjetivo de la convención de arbitraje¹⁷.

En nuestro derecho el reconocimiento de esta temática para el ámbito comercial, entre otras normas, se puede hacer a partir del Título VIII de la Ley N° 18.046 de 1981, sobre sociedades anónimas. Allí se reconoce expresamente las figuras de las sociedades filiales y de las coligadas. Conforme al artículo 86, “es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella

en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores”.- “La sociedad en comandita será también filial de una anónima, cuando ésta tenga el poder para dirigir u orientar la administración del gestor”.

Por su parte, el artículo 87 dispone que: “es sociedad coligada con una sociedad anónima aquella en la que ésta, que se denomina coligante, sin controlarla, posee directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% o más de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar por lo menos un miembro del directorio o de la administración de la misma”.- “La sociedad en comandita será también coligada de una anónima, cuando ésta pueda participar en la designación del gestor o en la orientación de la gestión de la empresa que éste ejerza”.

No obstante lo anterior, en la jurisprudencia se ha limitado el alcance de la normativa referida, tal como consta de la sentencia de la C. de Ap. de Santiago, de fecha 29 de enero de 2009, confirmada por la Corte Suprema, con fecha 21 de enero de 2011, al declarar: “(...) en cuanto a la supuesta vinculación estructural entre O’NEIL INC. y O’NEIL Europe B.V., revisada la legislación nacional podemos encontrar que la regulación de filiales, coligadas y relacionadas que se hace, entre otros, en los artículos 86 y 87 de la ley N° 19.046 sobre Sociedades Anónimas, sólo está establecida

¹⁶ Sobre el tema, entre otros, MIGUENS, Héctor José, Extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos sociales, B. Aires: Depalma, 1998, pp. 7-59; de arriba FERNÁNDEZ, María Luisa, Derecho de grupo de sociedades, Madrid: Thompson, 2004, pp. 29-338.

¹⁷ Un estudio del tema, cfr. AGUILAR GRIEDER, Hilda, La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional, Universidad de Santiago de Compostela, 2001, pp. 23-433.

para determinar inhabilidades y prohibiciones tendientes a asegurar la transparencia del mercado. No conoce nuestra legislación una sanción general y unificante de todos los efectos legales existentes entre personas jurídicas relacionales, semejante a la teoría conocida como “Del Levantamiento del Velo”. En consecuencia, se estima que el sentenciador no puede superar la identidad jurídica de cada uno de los demandantes sin norma legal expresa que lo autorice, por lo que debe entenderse que respecto de los demandantes invocados no se da la identidad legal de personas que exige la Ley¹⁸.

También debe considerarse en este análisis el desarrollo que ha tenido en Chile la figura del *joint venture*, institución originada en el mundo comercial anglosajón, y cuya delimitación más común la describe como una asociación de dos o más personas para realizar una determinada actividad comercial con el fin de obtener una utilidad¹⁹. A diferencia de la sociedad, que debe contar con un órgano de administración, en el *joint venture* todos los partícipes tendrían el control y dirección del negocio.

Normalmente, los *joint venture* son utilizados para la ejecución de proyectos importantes, como autopistas, aeropuertos, centrales eléctricas, proyectos mineros, etc. Pues bien, tal realidad puede llevar a crear una apariencia que, sin configurar una sociedad en sentido estricto, obligue a plantearse interrogantes sobre la extensión de

las cláusulas de arbitraje.

En nuestra jurisprudencia, la aceptación de esta forma asociativa no goza de un amplio desarrollo en el ámbito de la responsabilidad civil. Una somera referencia a la misma se contiene en la sentencia de la C. de Ap. de Santiago, de 13 de enero de 2000, al considerar que, “(...) tampoco la convención impugnada puede configurar un “*joint venture*”, toda vez que no se dan en la especie los supuestos de administración o beneficios compartidos, contribución a un fondo operativo, participación en las utilidades o pérdidas del negocio y derecho mutuo de representación, que la doctrina especializada consigna como característicos de esta clase de contratos modernos²⁰.

4.3. La doctrina del acto propio

La doctrina del acto propio está plenamente aceptada en el campo judicial y arbitral chileno²¹, siendo utilizada cada vez con mayor frecuencia para evitar actuaciones contrarias a la buena fe.

Con todo, no tenemos conocimiento que esta regla haya sido utilizada a la fecha para justificar la extensión del convenio arbitral a terceros. La explicación de ello se debe a que el desarrollo de esta temática se ha dado fundamentalmente en el campo del arbitraje interno²², donde existen límites para aceptar admitir la figura que aquí estamos examinando. Conforme ya se explicó.

¹⁸ C. de Ap. de Santiago, 29 de enero de 2009, confirmada por la Corte Suprema, con fecha 21 de enero de 2011, Legal Publishing: 47746.

¹⁹ Entre otros, LE PERA, Sergio, el *Joint Venture*, B. Aires: Astrea, 1984, 1ª reimp., pp. 64-88.

²⁰ Rol N° 4.538 99, Legal Publishing: 29535. La CS, en sentencia de 31 de enero de 2000 revocó la sentencia de la C. de Ap. suprimiendo la alusión al *joint venture*, pero aludiendo a contrato de colaboración empresarial (MJJ332).

²¹ Por todos, en el último tiempo, cfr. “Venire contra factum proprium”, VV. AA. (Coordinación Hernán CORRAL T.), Santiago: Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 18, 2010, pp. 19-151.

²² Son exponentes de esta realidad, entre otras: sentencia de 7 de noviembre de 1997, pronunciada por el árbitro de derecho Enrique BARROS BOURIE. Tomo I, Rol N° 35-96, pp. 119-133; Sentencia de 8 de mayo de 2003, pronunciada por el árbitro arbitrador Patricio FIGUEROA VELASCO. Tomo IV, Rol N° 343, pp. 94-108; Sentencia de Sentencia de 28 de junio de 2002, pronunciada por el árbitro arbitrador Raúl GARCÍA ASTABURUAGA. Tomo III, Rol N° 279, pp. 318-329, todas publicadas en Sentencias Arbitrales CAM Santiago.

No obstante lo anterior, al igual de lo que ha ocurrido con la aceptación de la doctrina del levantamiento del velo, la Corte Suprema ha realizado declaraciones sobre el alcance del acto propio, cuya amplitud podría servir para justificar extender el convenio de arbitraje a un tercero.

Entre otras que se podrían citar, contiene una explicación extensiva de esta regla la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 2 de noviembre de 2011, de la cual es pertinente transcribir los siguientes considerandos:

“SÉPTIMO: Que al actuar de la forma en que lo hicieron los ejecutados (...) equivale a hacer valer un derecho o una pretensión en contradicción con la manera en que previamente venían conduciéndose esas mismas personas, importando un perjuicio en contra del acreedor, circunstancia que no resulta aceptable, de acuerdo al principio acogido por la doctrina y que, además, inspira disposiciones como la del artículo 1683 del Código Civil y otras de nuestro ordenamiento y que recibe el nombre de “teoría del acto propio”, vinculada con toda claridad a uno de los puntales de nuestro sistema ju-

rídico: el principio de la buena fe y respecto del cual se ha dicho: “Según un antiguo proverbio, no es lícito *venire contra factum proprium*, esto es, actuar de una manera que resulte contradictoria con la confianza justificada que había generado en un tercero una conducta anterior del titular del derecho... El bien jurídico cautelado por la doctrina de los actos propios es la confianza; el ejercicio del derecho resulta contrario a la buena fe, porque no se condice con las expectativas ciertas que el titular había generado en un tercero con su propio comportamiento. Quien hace valer el acto propio del titular del derecho subjetivo no tiene derecho a que éste se comporte de cierta manera, de modo que no se trata de un conflicto entre derechos. Por eso, la aplicación del principio está sujeta a los criterios de excepcionalidad y de actuación contraria a la buena fe que caracterizan al abuso del derecho. (Enrique BARROS B., Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Ed. Jurídica de Chile, pág. 637)”²³.

La amplitud que se ha dado esta regla también podría servir de base para extender la cláusula de arbitraje a un tercero no signatario, especialmente cuando se trata

²³ También es pertinente hacer referencia al siguiente considerando: “DÉCIMO: Que así, entonces, mirando la buena fe desde su ángulo objetivo y como principio inspirador de la regla de los actos propios, se colige que esta última se orienta a combatir aquellos casos en que se ven burlada o desvanecida la confianza que un tercero tiene puesta en una determinada situación jurídica que le incumbe, de acuerdo a la conducta jurídicamente relevante desplegada por otro al respecto con anterioridad, tanto así, como para hacer que éste se haga cargo de las resultas de su inestabilidad o falta de coherencia. En esta línea argumentativa se ha escrito: “La conducta contraria es una contravención o una infracción del deber de buena fe. Ya antes hemos señalado que el hecho de que una persona trata, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falta de lealtad. He aquí por donde la regla, según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas (Luis DIEZ PICAZO, “La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citado por María Fernanda ECHAR ESCOBAR en “La doctrina de los actos propios, Ed. Jurídica de Chile, pp. 72 y 73). En otras palabras, el efecto que produce la teoría en mención es, fundamentalmente, que una persona no pueda sostener con posterioridad, por motivos de propia conveniencia, una posición jurídica distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto, por haberle cambiado las circunstancias y, en definitiva, si así lo hace, habrán de primar las consecuencias jurídicas de la primera conducta, debiendo rechazarse la pretensión que se invoca, apoyada en una nueva tesis o idea, por envolver un cambio de conducta que no se acepta. Se trata, en consecuencia, de la interpretación que se hace al analizar la procedencia o no de cierto derecho –la extinción cabal de una obligación por pago, como en el presente caso– auscultando el proceder previo desplegado por quien se pretende su titular que, en caso de resultar insuperablemente discordante –decir que se pagó una parte, para luego afirmar que se pagó el todo–, autorizará para “acomodar la ‘existencia”

de situaciones de contradicción que buscan atentar contra el principio de buena fe²⁴.

4.4. Representación, agencia oficiosa y estipulación a favor de otro

Como se sabe, la representación en el campo jurídico nace de un problema práctico, que consiste en hacer posible una cooperación o colaboración entre los miembros de una misma comunidad jurídica. A través de la representación, se logran varios efectos. Así, por ejemplo, se puede ejecutar actos jurídicos en nombre de sujetos que, por un determinado hecho están imposibilitados de poder realizarlos por sí mismos.

En la doctrina chilena, en su clásica obra STITCHKIN, señala que los elementos que integran esta institución son tres: a) que una persona (el representante) ejecute un acto o celebre un contrato; b) que en la ejecución o en la celebración del contrato actúe a nombre de otra (el representado), y c) que el representante esté facultado para ello por la ley (representación legal) o por voluntad del representado (representación voluntaria). Concurriendo estos requisitos se producen los efectos propios de la representación; el acto o contrato en lugar de obligar a las partes que lo han celebrado (representante y tercero), obliga sólo a una de ellas (el tercero) y a otra persona que no interviene en su celebración (el representado)²⁵.

El derecho civil chileno distingue entre representación, como institución gene-

ral, y en relación a la misma acepta la agencia oficiosa y también la estipulación a favor de otro.

La diferencia entre estas instituciones se describe, últimamente, en la sentencia de la Corte Suprema, de 26 de agosto de 2008, cuando señala: “(...) Que para resolver adecuadamente el recurso de nulidad, conviene hacer algunas precisiones en torno a la agencia oficiosa; la que ha sido definida en el artículo 2286 del Código Civil como “un cuasi contrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos.” En relación al objeto de la gestión de negocios, en general, incide en las mismas cosas que el mandato: administración de un patrimonio, gestión de un negocio jurídico o de intereses económicos, pudiendo recaer sobre un negocio civil, mercantil y aún judicial. “El campo de aplicación de la gestión de negocios se ha extendido a ciertos actos que no caben dentro del mandato y, en términos muy generales, a todos los contratos de prestación de servicios en que falta el consentimiento del interesado que resulta beneficiado con los actos del gestor, pero a quien no ha podido consultársele dadas las circunstancias extraordinarias que rodean el caso, como el médico que atiende a un accidentado en la calle, el albañil que repara una pared próxima a desplomarse, etc. Hay agencia oficiosa, pues, siempre que por evitar un daño, por servir a una persona o por un motivo análogo, de aquellos que imponen la necesidad de una acción, alguien toma a su

del derecho a la conducta del titular que sólo puede ejercerlo sin incurrir en comportamientos contradictorios... nadie podría exigir que sus derechos se extiendan más allá de lo que su titular, en los hechos, ha determinado con su propia conducta. (Pablo Rodríguez Gres, “El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial, Ed. Jurídica de Chile, pp. 42 y 43).CS, 02 de noviembre de 2011, Rol N° 5978-2010, Legal Publishing: 55161, “Banco Security con Jorge Andrés Cherva Almeida y otra”.


²⁴ Sobre el alcance de este principio, cfr. BOETSCH GILLET, Cristián, *La buena fe contractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 39-85.

²⁵ STITCHKIN B. David, *El Mandato civil*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed. (ac. G. Figueroa), 2008, p. 26.

cargo lo que el dueño, tal vez ausente o impedido, haría o debiera hacer si lo pudiera, en presencia de las circunstancias.”(El mandato civil, DAVID STITCHKIN, Editorial Jurídica de Chile, p. 94)”.

“En relación a la estipulación a favor de otro, el artículo 1449 del Código Civil establece que “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituye aceptación tácita los actos que sólo hubieren podido ejecutarse en virtud del contrato.” La estipulación a favor de otro es un contrato en que la parte llamada estipulante contrata directamente con otra, denominada promitente, para que los aspectos favorables de la convención se radiquen definitivamente en el patrimonio de un interesado, al que se llama beneficiario, quien los acepta para sí. En relación a la estipulación a favor de otro, el artículo 1449 del Código Civil establece que “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituye aceptación tácita los actos que sólo hubieren podido ejecutarse en vir-

tud del contrato.” La estipulación a favor de otro es un contrato en que la parte llamada estipulante contrata directamente con otra, denominada promitente, para que los aspectos favorables de la convención se radiquen definitivamente en el patrimonio de un interesado, al que se llama beneficiario, quien los acepta para sí. Se puede constatar que existen dos partes en el contrato, quienes verán afectados sus patrimonios de diversas forma, pero los efectos favorables se radicarán en un tercero, quien adquiere directamente los derechos, de modo que el promitente se compromete a favor de esta tercero, persona que será su acreedor. En la estipulación en favor de otro hay que distinguir las etapas en el proceso contractual, es decir el iter contractual, pues desde las tratativas y hasta la celebración sólo se dan relaciones entre estipulante y promitente, luego de la celebración las vinculaciones se producen entre promitente y beneficiario. El derecho nace desde la celebración del contrato, y la aceptación del beneficiario pone término a la facultad del estipulante y promitente de dejar sin efecto el contrato. En consecuencia, no existe vinculación entre estipulante y beneficiario”²⁶.

Como se puede apreciar, el derecho positivo acepta varias de las instituciones que, en relación a la representación, a la agencia oficiosa y la estipulación a favor de otro²⁷, podrían servir para aceptar la extensión de una cláusula arbitral a un tercero no beneficiario²⁸. 

²⁶ CS, 26 de agosto de 2008, Rol N° 2658-07, MJ 17997.

²⁷ Un análisis de casos que se han dado en nuestra realidad, RAMOS PAZOS, René, “Algunas consideraciones en relación con la estipulación a favor de otros”, en Estudios de Derecho Civil II (VV.AA), c. H. CORRAL y M. RODRÍGUEZ, Santiago: Lexis Nexis, 2007, pp. 683-694.

²⁸ Junto con esta regulación general también se dan hipótesis especiales donde surgen problemas en relación a la extensión del convenio arbitral. Uno caso surge de la figura del agentes de naves chilenos, aceptada en el inciso final del artículo 922 del Código de Comercio, al disponer que tiene “representación suficiente para actuar en juicio, activa o pasivamente, por el capitán, dueño o armador de la nave a quienes represente, en todo lo que se refiere a su explotación”.

LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO DE ARBITRAJE SIN CONSENTIMIENTO: ¿UNA EXCEPCIÓN FRANCESA?

ALEXANDRA MUÑOZ ^(*)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. El fundamento de la extensión del convenio de arbitraje. 2.1. La naturaleza contractual del arbitraje. 2.2. La extensión del convenio de arbitraje fundada sobre el consentimiento. 3. ¿La marginación del consentimiento en derecho francés? 3.1. La posición ambigua de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema Francesa (Cour de Cassation) 3.2. El consentimiento de las partes, una necesidad todavía.*



1. INTRODUCCIÓN

Es un principio ampliamente reconocido en arbitraje internacional al que solo pueden ser parte de un procedimiento de arbitraje quienes hayan otorgado su consentimiento. En principio, el consentimiento se da a través de la cláusula de arbitraje o el compromiso de arbitraje. En derecho francés, la cláusula de arbitraje sigue el principio del efecto relativo de los contratos establecido en el artículo 1165 del Código civil que dispone que los contratos sólo tengan efecto entre las partes contratantes y no afectan a terceros que no puedan beneficiarse del contrato. Sin embargo, la complejidad de las relaciones comerciales hoy lleva a situaciones en las cuales este principio parece injustificado y contrario a la voluntad de las partes. Así, los casos en los cuales los terceros son llevados a participar en un procedimiento de arbitraje son numerosos

en particular en el contexto de un grupo de sociedades o un grupo de contratos.

Este artículo no tiene la pretensión de discutir de todas las situaciones en las cuales los terceros pueden intervenir o ser involucrados en un procedimiento de arbitraje. Por ejemplo, no trata de la cuestión de la transmisión o de la circulación de la cláusula de arbitraje que puede ser aplicadas a las partes no originarias.

El objetivo de este artículo es establecer cuáles son los fundamentos de la extensión del convenio de arbitraje a los terceros que no sean partes del contrato que contenga el convenio de arbitraje y por consecuencia no han firmado el convenio de arbitraje. La primera Parte de este artículo presenta el fundamento de la extensión de la cláusula de arbitraje y la segunda Parte presenta la discusión en derecho francés

^(*) Miembro del Colegio de Abogados de París. Posee un diploma de postgrado en *Business Law* de la Universidad de París II, un diploma de derecho comparativo de la Universidad Erasmus de Rotterdam, un LL.M de la Universidad de Derecho de Uconn (Hartford - Connecticut). Se incorporó al bufete Gide Loyrette Nouel en el año 2000.

sobre este fundamento.

2. EL FUNDAMENTO DE LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO DE ARBITRAJE

2.1. La naturaleza contractual del arbitraje

Si el arbitraje internacional ha cambiado durante los últimos años, hay un principio que sigue igual y que es su naturaleza contractual - es decir que necesita consentimiento. De hecho, el fundamento contractual del arbitraje es un principio básico reconocido universalmente por los jueces, los árbitros, la doctrina y por sobre todo por la ley o los tratados internacionales.

De esta manera, el Tratado Internacional de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros indica “los Estados Contratantes reconocerán el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter al arbitraje todas la diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o compromiso, firmados por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas”¹.

De la misma manera el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de

otros Estados dispone en su artículo 25 que “la jurisdicción del Centro se extenderá a las naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”². Incluso cuando un inversionista somete una disputa al Centro sobre el fundamento de un tratado de protección de inversiones, la naturaleza contractual del arbitraje esta preservada. Es decir que se necesita el acuerdo del Estado que recibe la inversión que se encuentra en el tratado de protección de las inversiones y el acuerdo del inversionista que resulta de la demanda de arbitraje sometido al Centro.

Esta naturaleza contractual se encuentra también en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional que prevé la competencia de los tribunales arbitrales en presencia de un “acuerdo de arbitraje”³.

Este principio se encuentra también en la ley francesa a pesar de su concepción liberal. De esta manera; en aplicación del Código de Procedimiento Civil para otorgar un arbitraje se necesita un convenio de arbitraje que puede ser una cláusula de arbitraje o un compromiso de arbitraje firmado luego que la disputa ha surgido.

Finalmente, los varios reglamentos de arbitraje exigen el consentimiento de las partes al arbitraje.

Es decir que la naturaleza contractual del arbitraje es universal, indiscutible y constituye un pilar del arbitraje, doméstico

¹ Artículo II del Tratado internacional de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros.

² Artículo 25 (1) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 18 marzo 1965.

³ Artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional.

o internacional. Es la razón por la cual, autores han sostenido que “solo pueden estar obligadas por el convenio de arbitraje las partes quienes hayan consentido”⁴.

¿Significa que solo las partes que han firmado el convenio de arbitraje están obligadas por el convenio de arbitraje? No es la posición del derecho francés. Dicho de otra manera, el convenio de arbitraje tiene una fuerza obligatoria sobre toda la gente que haya dado su consentimiento, aunque no le haya firmado. De cualquier forma, la extensión del convenio de arbitraje a los terceros necesita el consentimiento de las partes. Como que se trata de un contrato, en general bilateral, se necesita el consentimiento de todas las partes y no solamente de los terceros.

2.2. La extensión del convenio de arbitraje fundada sobre el consentimiento

La jurisprudencia francesa ha admitido el fundamento convencional del convenio de arbitraje muy temprano y sin discusión en el célebre caso *Dow Chemical*⁵. Esta decisión fue otorgada en el marco de un recurso de anulación contra un laudo arbitral en el que un tribunal arbitral había admitido su competencia considerando que la cláusula compromisoria fue aceptada por sociedades de un grupo que no han firmado la cláusula, dado sus implicaciones

durante la conclusión, la ejecución o la realización de los contratos que contenían dicha cláusula⁶. La Corte de Apelaciones de París aprueba los árbitros que analizaron el comportamiento de los terceros en una voluntad común y inequívoca de las partes, signatarias y no signatarias, de vincularse a la cláusula de arbitraje. De esta manera la Corte de Apelaciones de París subraya que “de acuerdo a una motivación pertinente y exenta de contradicción, dado la común voluntad de todas las sociedades interesadas, las sociedades *Dow Chemical France and Dow Chemical Company* eran partes en estos contratos aunque no los hayan materialmente firmado, la cláusula compromisoria les era aplicable”⁷.

Este caso fue el primero de una larga lista de casos de la Corte de Apelaciones de París que sostenían la extensión de la cláusula compromisoria a los terceros. Por ejemplo, en el caso *Cotunav*, la Corte de Apelaciones de París sostenía la extensión de la cláusula compromisoria que “tiene una validez y una eficacia propias que exigen extender su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato [contenía dicha cláusula] y a las disputas que pueden surgir de este contrato cuando este establecido que la situación contractual de estas partes y sus actividades hacen presumir el conocimiento de la cláusula de arbitraje y su alcance aunque no sean signatarias del contrato que la contenía”⁸.

⁴ “Seules sont tenues par la convention d’arbitrage les parties qui y ont consenti” PH. FOUCHARD, B. GOLDMAN, E. GAILLARD, *Traité d’arbitrage international*, Ed. Litec, 1996, N° 498, p. 297.

⁵ Corte de Apelaciones de París del 21 Octubre 1983, *Dow Chemical*, *Rev. Arb.* 1984, p. 98, observación A. CHAPELLE.

⁶ Laudo CIC N° 4131 (1982), *Rev. Arb.* 1984, p. 137, observación Y. DERAINS.

⁷ “au terme d’une motivation pertinente et exempte de contradiction, que suivant la volonté commune de toutes les sociétés intéressées, les sociétés *Dow Chemical France* et *Dow Chemical Company* avaient été parties à ces conventions bien que ne les ayant pas matériellement signés, et que la clause compromissoire leur était dès lors applicable”, Corte de Apelaciones de París del 21 Octubre 1983, *Dow Chemical*, *ibid*.

⁸ “la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d’en étendre l’application aux parties directement impliquées dans l’exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter dès lors qu’il est établi que leur situation contractuelle et leur activité font présumer qu’elles ont accepté la clause d’arbitrage dont elles connaissaient l’existence et la portée, bien qu’elle n’est pas été signataires du contrat qui la stipulait”, Corte de Apelaciones de París del 28 Noviembre 1989, *Rev. Arb.* 1990, p. 675.

La Corte Suprema francesa en este caso confirmó la extensión, pero sin referencia a la formulación controversia “validez y eficacia propias”. De hecho, la Corte Suprema dijo que “la *Cotunav*, había aceptado intervenir en la ejecución del contrato, ha inevitablemente aceptado las obligaciones estipuladas en él a la carga del transportista y ha aceptado las modalidades técnicas incluida la cláusula compromisoria, que haya retenido que la *Cotunav*, en cumpliendo el contrato con conocimiento de causa, había en realidad, ratificado el contrato con su cláusula de arbitraje”⁹. De esta manera, la Corte Suprema francesa sostuvo la extensión del convenio de arbitraje sobre el fundamento del consentimiento del tercero.

Posteriormente, la jurisprudencia francesa continuó a extender la cláusula de arbitraje a terceros que habían participado directamente a la negociación o en la ejecución del contrato que contenía un convenio de arbitraje considerando este comportamiento como una indicación de la voluntad de estar vinculado por la cláusula de arbitraje¹⁰.

Sin embargo, una corriente doctrinal eleva protestas contra esta jurisprudencia considerando que la referencia al consentimiento era artificial en muchos casos¹¹.

Recientemente, la jurisprudencia de la Corte Suprema francesa cambió la formulación utilizada hasta el momento.

3. ¿LA MARGINACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN DERECHO FRANCÉS?

3.1. La posición ambigua de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema Francesa (Cour de Cassation)

El aparente cambio de formulación empezó en el 2007, en la decisión Amkor de la Corte Suprema francesa que era en primer lugar relativo a la transmisión de la cláusula arbitral¹². En esta decisión, los jueces franceses sostuvieron que la cláusula de arbitraje afecta las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato que la contenía y de los litigios que pueden resultar de esta relación sin alguna referencia al consentimiento, incluso implícito.

Esta formulación fue utilizada también en otros casos¹³, de tal manera que una parte de la doctrina estimaba que según el derecho francés el consentimiento había desaparecido de las exigencias para extender el convenio de arbitraje a los terceros¹⁴. Por sus autores permanece solamente un

⁹ “La *Cotunav* en acceptant d’intervenir dans l’exécution de l’accord, a nécessairement souscrit aux obligations définies par celui-ci à la charge du transporteur et en a accepté les modalités techniques parmi lesquelles la clause compromissoire; qu’en retenant ainsi que la *Cotunav*, en exécutant l’accord en connaissance de cause, avait, en réalité, ratifié celui-ci y compris la clause d’arbitrage”, Cass.civ.1er 25 junio 1991, Rev.Arb.1991,p. 453, observación P. MAYER.

¹⁰ Por ejemplo Corte de Apelaciones de París del 11 Enero 1990, *Orri c/ Société des Lubrifiants Elf Aquitaine*, Rev. Arb.1992, Corte de Apelaciones de París del 17 Diciembre 1997, *SA Fred Petillon c/ Laboratoire du Docteur Payot*, RJDA 4/1998, N° 539.

¹¹ Por ejemplo PR. SERAGLINI, *Droit de l’arbitrage*, Chronique, JCP I 168, 2007.

¹² Cass. civ 1er 27 marzo 2007, *Alcatel Business Systems (ABS), société Alcatel Micro Electronics (AME) et société AGF Amkor Technology*, N° 04-20.842, Bull.2007.I. N° 129.

¹³ Por ejemplo, la decisión de la Corte de Apelaciones de París del 7 mayo 2009, en la cual el Tribunal recordó una vez más el principio que “la cláusula compromisoria contenida en un contrato internacional tiene una validez y una eficacia propias que exigen extender su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y los litigios que pueden resultar de aquel” *Société Suba France c/ Pujol et autre*, rev. Arb. 2009, p. 440.

¹⁴ P. MAYER, *Extension of the Arbitration clause to non-signatories under French law*, in *Multiple party actions in international arbitration*, Ed Permanent Court of Arbitration, Oxford 2009; J. BARBET, comentario de la decisión de la Corte de Apelaciones de París del 7 mayo 2009, *société Suba France c/ société Pujol*, Petites affiches, 12 agosto 2009 N° 160, p. 10; C. SERAGLINI *Droit de l’arbitrage*, Chronique, JCP I 168, 2007.

criterio objetivo de la implicación directa en la ejecución del contrato conteniendo el convenio de arbitraje para extender su aplicación a terceros. Es decir que el arbitraje podría imponerse a las partes que no hayan aceptado someterse a un procedimiento arbitral e inclusive que hayan expresamente rechazado este modo de resolución de litigios. Esta interpretación de la nueva jurisprudencia constituye una revolución en el arbitraje en el cual admite el arbitraje fuera de todo consentimiento incluso implícito.

Por otro lado, otros autores continúan a considerar que el consentimiento era todavía el fundamento en derecho francés para extender la cláusula de arbitraje¹⁵. Por ejemplo, el profesor LOQUIN, en su comentario del caso Amkor indica “la constatación de un fundamento contractual será todavía necesaria para extender el convenio de arbitraje”.

Si analizamos estos casos más profundamente, la formulación utilizada por las jurisdicciones francesas puede quizás explicarse de la manera siguiente: el caso Amkor y otros casos que parecían abandonar toda referencia al consentimiento habían sido pronunciados en situaciones en las cuales una parte había iniciado un procedimiento por ante las jurisdicciones judiciales. Ahora bien, en aplicación de la ley francesa, un tribunal judicial debe declararse incompetente cuando hay una cláusula de arbitraje a menos que esta sea manifiestamente nula o inaplicable. De esta manera el simple hecho

que una parte se implicaba directamente en la ejecución de un contrato conteniendo una cláusula de arbitraje es suficiente para que el tribunal judicial decline su competencia en beneficio del Tribunal arbitral. Es la aplicación del efecto negativo del principio aplicado en Francia de *competenz-competenz*.

De todas maneras, los casos posteriores pronunciados en las jurisdicciones francesas confirman la interpretación de los últimos autores reafirmando la necesidad de un consentimiento para vincularse al convenio de arbitraje.

3.2. El consentimiento de las partes, una necesidad todavía

En el caso Abela por ejemplo, la Corte de Apelaciones de París¹⁶ y la Corte Suprema¹⁷ dan una ilustración que el fundamento de la extensión de la cláusula de arbitraje no ha cambiado. En este caso la Corte de París indica que las “Partes no pueden legítimamente asegurar que son extranjeras a la cláusula de arbitraje en la cual ellas no pueden ignorar el contenido y que hayan implícitamente aceptado dado su implicación en el funcionamiento y la liquidación de la sociedad con motivo de la cual se comportaron como las verdaderas accionistas mayoritarias de la sociedad cuyo estatutos contenían la cláusula de arbitraje”¹⁸. Recientemente, la Corte Suprema¹⁹ ha reafirmado el principio establecido en el caso *Cotunav*.

En realidad, el análisis de los casos

¹⁵ E. LOQUIN, De la transmission et de l'extension de la clause compromissoire : un “grand arrêt” de la première chambre civile de la Cour de Cassation, RTD Com. 2077, p. 677 ; FX TRAIN, Action directe et arbitrage - à propos de l'arrêt ABS du 27 mars 2007; Gaz. Pal. 2007, 21-22 novembre 2007, Les cahiers de l'arbitrage, 2007/3, p. 6.

¹⁶ Corte de Apelaciones de París 22 mayo 2008, Rev. Arb. 2008, p. 730.

¹⁷ Cass.civ. 1er 6 octubre 2010, Rev. Arb. 2010, p. 813.

¹⁸ “Des parties ne peuvent légitimement prétendre être étrangères à la clause compromissoire dont elles ne peuvent avoir ignoré l'existence et qu'elles ont implicitement acceptée compte tenu de leur immixtion dans le fonctionnement et la liquidation de la société à l'occasion de laquelle elles se sont comportées comme les véritables actionnaires majoritaires de ladite société dont les statuts comportent la clause”, Ibid.

¹⁹ Cass.civ.1er 29 junio 2011, société Papillon Group Corporation c/ Syrian Arab Republic and others.


franceses demuestra que la jurisprudencia iniciada hace 30 años con *Dow Chemical* nunca cambió y que las jurisdicciones francesas continúan a exigir un consentimiento de las partes para extender la aplicación del convenio de arbitraje.

Es el único fundamento para admitir la extensión.

Sin embargo, es verdad que los jueces han admitido muchas situaciones en las cuales resulta este consentimiento. Probablemente el más utilizado por las partes, es el comportamiento de las no signatarias en particular sus implicaciones directas en la ejecución del contrato conteniendo la cláusula de arbitraje.

La implicación directa, con conocimiento de causa, puede ser interpretada en una expresión del consentimiento de una parte no signataria de vincularse a la cláusula de arbitraje. Debemos añadir que el

consentimiento de las partes no signatarias no es suficiente *per se*. A este consentimiento debe añadirse el consentimiento de las verdaderas partes al contrato conteniendo la cláusula. En general, este consentimiento resulta también del comportamiento de estas partes que no han objetado a la implicación de los terceros en la ejecución del contrato.

En conclusión, parece que a pesar de los comentarios suscitados por la reciente formulación utilizada en algunos casos por los jueces franceses, la extensión del convenio de arbitraje necesita todavía el consentimiento de las partes. Esta solución es preferible para el derecho de arbitraje internacional francés que este en armonía con los otros derechos de arbitraje internacional y que sobre todo permite una seguridad jurídica para los usuarios del arbitraje. Además, esta solución está en armonía con los principios generalmente aplicados por los tribunales arbitrales. 

¿Y QUIÉNES ESTÁN INVITADOS A LA FIESTA? LA INCORPORACION DE PARTES NO SIGNATARIAS AL ARBITRAJE Y EL ARTÍCULO 14 DE LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA (*)

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (**)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. La tarjeta de invitación a la fiesta: El carácter contractual del convenio arbitral. 3. Los alcances del artículo 14 como herramienta de naturaleza contractual. 4. Elementos para la aplicación del artículo 14. 4.1. Consentimiento. 4.2. Buena fe. 4.3. Participación activa y determinante. 4.4. Negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato. 4.5. Pretender derivar un beneficio del contrato. 5. Casos de aplicación del artículo 14. 5.1. Incorporación por referencia. 5.2. Representación y agencia. 5.3. Estoppel/Equitable Estoppel/Doctrina de actos propios. 5.4. Levantamiento del velo societario/Grupos de sociedades. 5.5. Contrato a favor de tercero. 5.6. Acción oblicua. 5.7. Cesión, novación y subrogación. 6. La aplicación de artículo 14 a arbitrajes extranjeros.*



1. INTRODUCCIÓN

Si uno visualizara un arbitraje como una fiesta, solo deben asistir a ella las personas que han sido invitadas y solo en cuanto estas deseen asistir. No es legítimo colarse a la fiesta sin invitación y tampoco es legítimo ser forzado a ir a una fiesta a la que uno no aceptó ir.

Por supuesto que no siempre quienes van a esta fiesta llamada arbitraje van de

buena gana. A pesar de haberse comprometido a asistir (explícita o tácitamente) algunos tratan de “zafarse” del trámite. Y por el contrario muchas veces quieren asistir personas que no son bienvenidas.

Y el arbitraje es una fiesta particular, porque al final de la misma se “abre una piñata” de la que salen premios y castigos. Algunos tienen que pagar por la piñata y otros reciben los regalos que hay adentro. Pero solo pagan por la piñata o recibirán los

(*) Este trabajo también fue publicado en el *Tratado de Derecho Arbitral “El Convenio Arbitral”*, Tomo I. 2011.

(**) Socio fundador del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor de Análisis Económico del Derecho, Derecho Civil, Arbitraje y Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

El autor desea agradecer el valioso apoyo de Pablo Mori en la elaboración del presente trabajo.

premios aquellos que participaron en la fiesta. Los que se quedaron fuera ni pagan ni reciben. A esa piñata la llamamos el laudo.

Usualmente quienes creen que pagaran por la piñata se resisten a ir a la fiesta y quienes creen que pueden recibir algún premio se esfuerzan por entrar.

Pero lo cierto es que la tarjeta de invitación a esa fiesta es conocida como “convenio arbitral”. Y el convenio arbitral es, simple y llanamente, un contrato. El carácter contractual del arbitraje es entonces la llave para quien entra y el candado que le cierra la puerta a quien se queda afuera de la fiesta.

El resultado de esta idea son varios principios fundamentales que determinan quién puede y quién no puede ser forzado a ir a la fiesta y a quien se va a dejar entrar a la misma. Estos principios son:

- a. Las partes de un convenio no pueden desobligarse o desvincularse de ir a arbitraje si así lo consintieron. En consecuencia los invitados que aceptaron asistir, ya no pueden dejar de hacerlo si la fiesta está convocada. Este principio, que no es otro que el de obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*) está protegido por principios como el de inevitabilidad del arbitraje, separabilidad del convenio y el *kompetenz-kompetenz*, que se orientan a limitar la creación de obstáculos que impidan que se arbitre.
- b. Un tercero al convenio arbitral no puede ser incorporado a la fiesta, si es que no ha aceptado participar en ella. El tercero podrá entonces oponerse al arbitraje planteando excepciones o defensas previas o incluso de fondo por las que

sostendrá que los árbitros no son competentes para juzgarlo al no ser parte del convenio.

- c. Un tercero no puede meterse a la fiesta sin el consentimiento de quienes ya están en ella. En ese caso serán quienes ya están incorporados en el arbitraje los que tendrán que oponerse a la incorporación del tercero, sosteniendo que están contractualmente facultados a rechazar su participación. En ese sentido defenderán la idea de la privacidad del arbitraje, es decir, de que el contrato convoca a las partes y solamente a las partes, y reforzaran su negativa con la idea de confidencialidad de las actuaciones arbitrales.

De estos principios se deriva la oponibilidad del laudo a los participantes en el arbitraje, y solamente a ellos. Ello puede significar que incluso partes de un convenio arbitral podrían no verse vinculados por el laudo dictado en un arbitraje derivado de dicho convenio, pero en el que no participaron ni se les dió oportunidad de participar, simplemente porque se de oponerles se estaría violado su derecho a defenderse y alegar en el mismo. Pero también se deriva de ello que quienes no son partes del convenio, y por tanto no pueden participar en el arbitraje, tampoco quedarán obligados por los términos del laudo.

La nueva Ley General de Arbitraje del Perú (en adelante la LGA) es la primera que ha regulado este tema legislativamente. El referido artículo señala:

“Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de so-

meterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

Desde el punto de vista legislativo el artículo 14 es una novedad a nivel mundial. No existe ninguna otra ley o cuerpo normativo que recoja una norma como la indicada. Sin embargo no es una absoluta novedad porque los principios contenidos en la norma están recogidos en diversa jurisprudencia arbitral y judicial y en la doctrina, como veremos más adelante.

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la LGA, el concepto de convenio arbitral se inspira en la Ley Modelo UNCITRAL con los aportes de la versión 2006 y que precisamente hace un desarrollo más abierto y da una mayor flexibilidad a dicho convenio. Y derivado de ello, la Ley peruana refleja la intención que toda interpretación del convenio arbitral se haga de manera extensiva, esto es favoreciendo la arbitrabilidad de las controversias.

Fiel a la Ley Modelo, ya el artículo 13 de la LGA rompe la concepción de un convenio arbitral entendido como sujeto a formalidades estrictas y limitativas. Por el contrario la norma favorece su vigencia y se aleja de aquellas concepciones que entendían el carácter escrito como una formalidad *ad solemnitatem*, admitiendo la posibilidad de probar la existencia de un acuerdo para

arbitrar por medios distintos a la simple prueba escrita¹.

El artículo 14, se enmarca dentro de la misma línea, pero va un paso más allá, y da una base para una interpretación que permita incluir dentro del convenio a personas que, sin haberlo suscrito, han consentido en su contenido.

Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual y escapa al contenido del artículo. El artículo 14 permite la incorporación de partes no signatarias, es decir de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo el ámbito del principio de buena fe.

Entonces no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación del convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito formal de validez), sino por hechos diferentes, que deben ser interpretados como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a los que se derivan de la regulación contractual ordinaria.

2. LA TARJETA DE INVITACIÓN A LA FIESTA: EL CARÁCTER CONTRACTUAL DEL CONVENIO ARBITRAL

¹ Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.(...)

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

Más allá de la discusión interminable, y muchas veces inútil, sobre la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, creemos que el tema de la naturaleza del convenio debe ser abordado desde una perspectiva práctica.

Incluso para quienes asumen que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, el convenio arbitral es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades dirigido a crear una relación jurídica de naturaleza patrimonial, más allá de si el procedimiento arbitral tiene o no naturaleza jurisdiccional. Si bien consideramos que el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional, y que el respeto que los órganos jurisdiccionales deben darle se deriva justamente de la obligación que existe de respetar lo que las partes acordaron, creo que para la discusión del alcance del artículo 14 el problema de la naturaleza es irrelevante. El artículo 14 se acoge a la teoría contractual del convenio, y busca definir diversas formas en que se puede entender que las partes han consentido en el mismo. Se aleja por tanto de una concepción procesal según la cual se pueden incorporar terceros a un proceso arbitral como si se tratara de la jurisdicción ordinaria.

Partiremos entonces que el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos, por el que, de manera voluntaria, las partes someten a particulares – los árbitros – la solución de sus conflictos, comprometiéndose así al cumplimiento de la decisión final que ellos adopten. Así la regla es que el carácter vinculante del arbitraje y del propio laudo proviene del acuerdo para arbitrar. El arbitraje es obligatorio porque se trata de un contrato, y por tanto vincula a las partes que

celebraron el convenio, y solamente a ellas.

La doctrina refiere que el arbitraje, “nace de un negocio jurídico, que como tal, **proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral**. Sin embargo, por medio del contrato de arbitraje **las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra**”² (el énfasis es nuestro).

Dicho consentimiento voluntario se ve plasmado en la suscripción de un convenio arbitral, el mismo que, como regla general, sólo puede ser oponible entre las partes firmantes del mismo, pues son ellas –y sólo ellas– quienes dieron su conformidad con tal pacto arbitral. Al respecto, TRAZEGNIES ha indicado que:

“Por su origen y por su naturaleza, **el convenio arbitral es un contrato**. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no signatarios. (...) Es en ese sentido que el artículo 1363 del Código Civil prescribe que **los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos**. En consecuencia, en tanto que contrato que **se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad**, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, **no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar**, sea por suscripción o por adhesión (arbitraje estatutario)³ (el énfasis es nuestro).”

² SALCEDO CASTRO, Myriam, *El Contrato de Arbitraje*, Legis Editores S.A., Bogotá, 2005. p. 114.

³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, en: *Revista Ius Et Veritas*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 29, 2004, p. 16.

fasis es nuestro).

Del mismo modo, SUÁREZ ANZORENA indica que “por regla general el arbitraje es una criatura contractual y, como tal, **tiene efectos únicamente entre quienes son partes de la relación jurídica convencional que lo funda y que a la vez lo contiene y limita: el acuerdo arbitral**”⁴ (el énfasis es nuestro).

Este criterio no es, gracias a la doctrina, la jurisprudencia arbitral y, en nuestro caso, gracias al artículo 14, absoluto, al menos en los términos expresados. Es por ello que venimos utilizando la expresión “en principio”, pues si bien normalmente las partes se someten al arbitraje en ejercicio de su autonomía privada, actualmente existen figuras en las que dicho sometimiento voluntario no requiere una manifestación expresa y por escrito de quién va a ser parte en el mismo, pudiendo una parte quedar vinculada a un convenio que no haya suscrito.

¿Cuál es el alcance del carácter contractual del convenio arbitral?

Bajo esta idea del convenio como figura contractual, son absolutamente ajenas al arbitraje, y por tanto impertinentes a la discusión, figuras como la del litisconsorcio, en el que la Ley autoriza la participación de personas distintas a los demandantes y demandados. Esas figuras, de naturaleza procesal civil, funcionan en una situación en el que el juzgador tiene una competencia abierta y general para juzgar a cualquiera, incluso así no sea parte del contrato que es objeto de discusión.

Pero el árbitro está en una situación totalmente diferente a la de un juez ordinario. Su competencia se deriva de un contra-

to, de un acuerdo de voluntades, y por tanto solo vincula a las partes de dicho acuerdo. Su competencia es tan relativa como relativos son los alcances del contrato del que se origina. El principio de relatividad del convenio adquiere así una doble dimensión, porque el contrato no solo obliga a las partes a cumplir sus obligaciones, sino que limita a ellas el mecanismo de solución de conflictos pactado. El resultado de ello es que un laudo que pretenda obligar a quien no es parte del convenio, o quien siéndolo, no fue parte en un arbitraje, pueda estar viciado de nulidad.

3. LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 14 COMO HERRAMIENTA DE NATURALEZA CONTRACTUAL

El artículo 14 respeta la esencia de los principios enumerados en el numeral anterior, pues respeta el carácter contractual del convenio. Por ello hay que ser cuidadoso en afirmar que la norma permite incorporar terceros al arbitraje.

Sin embargo, el requisito de voluntariedad, como veremos más adelante, está ligado al principio de buena fe. La voluntad tiene que estar ligada a una conducta leal y ajustada a un deber de colaboración. La voluntariedad no se determina al momento en que el conflicto surge. De hecho si una parte se resiste a arbitrar u otra a la incorporación de alguien a un arbitraje, es porque en ese momento no tiene la voluntad de que se arbitre. Pero al igual como ocurre en un contrato, la parte que se resiste a cumplir su obligación de entrega de un bien, carece la voluntad de ejecutar lo acordado. Lo relevante es ver si de la conducta desarrollada por la parte se puede presumir que existió, o debía derivarse en buena fe, la voluntad de

⁴ SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, en: Revista Internacional de Arbitraje. N° 2. Universidad Sergio Arboleda: Comité Colombiano de Arbitraje y Legis; Enero – Junio 2005, p. 57.

arbitrar, así en el momento en que surja el conflicto ya no se quiera ir a arbitraje.

Un conjunto de supuestos, no pertinentes al artículo 14, son los llamados arbitrajes obligatorios y los de adhesión, como los que se presenta en la contratación pública⁵, el arbitraje estatutario⁶, los contratos por adhesión⁷ y los arbitrajes testamentarios⁸. En algunos de estos casos la “invitación” a la fiesta está definida por la Ley o en otros por una definición de una forma particular de consentimiento (la adhesión).

Los supuestos que nos interesan para este comentario son los referidos (i) a aquellos cuyo consentimiento de someterse al arbitraje se determina por su participación activa en el contrato que comprende o al que está vinculado el convenio; y (ii) a quienes pretenden derivar algún derecho o beneficio

del referido contrato⁹.

En el primer grupo de supuestos, estamos ante figuras que no necesitan ni exigen de suscripción del convenio arbitral por las partes en el arbitraje. Como señala TRAZEGNIES, refiriéndose a los primeros supuestos, comentando precisamente algunas de estas figuras, “en estas situaciones, tenemos un **arbitraje entre personas que no suscribieron convenio alguno** y que quizá no hubieran querido estar envueltas en un arbitraje. **Los sucesores simplemente continúan** – quizá contra su voluntad – en la posición de aquel a quien suceden. **Los socios que no firmaron el acuerdo constitutivo y que ingresan posteriormente a la empresa, no firmaron tampoco acuerdo alguno**”¹⁰ (el énfasis es nuestro).

El problema del artículo 14 es uno

⁵ Figura contemplada en el artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de Perú, de la siguiente manera:

“Artículo 53.- Solución de controversias.-

(...)

53.2 Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad. (...)”.

⁶ Figura contemplada en el artículo 12 de la LGA, de la siguiente manera:

“Artículo 12.- Arbitraje Estatutario.- Constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social”.

⁷ Figura contemplada en el artículo 11 de la LGA, de la siguiente manera:

Artículo 11.- Convenios arbitrales y relaciones jurídicas estándares.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en Cláusulas Generales de Contratación o Contratos por Adhesión, serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o hayan sido conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria.

⁸ Figura contemplada en el artículo 13 de la LGA, de la siguiente manera:

“Artículo 13.- Arbitraje Testamentario.- Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas”.

⁹ “Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretenden derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

¹⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, Op. cit., p. 21.

distinto. Tiene más que ver con formas de expresar la voluntad de arbitrar y de las que potenciales invitados a la fiesta o anfitriones renuentes a permitir la entrada de otros invitados, no deberían poder escapar sin estar vulnerando la buena fe con la que deberían actuar, porque en el fondo si han consentido, aunque su consentimiento no este expresado de la manera usual.

Cuando uno atiende a la naturaleza contractual del arbitraje y la compara con el carácter jurisdiccional de la competencia del juez ordinario, encuentra la dificultad principal que se enfrenta al querer incorporar a cualquiera a un arbitraje. Como refiere CAIVANO, “en los tribunales judiciales es generalmente posible incorporar al proceso a múltiples partes y acumular o consolidar varios procedimientos entre las mismas partes. **En el arbitraje, en cambio, la multiplicidad de partes en una o varias relaciones jurídicas vinculadas o la multiplicidad de relaciones jurídicas aun entre dos únicas partes plantean importantes dificultades. En buena medida, esas dificultades se presentan porque, a diferencia de la jurisdicción estatal, de fuente legal y obligatoria, la arbitral es de base contractual y depende de la existencia de una voluntad inequívoca de todas las partes de someterse a la decisión de los árbitros**”¹¹ (el énfasis es nuestro).

Por la naturaleza contractual del arbitraje no es posible acudir a mecanismo como los usados en los Códigos Procesales que admiten la participación de terceros cuyos intereses puedan verse afectados por la sentencia. Como decíamos, la idea de li-

tisconsortes es ajena y extraña al arbitraje a pesar que no es extraño ver que se invoca y, más preocupante aún, ver que se admite por ciertos tribunales arbitrales que, al hacerlo, podrían estar viciando su laudo de nulidad.

Pero a su vez la Ley tenía que plantear una solución consistente a la naturaleza del arbitraje. Como señala TRAZEGNIES “**si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas, excluyendo a los terceros involucrados pero no signatarios, puede ir perdiendo efectividad –y por tanto utilidad– como medio de resolución de conflictos** en un mundo cada vez más complejo, donde las controversias nacen dentro de una red entrelazada de relaciones directas e indirectas”¹² (el énfasis es nuestro).

TRAZEGNIES más adelante agrega que, “**si bien el arbitraje surge de un contrato privado, no puede olvidarse que el árbitro es siempre juez** y que, por consiguiente, **tiene ante todo un compromiso primordial con la posibilidad de llegar a una solución justa dentro de una controversia dada**”¹³ (el énfasis es nuestro).

Si bien no compartimos plenamente parte de la aproximación de TRAZEGNIES, en el extremo en que parecería sugerir que el árbitro podría incorporar a terceros por ser un juzgador, si plantea que si el Derecho no aborda el problema y encuentra una solución adecuada, la eficacia del arbitraje estaría seriamente en juego.

Por ello la LGA no buscó la solución en figuras procesales ajenas que no se basan

¹¹ CAIVANO, Roque J., “Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples”, en: Revista Peruana de Arbitraje. N° 4, Magna Ediciones. Lima, 2007, p. 67.

¹² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, en: Revista Ius Et Veritas, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú N° 29, 2004, p. 18.

¹³ Ibid.

en el carácter contractual del convenio arbitral. Lo que se buscó es, en consistencia con lo que la jurisprudencia ya venía desarrollando, resolver el problema contractualmente, mediante una mejor definición de que se puede entender por consentimiento. En esa línea no es intención del artículo 14 autorizar a traer a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no es posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar que no firma el mismo. A quien se trae al arbitraje y se hace extensivo los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte no signataria. Ello, recién reconocido por la nueva LGA, estaba ya ampliamente reconocido en la doctrina y en la práctica arbitral internacional.

Por ello la norma, en su primera parte, se basa en dos conceptos centrales: (1) derivar el consentimiento, y (2) principio de buena fe. Si no es posible derivar un consentimiento la primera parte del artículo no es aplicable y no se puede incorporar a la persona al arbitraje. Y para interpretar el consentimiento se debe actuar bajo la lógica de la buena fe.

La segunda parte añade un concepto, que es pretender derivar un beneficio de un contrato. En realidad de ese hecho también se deriva un consentimiento, pues quien desea acceder al beneficio debe presumirse que está dispuesto a sujetarse a los límites y obligaciones que ese beneficio significa, incluido el tener que acudir a un arbitraje.

Así, por ejemplo, si una empresa de un grupo económico transfiere a otra empresa del mismo grupo, un activo importante para defraudar una deuda derivada de un contrato sujeto a un convenio arbitral, puede derivarse de la intención de defraudar de la empresa que recibe el bien estaba tratando de evadir los efectos de una relación jurídico obligatoria. Su simple conducta y el con-

sentir a la defraudación, implica, en buena fe, reconocer que debe quedar vinculada por los efectos de sus actos. Así esa empresa debe entenderse como parte en un arbitraje, porque conscientemente contribuyó al intento de evadir los efectos del contrato y del convenio arbitral a él vinculado. El consentimiento se deriva no de su intención declarada de someterse a arbitraje, sino de su intención de contribuir conscientemente a tratar de sustraer al obligado de las consecuencias del arbitraje que conocía.

Nótese que con ello la LGA está estableciendo algunos principios de formación de consentimiento diferentes a los recogidos en las reglas contractuales ordinarias. Puede derivar el consentimiento sin que haya en estricto una oferta y una aceptación en términos convencionalmente aceptados para los contratos. Está autorizando, con el uso del principio de buena fe, que por medios de conductas u omisiones, pueda inferirse un consentimiento, incluso en supuestos en que dicha conducta no tenga carácter recepticio, es decir no se haya formulado para ser dirigida a las otras partes del convenio arbitral. En esa línea el artículo 14 debe ser entendido como una regulación que describe formas distintas a las del Código Civil o las normas de contratos ordinarias de formar un consentimiento.

Algo similar se deriva del segundo supuesto contemplado en el actual artículo 14 de la LGA, referido a que el convenio arbitral se extiende a quienes pretendan derivar beneficios del contrato. En ese caso tampoco hay, en estricto, una intención de someterse a arbitraje bajo los moldes convencionales, pero sí una voluntad que en buena fe conduce a que la parte quede vinculada por el convenio. Por ejemplo, si el beneficiario de un seguro, en el supuesto que fuese diferente al asegurado, pretende, para reclamar su indemnización, recurrir al Poder Judicial y no al arbitraje pactado en el contrato de

seguro, su conducta no es consistente con la buena fe. Si bien no suscribió la cláusula arbitral, pretende derivar un beneficio de un contrato sujeto por las partes a arbitraje. En buena fe no puede acogerse su voluntad de desvincularse de una consecuencia a la que las partes que suscribieron el contrato que le concede el beneficio, quisieron someterse. Consentir al beneficio concedido significa aceptarlo con todas sus consecuencias, las deseadas y las no deseadas. Y ello incluye la consecuencia de arbitrar.

Volteando la figura, lo mismo se aplica a la empresa de seguros que pretenda negarse a arbitrar sosteniendo que el beneficiario del seguro no suscribió la póliza y que por tanto no es parte tampoco del convenio arbitral. Si bien en estricto no suscribió un convenio con dicha parte, sí sabía que un beneficiario podía solicitar los derechos que generaba el contrato. Por tanto, debe entenderse que, en buena fe, aceptó arbitrar no solo con su contraparte, sino con cualquiera que solicitara recibir el beneficio del contrato. Por supuesto que la empresa de seguro podrá negarse a arbitrar si del contrato se deriva un acuerdo expreso e indubitable de que el convenio arbitral no es extensible a beneficiarios. Pero de no decirse nada en contra, puede derivarse, en buena fe, su voluntad de arbitrar.

Como señala SUÁREZ ANZORENA, si bien en principio el arbitraje es una figura contractual “sin embargo, **la práctica del arbitraje internacional**, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, **revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten**

extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifica, en aras de proteger el universal principio de la buena fe¹⁴ (el énfasis es nuestro).

En la misma línea los profesores ALAN REDFERN y MARTIN HUNTER, junto con NIGEL BLACKABY y CONSTANTINE PRATASIDES han sostenido que la exigencia de un acuerdo firmado y por escrito no excluye la posibilidad de que el mismo alcance también a no signatarios. En efecto, señalan lo siguiente:

“b) terceros respecto del acuerdo arbitral

El consentimiento de las partes es un requisito previo del arbitraje. **Dicho consentimiento se instrumenta mediante el acuerdo arbitral que por lo general, como se analizó anteriormente, se celebra por escrito y está firmado por las partes. Sin embargo, la exigencia de que exista un acuerdo firmado y celebrado por escrito no excluye por completo la posibilidad que un acuerdo arbitral celebrado en forma adecuada entre dos o más partes obligue también a terceros**¹⁵ (el énfasis es nuestro).

CAIVANO inclusive señala que “**puede decirse sin exagerar que, en abstracto, no hay dudas acerca de la posibilidad de incorporar al juicio arbitral a quien no ha sido firmante de la cláusula arbitra: el solo hecho de no ser firmante directo del acuerdo no implica que no pueda verse obligado por sus efectos**¹⁶ (el énfasis es

¹⁴ SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, en: Revista Internacional de Arbitraje. N° 2, Universidad Sergio Arboleda: Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Enero – Junio 2005, pp. 57-58.

¹⁵ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PRATASIDES Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. 4ª Edición. Edición en español – Editorial La Ley, Buenos Aires: 2007, p. 240.

¹⁶ Ibid.

nuestro).

Sin embargo, deja claro “que **tampoco puede predicarse, en sentido opuesto, que la extensión de las consecuencias del acuerdo arbitral a terceros pueda hacerse de manera automática ni que esta conclusión pueda ser universalmente aplicada**”¹⁷ (el énfasis es nuestro).

Finalmente, CAIVANO indica que “**hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral**. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de “terceros”, que por alguna razón pueden considerarse “asimilados a las partes”¹⁸” (el énfasis es nuestro).

4. ELEMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14

En esa línea consideramos que el artículo 14 puede servir de base, por su estructura, para la incorporación de los principales supuestos, recogidos en la jurisprudencia y en la doctrina, para la incorporación de partes no signatarias al contrato. Estos elementos son:

4.1. Consentimiento

Como ya se indicó el artículo 14 no persigue la incorporación al arbitraje de personas que no han consentido al mismo. Es justamente lo contrario. Persigue determinar qué supuestos pueden ser entendidos como forma de consentimiento a arbitrar,

incluso en casos en que el consentimiento no se ajuste a los requisitos requeridos en la legislación contractual común para el perfeccionamiento de un contrato. Durante la discusión en el seno de la Comisión que redactó la Ley, en torno al artículo 14 se buscaron identificar supuestos de hecho en que podía entenderse que tal consentimiento podría existir. La Comisión que elaboró el proyecto desistió de tal forma de regular el problema cuando advirtió que era muy difícil contemplar con claridad todos los supuestos posibles. Por eso cambió la perspectiva y prefirió usar una cláusula general, de texto abierto, para que el intérprete la llenara de contenido. En otras palabras, dejó un texto que permite al intérprete del convenio arbitral definir qué puede entenderse como “consentir”. De esta manera el artículo se enmarca dentro de la tendencia de la jurisprudencia y la doctrina, que se orienta precisamente a buscar como la persona pudo consentir, así no haya firmado el convenio o incluso no haya participado necesariamente en su celebración.

4.2. Buena fe

El artículo acude en ayuda del intérprete y le indica que la interpretación sobre la existencia de consentimiento debe hacerse según las reglas de la buena fe. Con ello se evitó tener que hacer una enumeración exhaustiva de supuestos, quedando una norma general, donde el estándar de lealtad se convierte en un mecanismo de interpretación. De hecho el término buena fe fue incorporado al final de la redacción, literalmente el día anterior al envío del proyecto al Poder Ejecutivo para su aprobación. En la discusión interna en la Comisión se indi-

¹⁷ CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, Op. Cit.

¹⁸ CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, en: http://www.limaarbitration.net/roque_j_caivano.pdf.

có que la buena fe puede servir para cubrir cualquier olvido o vacío que la norma pudiera dejar pero la realidad pudiera demandar. Ello hace la norma permeable a nuevas situaciones o prácticas comerciales que, con el tiempo, puedan ser relevantes para derivar el consentimiento.

4.3. Participación activa y determinante

El consentimiento no se deriva de cualquier participación. Actos de mera asesoría o de apoyo no pueden tener ser considerados como formas de consentir. No es cualquier participación. Es una participación de tal naturaleza que de ella se derive una relevancia significativa en los hechos o asuntos que terminan siendo objeto de arbitraje. La conducta debe generar la sensación clara que sería injusto e inadecuado dejar a la persona fuera del arbitraje, y que permitir evadir sus consecuencias sería consentir en una conducta fraudulenta. Por ejemplo, si la subsidiaria fue la que ejecutó las obligaciones asumidas por la principal, que era la que había firmado el convenio, la primera queda sometida al convenio porque sin su participación el contrato no se habría ejecutado. En consecuencia su participación fue determinante.

4.4. Negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato

No solo la conducta debe ser relevante, sino vinculada al contenido contractual. No es una conducta satelital al contrato, sino referida al contrato mismo. Los casos de ejecución parecen los más claros. Si la parte que se pretende traer a arbitraje ejecutó en parte o el total de las obligaciones, podrá ser traída al arbitraje. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA, en una conferencia dictada en

Lima a propósito de la entrada en vigencia de la LGA¹⁹, señaló que tenía dudas sobre la inclusión del supuesto de participación en la negociación. Decía que una matriz que negocia a un contrato y luego decide usar un vehículo societario distinto (una subsidiaria local) precisamente porque no quiere asumir la responsabilidad del contrato, podría ver afectada su intención si luego, por el mérito del artículo 14, puede ser traída al arbitraje. Si bien puede ser una preocupación atendible, lo cierto es que ello debe ser mirado desde la perspectiva de la buena fe. Si del contexto de la negociación se deriva que esa fue la intención, el Tribunal Arbitral no debería admitir la incorporación. Y en todo caso, el riesgo puede ser minimizado con una adecuada redacción del convenio arbitral señalando expresamente en el mismo que éste no puede ser expandido a empresas diferentes a la que lo suscribe.

4.5. Pretender derivar un beneficio del contrato

Como ya se analizó antes, la segunda parte del artículo 14 permite incluir en el arbitraje a aquel que pretenda derivar un beneficio del contrato. Un ejemplo muy claro es el del contrato a favor de tercero. En ese caso el beneficiario que pretenda exigir el beneficio contractual estará sujeto al arbitraje pues, en buena fe, no podría solicitar una parte de lo acordado (aquello que lo beneficia) sin asumir las cargas y obligaciones que sean necesarias para exigir su derecho. Situación similar se dará en el caso de la cesión de derechos o de la cesión de posición contractual. En esos casos no podrá usarse la separabilidad del convenio arbitral para alegar que el mismo no es exigible o no incorpora al cesionario. El que en la sesión no se haya hecho mención a que ésta incorpora el convenio arbitral, no es argumento para

¹⁹ Seminario sobre la Nueva ley de Arbitraje de Perú. Centro de Arbitraje de Amcham, Lima. Septiembre, 2008.

sustraerse a los alcances de la obligación de arbitrar.

5. CASOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14

Como se puede ver, dada la cantidad de supuestos a los que el artículo 14 resultaría aplicable no es nuestra intención abordar la imposible tarea de cubrirlos en este comentario. Por ello comentaremos cuáles consideramos pueden ser los casos más comunes, sin con ello pretender limitar la aplicación del artículo cuyo texto abierto permitirá posiblemente cubrir muchas más situaciones.

Uno de los casos en que con mayor precisión se han definido los posibles supuestos de expansión del convenio a no signatarios es el caso *Thomson*²⁰. Si bien la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos denegó la pretensión de la demandante de extender la demanda arbitral a Thomson-CSF, S.A., adquirente de la sociedad que había suscrito el contrato con la cláusula arbitral (*Redifussion Simulation Ltd*), dicha Corte aprovechó la oportunidad y sistematizó los supuestos en que los efectos de un convenio arbitral pueden alcanzar a un no signatario:

“(a) Si esa parte es firmante de un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida

en el otro contrato. (...), (b) Si su conducta indica que está aceptando someterse a arbitraje, (c) (...) Si existe, entre el firmante y el no-firmante, una relación de representación o agencia; (d) Si la relación entre la matriz y su subsidiaria es suficientemente cercana como para justificar que se corra el velo societario (*Penetración del velo societario*); (e) Si quien alega no estar alcanzado por la cláusula arbitral tuvo previamente una conducta contradictoria con esa alegación (*Estoppel*)”²¹.

Por su parte, BAGOT y HENDERSON señalan que “tradicionalmente, existen cinco teorías del derecho de contratos que constituyen **excepciones a la obligación de suscripción del convenio arbitral**. Estas excepciones son principios del derecho contractual del *common law*, y específicamente incluyen: (1) agencia, (2) *estoppel*, (3) *alter ego* / levantamiento del velo, (4) incorporación por referencia, y (5) *asunción*”²² (el énfasis es nuestro).

Por su parte SUÁREZ ANZORENA, en la exposición que realizó en Lima comentando la nueva Ley antes citada²³ hizo incluso una enumeración más amplia, aunque entendemos que varios de los supuestos están comprendidos bajo algunos de los rubros antes citados. Su enumeración incluye: (1) incorporación por referencia, (2) *asunción* de la obligación de arbitrar, (3) representación o

²⁰ Caso *Evans & Sutherland Computer Corporation c. Thomson – CSF S.A.*, adquirente de la sociedad que había suscrito el contrato con la cláusula arbitral (*Redifusión Simulation Ltd.*). La referencia al caso en cuestión la encontramos en: CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, Op. Cit. p. 129.

²¹ CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, Op. cit., p. 130.

²² Traducción libre del siguiente texto:

“Traditionally, there are five theories of agency and contract law that constitute exceptions to the signature requirement. The exceptions are common law principles of agency and contract, and specifically include: (1) agency, (2) *estoppel*, (3) *alter ego/veil piercing*, (4) incorporation by reference, and (5) *assumption*”.

TEXTO EN: BAGOT JR., MICHAEL H. y Dana A. HENDERSON. Not party, not bound? Not necessarily: Binding third parties to maritime arbitration, en: *Tulane Maritime Law Journal*. Vol. 26. 2002. p. 436.

²³ Seminario sobre la Nueva ley de Arbitraje de Perú. Centro de Arbitraje de Amcham, Lima. Septiembre, 2008.

agencia, (4) descorrimiento velo *alter ego*/ grupo de sociedades, (5) estoppel/equitable estoppel, (6) cesión de contrato, (7) novación, (8) sucesión por operación legal (por ejemplo casos de insolvencia), (9) subrogación, y (10) tercero beneficiario.

No vamos a analizar todos los supuestos, sino los que consideramos más importantes. Pondremos algún énfasis y dedicaremos algo más de espacio en el más interesante, vinculado a los grupos de empresas y levantamiento del velo societario. En los casos que analicemos veremos el tema tanto desde la perspectiva del no signatario que pretende ser traído al arbitraje, como del anfitrión de la fiesta, es decir el signatario que pretende evitar la entrada de un supuesto no invitado.

5.1. Incorporación por referencia

Este supuesto es recogido doctrinaria y jurisprudencialmente como un supuesto de incorporación de partes no signatarias del convenio arbitral. Cubre el supuesto que una parte queda vinculada a un convenio arbitral, así no lo haya suscrito, si el contrato que ha celebrado hace referencia a dicho convenio de manera que pueda derivarse la intención de quedar sujeto al mismo.

Sin embargo en la LGA este no es un supuesto de aplicación del artículo 14 porque está expresamente regulado en el numeral 6 de artículo 13 de la misma Ley, y que es objeto de un comentario distinto²⁴.

5.2. Representación y agencia

Un primer caso de aplicación es la incorporación al arbitraje del agente o representante de una empresa que si ha firmado

el convenio arbitral. Por ejemplo, una empresa extranjera utiliza como representante comercial o agente a una empresa local, la que supuestamente actúa para concretar la venta pero desarrolla una actividad que va más allá de esos alcances. Por ejemplo pasa a ejecutar directamente las obligaciones del contrato (sin estar formalmente obligada a ello) llegando en ocasiones a facturar directamente por la ejecución de las prestaciones a cargo de la empresa extranjera. Luego, cuando surge la controversia, el agente se niega a arbitrar sosteniendo que él no es parte en el contrato ni en el convenio arbitral, al no haberlo suscrito.

Otro alcance es el caso de la empresa que es autorizada por otra a usar sus marcas o imagen comercial y en base a dicho uso, autorizado y apoyado abiertamente por la empresa principal, consigue clientes. Si bien formalmente solo la franquiciada o agente comercial suscribe los contratos, en los hechos hay una participación activa de la titular de las marcas y la imagen comercial en la ejecución del contrato. En esos casos la principal podría ser incorporada al arbitraje.

En los casos reseñados no parecería necesaria la existencia de vinculación de propiedad (accionariado) entre las empresas, siendo suficiente su participación activa del agente principal o de la empresa franquiciante, en su caso.

Desde otra perspectiva el cliente tampoco podría negarse a la participación del agente o representante que gestionó directamente la ejecución del contrato y que no suscribe el convenio arbitral, si consintió y aceptó dicha gestión. Imaginemos que luego de ejecutada la entrega de las prestaciones,

²⁴ "Artículo 13º.- Contenido y forma del convenio arbitral.- (...)

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".

el cliente se niega a pagar y la empresa extranjera que firmó efectivamente el contrato pero que dejó que el agente lo ejecutara, tampoco reclama el pago. El agente podría usar la cláusula arbitral para reclamar el cumplimiento de la obligación o incluso participar en el arbitraje en el que la empresa extranjera y el cliente discuten, por ejemplo, la nulidad o el adecuado cumplimiento de las prestaciones ejecutadas.

5.3. Estoppel/Equitable Estoppel/Doctrina de actos propios

Si la conducta de una parte genera la legítima expectativa en la otra que está dispuesta a arbitrar, entonces quedará sujeto a la obligación de hacerlo. Esta es una simple derivación de la doctrina conocida en el common law o en derecho internacional como estoppel, o en los ordenamientos de origen romano germánico, como doctrina de los actos propios.

El caso más obvio es el de una empresa que admite participar en un arbitraje a pesar de no ser signataria del convenio, y luego pretende excepcionar su participación en otro arbitraje bajo la misma cláusula arbitral alegando que no la ha firmado. La contradicción con su conducta anterior no le permite excepcionar, pues finalmente consintió que estaba dispuesta a arbitrar.

Pero hay casos más problemáticos. La empresa que con su conducta acepta que está obligada por los términos de un contrato al ejecutarlo y luego pretende oponerse al convenio arbitral contenido en ese mismo contrato.

Podríamos decir que la propia redacción del artículo 14 refleja su clara inspiración en esta doctrina. De hecho la redacción final parece reflejar todos los elementos exigidos para su aplicación. Así el artículo se refiere a una conducta determinante en algu-

na etapa de la vida del contrato y que cuyo actor pretende luego contradecir negándose a aceptar los términos del convenio arbitral al que dicho contrato está sujeto o ligado.

Y no es extraño entonces que el artículo 14 hable de la buena fe, que es el fundamento en nuestro sistema para la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Según la Doctrina de los Actos Propios no es legítimo desconocer con la mano izquierda lo que hace con la derecha. Ello ocurre sólo cuando: (1) la mano derecha y la izquierda pertenecen al mismo centro de imputación (identidad de sujetos); (2) lo que la mano derecha ha hecho anteriormente permite derivar con claridad que la mano izquierda se encuentra obligada posteriormente a conducirse de la misma manera (carácter vinculante de la conducta original); y, (3) efectivamente la mano izquierda está haciendo algo incompatible con lo que hizo la mano derecha (contradicción entre la conducta original y la conducta posterior).

En el caso de la extensión del convenio arbitral podríamos decir que la obligación de arbitrar surge cuando la mano derecha se ha comportado aceptando las consecuencias del contrato y luego la mano izquierda pretende negar el carácter vinculante del convenio arbitral referido al contrato que la mano derecha aceptó.

La Doctrina de los Actos Propios busca fomentar que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano. De esta manera, sanciona a las personas que se comportan contradictoriamente quitándoles la posibilidad de reclamar o negar derechos que en un primer momento sí hubieran podido reclamar o negar.

El fundamento es que la mayoría de personas actúan, en base al principio de buena fe, confiando en los demás. Por lo tanto, si

alguien actúa de tal manera que su conducta aparenta que no reclamará un derecho, no puede luego hacer valer ese derecho contra quien confió en tal apariencia. Se trata pues de una norma de buena conducta, basada en la buena fe. Pero su aplicación significa el nacimiento de una sólida confianza en la conducta futura del agente basado en indicadores claros que le den carácter vinculante a la conducta originaria. A ello se refiere el artículo 14 cuando exige una participación activa y determinante en la celebración, ejecución o terminación del contrato.

AUGUSTO MORELLO, al definir la Doctrina de los Actos Propios, señala²⁵:

“El fundamento estará dado en razón que la conducta anterior ha generado –según el sentido objetivo que de ella se desprende– confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen”.

Son muchos los autores que se expresan en términos similares²⁶.

El problema relevante se presenta en relación a dos conductas (una anterior y otra

posterior) que pueden entrar en contradicción. Los tres requisitos básicos son entonces que:

- a. Existe una conducta original, que por su naturaleza, circunstancia y características genera una confianza en la otra parte que, bajo el principio de buena fe, indica con claridad que se ha generado un vínculo (obligación) de seguir comportándose de la misma manera. Así si ha dado a entender que se encuentra vinculado por el contrato, la contraparte puede derivar que se encuentra también vinculado por el convenio.
- b. Existe una conducta posterior que entra en contradicción con la anterior. Así, la negativa a arbitrar entra en contradicción con la conducta que muestra a la parte como vinculado por el contrato.
- c. Ambas conductas son desarrolladas por el mismo centro de imputación, es decir por el no signatario.

Es importante, sin embargo, aclarar que la doctrina no se aplica solo al no signatario, sino a la parte signataria, que habiendo aceptado la participación de la no signataria en alguna de las etapas de la vida del contrato, pretende negar que esta última solicite o entre al arbitraje.

²⁵ MORELLO, Augusto, *Dinámica del Contrato. Enfoques*, Librería Editorial Platense, 1985. p. 59.

²⁶ Por ejemplo Emilio BETTI (citado por DIEZ PICAZO, Op cit., p. 245) señala “**La buena fe, hemos dicho varias veces, implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever**”. (el énfasis es nuestro). LEHMANN (citado por DIEZ PICAZO, Op cit., p. 245) indica que “*La necesidad de coherencia del comportamiento limita los derechos subjetivos y las facultades del sujeto, que sólo pueden ser ejercitadas en la medida en que éste ejercicio sea coherente o compatible, no contradictorio, con el comportamiento anterior*”. ALSINA ATIENZA (citado por BORDA, Teoría de los Actos Propios, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 41) indica que la doctrina “*Se reduce a que, quien, mediante cierta conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquel mantendrá su comportamiento en lo sucesivo, deberá, sí, mantenerlo efectivamente, aunque en su fuero interno hubiere abrigado otro propósito en realidad*”.

En síntesis, si los requisitos señalados se cumplen durante la ejecución de un contrato, y generan la expectativa razonable que la parte se sujetará a arbitraje, entonces deberá entenderse que la parte está vinculada a la obligación de arbitrar.

5.4. Levantamiento del velo societario/ grupos de sociedades

Este supuesto es uno de los que el artículo 14 abre la puerta con mayor novedad y es uno de los más interesantes, pero a su vez uno de los más problemáticos. Por su naturaleza y complejidad, le prestaremos especial atención en este comentario.

El levantamiento del velo societario en el contexto de la existencia de un convenio arbitral plantea un doble problema, lo que hace aún más complicada la aplicación de esta teoría. A diferencia de un caso judicial en la que el juez enfrenta un importante pero único reto de relativizar el principio de responsabilidad limitada, en el caso de que exista una cláusula arbitral, la propia competencia del árbitro depende del levantamiento. El árbitro tiene que declararse competente para juzgar a una empresa o persona que no ha suscrito el documento del cual deriva su competencia.

A ello se le añade el problema que, al inicio del arbitraje, aún no se han actuado las pruebas, con lo que es difícil saber si corresponde o no levantar el velo e incorporar a la persona en cuestión como parte. Por eso los árbitros suelen verse forzados a tomar la

decisión de asumir provisionalmente competencia hasta poder determinar en el laudo si existe o no los elementos para levantar el velo. En ese momento recién está claro que es competente y que puede relativizar el principio de responsabilidad limitada. No son pues casos fáciles bajo ningún punto de vista.

Este tipo de casos han generado una interesante pero a su vez poco precisa jurisprudencia en el campo arbitral, siendo la jurisprudencia francesa la pionera en la extensión de la cláusula arbitral a los no signatarios, conformantes del mismo grupo económico. Precisamente el caso francés “Dow Chemical” (Dow Chemical France vs. Isover Saint Gobain) constituye la doctrina principal en lo que a esta teoría se refiere²⁷.

Si bien dicho caso trató de la inclusión de empresas subsidiarias –no signatarias de un convenio arbitral– en la parte demandante, se trata del caso más emblemático y a partir del cual la doctrina en cuestión ha sido utilizada y extendida en numerosos casos de la Cámara de Comercio Internacional de París, (CCI) “no sólo para expandir el universo de demandantes, sino para expandir el universo de los demandados”²⁸.

En dicho caso, la controversia tuvo origen en dos contratos idénticos que vinculaban a Dow Chemical AG (Suiza) y Dow Chemical Europe con Isover Saint Gobain. En la parte pertinente, los contratos establecían que las controversias que surgieran respecto de ellos se someterían a las reglas de

²⁷ La referencia al caso en cuestión la encontramos en REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Op. Cit. p. 241; en CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, Op. Cit. p. 125; en: SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, Op cit., p. 61; en: Collection of papers presented at ICC International Court of Arbitration & Singapore International Arbitration Centre Symposium on Institutional Arbitration in Asia 18 – 19 February 2005. Singapore. pp. 10 – 11; entre otros.

²⁸ SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, Op cit., p. 62.

arbitraje de la CCI.

Como consecuencia de crecientes discordancias entre las partes, tanto las empresas Dow Chemical Suiza y Europe, como la subsidiaria Dow Chemical Francia e inclusive la matriz Dow Chemical Estados Unidos, iniciaron un procedimiento arbitral contra Isover Saint Gobain. Sin embargo, esta última solicitó la exclusión de la subsidiaria de Francia y la matriz de Estados Unidos, alegando que no eran partes del acuerdo arbitral. No obstante, al analizar las circunstancias en las que se había celebrado el contrato principal, el Tribunal Arbitral determinó que se había demostrado que Dow Chemical Company (USA) era el eje central de la relación contractual finalmente establecida entre ciertas entidades del grupo y los distribuidores.

En ese sentido, atendiendo a los principios de “unidad y realidad económica” el Tribunal entendió que el grupo de empresas constituía “una única realidad económica (“une réalité économique unique”) que debía tomar en consideración el tribunal arbitral al determinar que tenía competencia sobre todas las partes designadas. En tal sentido, el Tribunal Arbitral expresamente manifestó que **“la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debería obligar a las otras sociedades que, por su rol en la celebración, el cumplimiento o la extinción de los contratos en los que se insertan dichas cláusulas, y de conformidad con la voluntad común de todas las partes involucradas en el proceso, parecen haber sido auténticas partes de dichos contratos o haber sido principalmente afectadas por**

ellos y por las controversias a las que pueden dar origen”²⁹ (el énfasis es nuestro). En otras palabras, y en el lenguaje del artículo 14, las sociedades del grupo habían tenido una participación activa y de maneras determinante, en la negociación, celebración, ejecución o terminación de los contratos.

Posteriormente el caso llegó a la Corte de Apelación de París la que se negó a anular la decisión del referido Tribunal Arbitral, sosteniendo que aún no habiendo suscrito las terceras empresas el convenio arbitral, por encontrarse ante una única voluntad común, el mismo sí les resultaba aplicable. En efecto, la Corte de París señaló:

“siguiendo una interpretación autónoma de los acuerdos y documentos intercambiados al momento de su negociación y celebración, los árbitros decidieron, por motivos pertinentes y coherentes y en función de la voluntad común de todas las empresas involucradas, que Dow Chemical France y The Dow Chemical Company (USA) **revestían el carácter de partes de dichos acuerdos aunque de hecho no los hubieran suscrito, y que por ende la cláusula compromisoria también a ellas les resultaba aplicable**”³⁰ (el énfasis es nuestro).

Como se ve la Corte, en la línea de nuestra LGA, plantea para resolver el caso que debe distinguirse el concepto de parte del concepto de signatarios. Se puede no haber firmado el convenio y aún así mantenerse como parte.

Posteriormente, otras decisiones de la

²⁹ En: REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES Constantine, Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional, Op. Cit., p. 241.

³⁰ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES Constantine, Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional, Op cit., p. 241.

ICC han ido desarrollando esta teoría, enfocando la misma hacia la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias –en calidad de demandados– dada la voluntad fraudulenta con la que fueron creadas. Así, en el caso N.º. 5103 de la ICC, se utilizó dicha teoría, con el fin de proteger la seguridad de las relaciones comerciales:

“Las tres sociedades demandantes, luego de la conclusión, ejecución, incumplimiento y renegociación de la relación contractual mantenidas con las demandadas, aparecen, según la voluntad común de las partes, al proceso como verdaderas partes en la totalidad de los contratos. Este análisis se apoya, tanto en forma como en fondo, en una marcada y aprobada tendencia de la jurisprudencia arbitral favorable al reconocimiento, en tales circunstancias, de la unidad del grupo (...). **La seguridad de las relaciones comerciales internacionales exige que sea tenida en cuenta esta realidad económica y que todas las sociedades del grupo sean tenidas como responsables solidarias de las deudas de las que se beneficiaron direc-**

ta o indirectamente en este caso”³¹ (el énfasis es nuestro).

Más adelante, en el caso N.º. 5721 se reiteró el mismo concepto:

“En resumen, la pertenencia de dos sociedades a un mismo grupo o el dominio de un accionista no pueden ser entendidas, por ellas solas, como razones suficientes que justifiquen de pleno derecho el levantamiento del velo societario. Sin embargo, **cuando una sociedad o una persona natural aparece en el centro de las relaciones contractuales vinculadas a un caso particular, conviene examinar con detenimiento si la independencia de las partes no debe ser, excepcionalmente, descartada en favor de un juicio global. Tal excepción será aceptada cuando aparezca una confusión originada por el grupo o por el accionista mayoritario**”³² (el énfasis es nuestro).

La figura indicada puede presentarse no solo cuando la vinculación es abierta y evidente, sino también cuando una empresa,

³¹ Traducción libre del siguiente texto:

“Les trois sociétés demanderesses, lors de la conclusion, l'exécution, l'inexécution et la renégociation de relations contractuelles entretenues avec (les défenderesses), apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à l'ensemble des contrats. Cette analyse s'appuie, dans sa lettre et dans son esprit, sur une tendance remarquée et approuvée de la jurisprudence arbitrale favorable à la reconnaissance, dans de telles circonstances, de l'unité du groupe (...). La sécurité des relations commerciales internationales exige qu'il soit tenu compte de cette réalité économique et que toutes les sociétés du groupe soient tenues ensemble et solidairement responsables des dettes dont elles ont directement ou indirectement profité à cette occasion.”

ICC matter no. 5103, award of 1988. Citada en: SANDROCK, Otto, “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, en: http://tdb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=116200&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=914000.

³² Traducción libre del siguiente texto:

“En résumé, l'appartenance de deux sociétés à un même groupe ou la domination d'un actionnaire ne sont jamais, à elles seules, des raisons suffisantes justifiant de plein droit la levée du voile social. Cependant, lorsque une société ou une personne individuelle apparaît comme étant le pivot des rapports contractuels intervenus dans une affaire particulière, il convient d'examiner avec soin si l'indépendance des parties ne doit pas, exceptionnellement, être écartée au profit d'un jugement global. On acceptera une telle exception lorsque apparaît une confusion entretenue par le groupe ou l'actionnaire majoritaire.”

ICC matter no. 5721, award of 1990. Citada en: SANDROCK Otto, “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, en: http://tdb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=116200&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=914000.

suscriptora de un convenio arbitral, forma otras terceras empresas de “fachada”, con el objeto de escapar tanto de sus compromisos contractuales, como del alcance del convenio arbitral, determinando ello una clara voluntad de fraude, que no puede ser aceptada por el ordenamiento.

Así, más complicada es la situación en que la vinculación no es abierta ni conocida, sino que es ocultada por medio del uso de testaferros. Sobre el particular, la profesora española HILDA AGUILAR GRIEDER ha manifestado, en relación a los procesos arbitrales, que **“la interposición de una persona, con la finalidad de escapar a los compromisos asumidos, o de quedar ilegalmente en la sombra, es un procedimiento fraudulento, que en ningún caso ha de merecer el amparo de los árbitros o de los jueces estatales”**³³ (el énfasis es nuestro).

En la misma línea TRAZEGNIES, comentando a SANDROCK señala:

“Como lo describe muy gráficamente el Profesor SANDROCK, “Estas teorías sobre el descorrimiento del velo societario o sobre las conductas alter ego, pueden ser aplicadas también a situaciones en las que un convenio arbitral ha sido suscrito por una compañía como un *alter ego* respecto de alguien parapetado detrás del escudo de la personalidad jurídica de la compañía signataria. Ese cerebro oculto detrás de la personalidad jurídica de la signataria puede ser una persona natural u otra compañía.

En esos casos, la compañía signataria aparece solo como un *strawman* (...) (en español, diríamos “testaferro”) que cubre al cerebro de la operación, el cual opera detrás del escudo de su subsidiaria; por ejemplo, puede ser una persona natural o una compañía que controla una empresa con una o varias subsidiarias a las que utiliza como su “santuario refugio” (*save haven*) para guardar en ellas toda o una parte substancial de la propiedad o activo del negocio, en perjuicio de los accionistas minoritarios de la *holding*”³⁴ (el énfasis es nuestro).

No podemos concluir, sin embargo, que la aplicación de la doctrina en cuestión puede realizarse de manera generalizada y sin limitaciones. Por el contrario, de la lectura y análisis de la doctrina y jurisprudencia citada, consideramos que deben comprobarse principalmente dos requisitos: (i) Un elemento que denominaremos objetivo, esto es, la presencia de empresas vinculadas que formen parte de un mismo grupo económico; y (ii) Un segundo elemento que denominaremos subjetivo, representado por una voluntad de fraude común a todas dichas empresas. De cumplirse estos requisitos, como veremos, es posible aplicar el artículo 14, pues puede derivarse una participación en la ejecución del contrato (o más concretamente para buscar la no ejecución del mismo) que en buena fe no debe permitir que el vinculado se proteja en el hecho de no haber suscrito el convenio arbitral frustrado simultáneamente el arbitraje y la propia ejecución del contrato. Como ya dijimos el le-

³³ AGUILAR GRIEDER, Hilda, La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional, Edición Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, España, 2001. p. 325.

³⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, Op. cit., p. 17.

vantamiento del velo, en concordancia con el artículo 14, no es un acto de encontrar un tercero al cual traer al arbitraje, sino descubrir a una verdadera parte que se oculta bajo formas jurídicas que ocultan su verdadera naturaleza.

El primer objetivo que debe verificarse es la eventual relación entre las empresas o sociedades emplazadas, en el sentido que entre ellas exista una vinculación tal que, detrás de cada empresa, finalmente se encuentre la misma, oculta en aparentes personalidades diferentes. Para estos efectos el tribunal arbitral puede requerir a pruebas directas que demuestren la vinculación, pero también podrá recurrir a pruebas indiciarias que, correctamente aplicadas, lo lleven a concluir que la vinculación existe (directores o representantes en común, negocios similares desarrollados por ambas, transferencias continuas de activos, a veces a valores que no reflejan condiciones de mercado, etc.).

Sin embargo, ello no es suficiente y se debe demostrar también que detrás de dicho vínculo o dicha formación de empresas distintas existió una única voluntad fraudulenta con el fin de perjudicar a sus acreedores. Es esa misma voluntad fraudulenta la que consintió en su momento en arbitrar el caso, y por tanto convierte en parte a todas aquellas entidades que actúan bajo esa voluntad.

Dichos elementos son claramente descritos por la doctrina, que al respecto ha señalado lo siguiente:

“Doctrina del “Grupo de Empresas”.-

(...) **Adicionalmente a los requisitos de “una realidad económica única” y “el ejercicio de un control absoluto sobre las empresas subsidiarias”, se tiene que debe existir un elemento de intención de “mala fe” o fraude contra una norma legal.**

(...) Las Cortes generalmente van detrás de la personalidad jurídica de una empresa y se dirigen contra los miembros individuales de la misma, o ignoran la personalidad autónoma de cada empresa, **en favor de “la unidad económica constituida por un grupo de empresas asociadas.”**³⁵ (el énfasis es nuestro).

En el mismo sentido, LAMM también lo confirma:

“A. Una parte que no ha firmado un convenio arbitral puede ser obligado a participar en un proceso arbitral.-

1. Perforamiento del Velo Societario/*Alter Ego*

Las Cortes y Tribunales de EE.UU. ponderan qué nivel de afinidad entre la empresa matriz y sus subsidiarias justifica el “perforamiento del velo societario” y así considerar a una empresa responsable, legal y contablemente, por la acciones de otra. **Aunque la relación matriz/subsidiaria, considerada aisladamente, no es**

³⁵ Traducción libre del siguiente texto:

“Group of Companies” doctrine.-

(...) *Generally speaking, in addition to the requirements of “one and the same economic reality” and “exercise of absolute power over its subsidiaries”, there has to be an element of fraud or “malafide” intention to defeat a statute or law.*

(...) *Courts usually go behind the corporate personality to the individual members or ignore the separate personality to the individual members or ignore the separate personality of each company in favor of the “economic entity constituted by a group of associated companies”*

Texto En: Collection of papers presented at ICC International Court of Arbitration & Singapore International Arbitration Centre Symposium on Institutional Arbitration in Asia 18 – 19 February 2005. Singapore. p. 28.

suficiente para obligar o permitir a un no-signatario a arbitrar, las Cortes y Tribunales de EE.UU. han perforado el velo societario cuando una empresa matriz domina y controla totalmente a sus subsidiarias con el propósito de cometer un fraude o cualquier otra ilegalidad. Por tanto, una empresa no signataria que es considerada el alter ego de una empresa afín, la cual sí firmó un convenio arbitral, puede ser incluida en un proceso arbitral que trate sobre demandas contra su *alter ego* (...)³⁶ (el énfasis es nuestro).

TRAZEGNIES señala que “es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada, la que justifica el rasgado del velo societario. Dentro de ese orden de ideas, **una parte no suscriptora debe ser sometida a la obligación de arbitrar cuando la otra parte pretende razonablemente que su conducta ha sido fraudulenta con el objeto de confundir a la parte demandante o de colaborar en eludir la responsabilidad de la demandada suscriptora frente a esa demandante en materia de la identidad o del status de la obligada por la operación que es materia de la controversia**”³⁷.

Finalmente resta señalar que, dada

dicha voluntad fraudulenta y teniendo en cuenta que se entiende que todas las empresas formantes del grupo son en realidad “*alter ego*” de una de ellas o de todas a la vez, la consecuencia de ello es que se desestime la responsabilidad limitada de cada sociedad –puesto que en realidad forman parte, bajo el principio de buena fe, y dada la realidad económica, de una única entidad– y por el contrario todas ellas asuman solidariamente las obligaciones de todas.

En ese sentido es perfectamente posible, si se cumplen los elementos objetivos y subjetivos analizados, que una empresa o persona pueda ser incluida, bajo el artículo 14, como demandante o demandada en un arbitraje bajo la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario.

5.5. Contrato a favor de tercero

Es perfectamente legítimo que las partes que celebren un contrato a favor de un tercero, sea bajo el artículo 1437 del Código Civil Peruano, o bajo alguna otra modalidad, pacten arbitraje. Pero la pregunta es cuál sería la consecuencia de que el beneficiario del contrato, que no lo ha suscrito, y por tanto tampoco ha suscrito el convenio arbitral, pudiera invocar o ser obligado a ir a arbitraje.

El artículo 14 da en el marco legal pe-

³⁶ Traducción libre del siguiente texto:

“A. A related Party That Has Not Signed an Agreement to Arbitrate May Be Compelled or Permitted to Participate in an Arbitration.-

“1.- Piercing the Corporate Veil / Alter Ego.-

Tribunals and U.S. courts consider whether the level of intimacy of a corporate relationship between a parent and its subsidiary justifies “piercing the corporate veil” and holding one corporation legally accountable for the actions of the other. Although the parent/subsidiary relationship alone is insufficient to obligate or permit a non-signatory to arbitrate a dispute, both U.S. courts and tribunals have pierced the corporate veil when a parent dominates and completely controls the subsidiary or in order to prevent fraud or other wrongdoing. Thus, a non-signatory corporation that is held to be the alter ego of an affiliate company that signed an arbitration agreement may be required to participate in an arbitral proceeding involving claims against its alter ego. (...)”

Texto en: LAMM, Carolyn B. y AQUA, Joselyn A., “Defining the party –who is a proper party in an international arbitration before the American arbitration association and other international institutions”, en: *The Geo Wash Int’l L. Rev.* Vol. 34. 2002-2003. pp. 723 – 723.

³⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, *Op. cit.*, p. 19.

ruano una respuesta clara a ese problema. En el grado en que el beneficiario pretenda ejercer o preservar el beneficio que el contrato a favor de tercero le concede, quedará sujeto a arbitraje. En ese sentido, para efectos arbitrales, el pretender el ejercicio del derecho o beneficio concedido por el contrato, le da la naturaleza de parte en el convenio arbitral, así la legislación civil lo trate como un tercero al contrato. Por otro lado las partes, concientes de que existe un tercero que para efectos arbitrales es una potencial parte, deben en buena fe admitir que éste se presente y pueda arbitrar cualquier controversia que surja en relación al contrato celebrado.

El caso más claro es el del contrato de seguro, ya analizado líneas arriba, en el que el beneficiario de la póliza, en caso a ser distinto al asegurado que suscribió el convenio arbitral, queda obligado a arbitrar si pretende exigir a la compañía aseguradora, el pago de un siniestro. Y la compañía aseguradora deberá aceptar someterse a arbitraje con el beneficiario así este no haya suscrito el convenio arbitral, porque sabía por la cobertura concedida que ese beneficiario podía exigir derechos o beneficios bajo un contrato sujeto a arbitraje.

La regla del artículo 14 es clara y tiene una redacción que se presta a una interpretación extensiva, al señalar que el convenio arbitral se extiende también a quien pretenda derivar “derechos o beneficios” del mismo. Así si quedara alguna duda si lo que se reclama es un derecho, basta que lo que se reclame beneficie a quien lo solicita, para que se le considere parte del arbitraje. La ley no ha querido que meras formalidades jurídicas la priven de eficacia para ampliar el ámbito del convenio arbitral.

Sin embargo otro problema surge sobre qué debe entenderse por “*pretendan derivar*”. Si estamos ante un contrato a favor de tercero, el artículo 1458 establece que el derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Pero según dicha norma es necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso del derecho. Esta muy claro que si pretende cobrar el beneficio, tendrá que someterse a arbitraje. Pero ¿Qué pasaría si el estipulante demanda la nulidad del contrato cuando el beneficiario aún no ha manifestado su aceptación y por tanto nada nos indica que pretenda derivar el derecho o beneficio a su favor? Si bien parecería que de no haber comunicado su aceptación no ha pretendido ejercer el derecho o beneficio, y por tanto se podría sostener que no ha consentido en el arbitraje, parece que en buena fe lo que corresponde es que se le cite al arbitraje para que exprese si quiere defenderse o no en el mismo, a fin de preservar un derecho que ya existe según la ley así él no haya querido ejercerlo aún.

5.6. Acción oblicua

Sin embargo, no siempre el beneficio que se pretende derivar de un contrato proviene de un contrato a favor de tercero. Podríamos estar en el caso de la acción oblicua, contemplada en el inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil³⁸, que faculta al acreedor a ejercer, en vía de acción o de defensa, los derechos de su deudor.

Asumamos que A le debe a B y B le debe a C. C podría ejercer las acciones de cobranza que B tiene contra A de acuerdo al

³⁸ Artículo 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:
(...)

4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. (...).

artículo 1219. La pregunta es si en el contrato del que se deriva la deuda de A a B existe un convenio arbitral ¿puede C acudir a arbitraje por más que no ha suscrito ni el contrato ni el convenio arbitral? Y de ser así ¿Está obligado A a aceptar arbitrar con C con quien no ha firmado convenio arbitral alguno, pues su convenio se limita a vincular a A con B?

La respuesta a esas preguntas no es fácil. Sin embargo es más sencillo sostener que C podrá ser forzado a ir a arbitraje con A (y con citación a B como lo indica el propio artículo 1219). Finalmente la situación cae dentro del artículo 14 de la LGA, pues C pretende derivar un beneficio o ejercer un derecho contemplado en el contrato entre A y B, y de acuerdo a los términos del mismo.

Pero no es tan claro si A puede ser forzado a arbitrar con C, si C lo demanda ante un tribunal arbitral, pues él solo había consentido arbitrar con B, no con C. Siempre se podrá decir, sin embargo, que quien contrae una obligación sabe que está sujeto a la posibilidad de poder ser demandado por los acreedores de su acreedor, y si tiene una cláusula arbitral, que cualquier acreedor podría hacer uso de la misma. Si bien la situación no es del todo clara y corresponderá a la jurisprudencia definir los alcances con los que se interpretará el artículo 14 en estos casos, nos inclinamos a que tal demanda es posible porque estamos frente a una obligación que, en su origen, las partes querían arbitrar. En todo caso, si las partes querían que solo se arbitrara entre ellas, podrán así indicarlo en el propio convenio, pacto que a nuestro entender es perfectamente válido y recomendable para quien no quiere encontrarse en tal situación (arbitrando con alguien distinto a su acreedor) bajo el artículo 14.

Por supuesto que de este tipo de casos surgen infinidad de preguntas que por

razones de espacio no podemos abordar. Por ejemplo ¿a quién corresponderá nombrar al árbitro en caso que se demande arbitralmente a A? ¿Debe ser B o C o los dos de común acuerdo? Sin duda el artículo 14 ha abierto muchas posibilidades, pero también nos trae muchos problemas nuevos.

5.7. Cesión, novación y subrogación

Finalmente vamos a abordar los problemas derivados de diversos mecanismos de sustitución de deudores o acreedores en contratos. Los supuestos son varios: novación subjetiva, cesión de derechos o de crédito, cesión de posición contractual o subrogación legal o convencional.

Uno podría encajar estos problemas tanto en la primera parte como en la segunda parte del artículo 14. Puede decirse que cuando cede o nova un crédito o un contrato, el entrante a la relación está teniendo una participación activa y determinante en la ejecución de un contrato. O puede también decir que está pretendiendo ejercer derechos y beneficios derivados de dicho contrato. Y la verdad es que ambas interpretaciones son posibles y sostenibles.

Somos de opinión que en principio, en todos estos supuestos, se puede invocar el artículo 14 y con ello un no signatario podría entrar al arbitraje, aunque siempre teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada situación.

El caso más claro es la cesión de posición contractual, donde todos los que intervienen aceptan el cambio de partes y no se ajustaría a la buena fe que alguno tratará de rechazar luego la aplicación del convenio arbitral, salvo, claro está, que no lo hubiera conocido o podido conocer. Algo similar se podría decir en la novación convencional. En estos casos no parece lógico invocar la separabilidad del convenio arbitral sosteniendo que se cedió o novó

el contrato pero no el convenio. La separabilidad del convenio es un mecanismo de protección del mismo, no un mecanismo para mediatizar sus alcances. Y en eso creemos que el espíritu del artículo 14 es bastante claro.

Más complicado es el caso de la cesión de derechos o de créditos o la subrogación. Del lado del cesionario, creemos que el mismo, en tanto haya podido por la operación conocer el convenio, está obligado a respetarlo. Y en el caso del cedido, dado que el crédito original estaba sometido a arbitraje y sabía que por ley o convenio tal cesión o subrogación podría ocurrir, parece lógico presumir que también debe respetar el convenio arbitral esta vez con quien entra en la relación. En todo caso los pactos arbitrales podrán limitar esa posibilidad, pero como en casos anteriores consideramos que la interpretación debe ser a favor del arbitraje. De hecho una regla distinta permitiría conductas dirigidas a mediatizar el pacto arbitral por la vía de realizar cesiones de créditos o de derechos a fin de sustraerse a la competencia de los árbitros.

La intención del artículo 14 ha sido ampliar el campo de juego del arbitraje y darle al convenio arbitral mayor eficacia. Es bajo ese espíritu que creemos el artículo debe ser interpretado. Pero sin duda será la jurisprudencia arbitral y judicial la que finalmente definirá los alcances en este tipo de situaciones.

6. LA APLICACIÓN DE ARTÍCULO 14 A ARBITRAJES EXTRANJEROS

Si bien el tema es objeto de otro comentario, creemos importante hacer una muy breve referencia a lo que establece el artículo 1, numeral 2 de la LGA en cuanto a la aplicación del artículo 14 a arbitrajes extranjeros.

Dentro de la estructura monista de la

Ley, es muy claro que el artículo 14 se aplica tanto para arbitrajes domésticos como a arbitrajes internacionales, entendiéndose por estos últimos aquellos casos en el que el lugar de arbitraje sea el Perú de acuerdo al artículo 5 y por tanto sea aplicable la LGA.

La regla general es entonces que la LGA no se aplica a arbitrajes extranjeros, que son aquellos cuyo lugar de arbitraje sea distinto al Perú y por tanto no se aplique la LGA peruana. En esos casos será, de ordinario, aplicable la Ley arbitral del lugar del arbitraje.

Sin embargo, el artículo 14 se encuentra entre los pocos casos en que el artículo 1ro de la LGA considera aplicable algunas de sus normas a arbitrajes extranjeros. Evidentemente ello no significa que los tribunales arbitrales que resuelvan casos en lugares distintos (como Buenos Aires o Miami) tengan que aplicar la LGA peruana para definir el alcance del convenio arbitral.

La inclusión del artículo 14 tiene por objeto que los principios en él incluidos sean relevantes en caso de reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros en el Perú. En esos casos las Cortes peruanas no podrán dejar de reconocer un laudo que condena a una parte no signataria, si el laudo aplica principios consistentes con el artículo 14. En ese sentido la LGA ha querido que las ventajas sobre extensión del convenio arbitral (nótese que también se incluye el artículo 13 de la LGA entre las normas aplicables a arbitrajes extranjeros) que reconoce que los principios aplicables a arbitrajes nacionales o internacionales sujetos a su texto se extiendan a laudos dictados bajo leyes distintas, en cuanto tengan que ser reconocidos y/o ejecutados en el Perú. Con ello nuestra Ley se enmarca entre las más modernas existentes, al extender su flexibilidad también a laudos que no se dictan dentro de su ámbito.



LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA EN EL ARBITRAJE SOCIETARIO: UNA PERSPECTIVA BRASILEÑA

ARNOLDO WALD (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Extensión de la cláusula de arbitraje a empresas de un grupo económico. 3. Extensión como sanción. 4. Cesión y sucesión. 5. Vinculación de los accionistas de una Sociedad Anónima en virtud del Estatuto Social. 6. Vinculación de la compañía en virtud del acuerdo de accionistas. 7. Conclusión.*



1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, se han multiplicado los conflictos en los cuales se discuten temas societarios. Especialmente con el advenimiento de la crisis financiera de 2008, surgieron numerosos conflictos societarios y el arbitraje se ha convertido muy atractivo para la resolución de esos conflictos debido a la eficacia del procedimiento y al grado de especialización de los temas en cuestión.

En ese contexto, la extensión subjetiva de la cláusula de arbitraje se está convirtiendo en un aspecto de gran importancia y un punto actual de debate entre los arbitralistas. Esto se debe al hecho de que la complejidad de las relaciones societarias, intra y intergrupo, plantean problemas prácticos a la luz de la naturaleza consensual del arbitraje, a diferencia de la realidad económica y de la protección de la personalidad jurídica.

Este problema puede surgir en varias maneras y ocasiones, por lo cual es esencial el reconocimiento de las peculiaridades de cada situación.

La evaluación de la extensión de la cláusula de arbitraje a entidades no firmantes puede incluir, como ya se mencionó, las relaciones entre diferentes empresas, cada una con su propia personalidad jurídica, implicadas en alguna manera en un determinado contrato o contratos, así como entre los miembros de determinada compañía (accionistas, controladores, minorías e incluso los órganos corporativos), posiblemente vinculados al convenio arbitral existente en su estatuto social o en el acuerdo de accionistas.

Se pretende con este trabajo, explorar el tema desde la perspectiva de la experiencia brasileña, en sus diversos aspectos con el fin de concluir acerca de la tendencia actual

(*) Abogado. Árbitro. Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Estadual de Rio de Janeiro (UERJ). Doctor Honoris Causa de la Universidad de París II. Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

de este enfoque en algunas cuestiones relevantes para el arbitraje corporativo.

2. EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE A EMPRESAS DE UN GRUPO ECONÓMICO

En la medida en que tales relaciones societarias se multiplican, ni siempre la parte que contrata el negocio es la misma que lo ejecuta. Dicha extensión, que puede ocurrir en relación a personas naturales, jurídicas, o Estados, adquiere una dimensión especial cuando la empresa que participa en una negociación compleja hace parte de un grupo societario, debido a la propia naturaleza de la relación existente entre las empresas de ese grupo¹.

En ese contexto, se ha formado la teoría del grupo de sociedades, como fundamento legal creado y utilizado por tribunales arbitrales y cortes estatales para vincular una parte no signataria a la cláusula compromisoria. Esta teoría supone que cuando una empresa hace parte de un grupo societario, ella puede estar sujeta al control de una afiliada del grupo que haya firmado un contrato y, por lo tanto, estar implicada en su negociación o ejecución. Así, en determinadas circunstancias, sería posible a la parte no firmante invocar o someterse a la cláusula compromisoria inserta en aquel contrato².

Sin embargo, hay que destacar el hecho de que la empresa no signataria de la cláusula compromisoria pertenecer a un grupo de empresas entre las cuales una es suscritora de una cláusula compromisoria, a pesar de ser una señal para permitir su vinculación a un posible arbitraje³, no es, por sí propio, suficiente para caracterizarla.

No importa que se hable de un grupo de sociedades. Cada uno de sus miembros posee personalidad jurídica distinta. Es lo que se concluye del análisis de la jurisprudencia y de la doctrina extranjera acerca de la cuestión, que investigan varios aspectos de un caso para concluir por la aplicación o no de la teoría. Incluso, de los debates acerca del tema se puede ver que dicha teoría utiliza, a menudo, conceptos y criterios de otras figuras jurídicas aplicables determinantes para la extensión de la cláusula, cuya comprensión y distinción son necesarias.

A pesar de entrelazarse en ciertos puntos con el análisis de las teorías de la representación (*agency*), de la desestimación de la personalidad jurídica (*alter ego*), del venire contra *factum proprium* (*estoppel*), del tercer beneficiario (*third-party beneficiary*) y de la cesión (*assignment*), la teoría del grupo de sociedades se diferencia por su desarrollo en el campo específico del arbitraje y no se ha invocado su aplicación fuera de

¹ HANOTIAU, Bernard. *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*, The Hague: The Netherlands, Kluwer Law International, 2006, p. 50.

² "(...) where a company is part of a corporate group, is subject to the control of (or controls) a corporate affiliate that has executed a contract and is involved in the negotiation or performance of that contract, then it may in some circumstances invoke or be subjected to an arbitration clause contained in that contract, notwithstanding the fact that it has not executed the contract". BORN, Gary B., "Parties to International Arbitration Agreement – B. Legal Bases for Binding Non-signatories to International Arbitration Agreements", in *International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp. 1166-1167.

³ "But the fact that the signatory and the non-signatory belong to the same group is only one factual element (*un indice*) to be taken into consideration to determine the existence of consent". HANOTIAU, op. cit. p. 50. En el mismo sentido, GAILLARD, Emmanuel and SAVAGE, John (eds), "Clearly, however, it is not so much the existence of a group that results in the various companies of the group being bound by the agreement signed by only one of them, but rather the fact that such was the true intention of the parties", in *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 283.

este contexto. Se podría decir que la teoría del grupo presenta una afinidad especial con las teorías de la representación (*agency*) y del consentimiento implícito al convenio arbitral⁴.

El caso *Isover Saint-Gobain vs. Dow Chemical*⁵ es un precedente clave para la formación de la doctrina del grupo de empresas. La decisión del tribunal arbitral, compuesto por BERTHOLD GOLDMAN, MICHEL VASSEUR y PIETER SANDER, sirvió para consolidar la teoría progresivamente a la luz de la jurisprudencia anterior, en particular la francesa, en el sentido de que, a pesar de la personalidad jurídica independiente de cada uno de sus miembros, el grupo de sociedades constituye una sola realidad económica. Según el tribunal arbitral, la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas sociedades del grupo debe obligar a las otras sociedades que, debido al papel que desempeñaron en la conclusión, ejecución o rescisión del contrato que contiene dichas cláusulas y, de acuerdo con la voluntad común de todas las partes del procedimiento, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos, o han sido considerablemente implicadas en esos y en los conflictos que pueden resultar de ellos.

Posteriormente, se siguieron numerosas otras discusiones que, ante el contexto de aumento de las concentraciones de empresas, se aprovecharon del alejamiento de los criterios nacionales y de la relajación del formalismo relacionado a la firma del contrato para decidir con respecto a aquellos

sujetos no firmantes del convenio arbitral.

La vinculación en razón de la participación o del comportamiento de estos sujetos en la conclusión del contrato o en su ejecución ha servido, incluso, para garantizar la seguridad jurídica en las transacciones⁶, a pesar de la intención de las partes. Por lo tanto, podemos ver alguna distorsión en la aplicación de la teoría del grupo de sociedades, originalmente utilizada para determinar la intención de las partes en participar en ciertos negocios y, específicamente, averiguar si la parte no firmante estaría atada y beneficiada por el contrato en cuestión.

En Brasil, la vinculación de la parte a la cláusula compromisoria cuando no haya firmado el contrato que la contiene podría encontrar algunos obstáculos en las disposiciones de la Ley No. 9.307/96 y en la interpretación que se las está dando parte de nuestra jurisprudencia. En efecto, el art. 4 de la Ley prevé que la cláusula compromisoria se debe estipular por escrito. Además, el art. 37, II de la Ley establece como requisito formal para la admisibilidad del proceso de reconocimiento y ejecución la presentación del “convenio arbitral original o una copia debidamente certificada, acompañada de traducción jurada”, siguiendo, incluso, las disposiciones del art. IV, ‘b’ de la Convención de Nueva York, ratificada e internalizada en Brasil.

Bajo la legislación brasileña en materia de arbitraje, no hay ninguna referencia a la firma de las partes como un requisito for-

⁴ *Isover Saint-Gobain vs. Dow Chemical*. Caso CCI No. 4131, *Interim Award*, PIETERS SANDERS (Presidente), BERTHOLD GOLDMAN y MICHEL VASSEUR, 21.10.1983.

⁵ BORN, Gary B. Op. cit., p. 1171.

⁶ “The security of international commercial relations requires that account should be taken of its economic reality and that all the companies of the group should be taken of its economic reality and that all the companies of the group should be held liable one for all and all for one for the debits of which they either directly or indirectly have profited at this occasion”. Caso CCI No. 5103, Sentencia Arbitral, 1988, in DERRAIN, Yves, Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990, p. 361.

mal de la cláusula compromisoria (a excepción del requisito de dicha formalidad en los contratos de adhesión). Sólo se requiere su formulación escrita, lo que demuestra que el legislador brasileño se ha posicionado contra el formalismo con respecto a la manifestación de la voluntad de las partes⁷.

En verdad, las recientes manifestaciones de la doctrina y de la jurisprudencia brasileñas han entendido que el consentimiento es esencial para la vinculación a la cláusula compromisoria, pero esto se puede comprobar por numerosas maneras además de la aceptación formal de la cláusula compromisoria. Asimismo, se debe interpretar sistemáticamente la Ley de Arbitraje de Brasil, aplicando al convenio arbitral los principios de buena fe, confianza entre los contratantes, prohibición de la conducta contradictoria y mantenimiento del equilibrio contractual. También se debe respetar las costumbres y tradiciones inherentes al negocio en el cual la cláusula está insertada.

En un *leading case* del Superior Tribunal de Justicia (STJ), la decisión en la SEC (Sentencia Extranjera Cuestionada) 856 (*L'Aiglon vs. Têxtil União*) apoya la tesis de que la aceptación de la cláusula compromisoria puede ser verificada independientemente de la firma de la parte en el contrato. La decisión se basó en el hecho de la aceptación generalizada del arbitraje en la industria del algodón, así como la conducta de la parte en el arbitraje⁸.

En el caso *Trelleborg do Brasil Ltda. et. al. vs. Anel Empreendimentos Participações e Agropecuária Ltda.*⁹, que tuvo como objeto un conflicto relacionado a un contrato de compra y venta de acciones, el Tribunal de Justicia de Sao Paulo (TJSP) entendió que la cláusula compromisoria incluida en los contratos se extendía al *holding* del grupo *Trelleborg*. Aunque la sucursal controladora brasileña no hubiera firmado ningún contrato, se entendió que estaba sujeta al arbitraje ya que había participado activamente en la negociación y la ejecución del pacto.

En estos casos, para justificar la extensión de la cláusula, es importante analizar el conjunto de convenciones, si es indivisible o se compone de elementos inseparables, o, además, constituido por contratos complementares o por lo menos relacionados y, unidos por estrechos lazos económicos para que caigan en una operación económica única, contribuyendo así con el mismo objeto¹⁰. También se puede considerar que los acuerdos fueron inspirados por la misma idea, por lo que deberían ser considerados en su conjunto. También hay tener en cuenta la situación en que un contrato que contenga la cláusula compromisoria complementa otro ya que tiene su origen en el cumplimiento de este último.

Correlativamente, la doctrina brasileña admite la unión de contratos y de contratos relacionados siempre que, por diversos instrumentos, exista la pretensión de, en rea-

⁷ WALD, Arnaldo. "Os aspectos formais da Convenção de Arbitragem (Comentário do Art. II, (1) e (2) da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no Direito Brasileiro)", in *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

⁸ Superior Tribunal de Justicia de Brasil (STJ), Sentencia Extranjera Cuestionada N° 856 – GB (2005/0031430-2), Ministro Reportante CARLOS ALBERTO MENEZES DE DIREITO, j. 18.05.2005.

⁹ Tribunal de Justicia de Sao Paulo (TJSP), 7a Câmara de Derecho Privado, Apelación Civil N° 267.450-4/6, Jueza de Segunda Instancia Reportante CONSTANÇA GONZAGA, j. 24.05.2006, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, N° 10, jul.-sep./2006, pp. 243 y ss.

¹⁰ TRAIN, François-Xavier. *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, Paris: LGDJ, 2003, pp. 23-24.

lidad, alcanzar un único objetivo. La jurisprudencia ha llegado a caracterizar los contratos entre distribuidores y puntos de venta de combustible no solo como un alquiler de propiedad y equipamientos, sino también como un financiamiento y exclusividad en la venta del combustible de determinado distribuidor. En este caso, el Ministro Barros Monteiro, del Supremo Tribunal Federal (STF), en voto en la decisión de la Apelación Extraordinaria No. 73.208, afirmó, retomando el discurso del Ministro Cunha Peixoto, que los contratos vinculados entre sí son como “hermanos siameses”¹¹. Por lo tanto, no se puede separarlos, especialmente cuando se trata de resolver los conflictos que, ante la singularidad de la empresa, afectarían a todas las partes implicadas.

Cuando se presentan estos problemas, es necesario verificar si las reglas de solución de controversias son las mismas en los diversos contratos, pues las reglas de atracción (y conexión), que se aplican en la vida forense, no se aplican necesariamente cuando un contrato posee la cláusula compromisoria y el otro no.

Efectivamente, es aconsejable, cuando varios instrumentos están integrados en una sola operación, que todos estos especifiquen la misma forma para la solución de conflictos, aplicando las mismas reglas y estableciendo que el procedimiento se llevará a cabo en el mismo lugar. De lo contrario, se corre el riesgo de que el laudo arbitral pueda ser ineficaz o incompleto, por referirse sólo a uno de los aspectos de la disputa, declarándose incompetente árbitros en relación

a los asuntos para los cuales no exista determinación de solución por medio de arbitraje¹². Esta regla es aplicable, por ejemplo, con respecto a los diferentes documentos relacionados a la compañía, como el contrato de compra y venta de acciones, estatuto social y acuerdo de accionistas.

Como se puede ver, no hay muchas decisiones acerca de la extensión subjetiva de la cláusula compromisoria en el contexto de la teoría del grupo de sociedades en Brasil. De cualquier manera, es posible hacer los siguientes comentarios acerca de la correcta utilización de dicha teoría.

En primer lugar, cabe señalar que la teoría del grupo de sociedades, cuando utilizada para justificar la vinculación de terceros formalmente no firmantes a un arbitraje, no necesariamente los vincula a un contrato relacionado¹³.

También es importante señalar que la aplicación de esta teoría supone que los socios pertenecientes a un mismo grupo de sociedades, cuando comprometidos con una negociación y vinculados a un contrato que establezca una cláusula compromisoria, privilegian la eficacia y centralización de la resolución de disputas que puedan surgir de la relación contractual. Por otra parte, en la realización de este principio, el alcance de estos miembros del grupo de empresas que participan en la operación debe llevarse a cabo sin necesidad de cambiar la persona jurídica de las partes contratantes¹⁴. La teoría se aplica para identificar la voluntad de la parte, sea en el momento de formación del

¹¹ Supremo Tribunal Federal de (STF), 1ª Turma, Apelación Extraordinaria Nº 73208-MG, Ministro Reportante BARROS MONTEIRO, v.u., j. 10.12.1971.

¹² Ver el comentario acerca del caso CCI que ejemplifica esta problemática: WALD, Arnoldo. “A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, Nº 2, may.-ago./2004, p. 55.

¹³ Se puede, de hecho, ser parte sin ser contratante o, inversamente ser contratante sin ser parte. CLAY, Thomas. “A Extensão da Cláusula Compromissória às partes não Contratantes (Fora Grupos de Contratos e Grupos de Sociedades/Empresas)”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Nº 8, oct.-nov.-dic./2005, p. 75.

¹⁴ BORN, Gary B. Op. cit., p. 1176.

contrato o, posteriormente, con la asunción de derivadas de él, incluso la cláusula compromisoria.

Por lo tanto, bajo el contexto comercial actual, de modernas negociaciones y varias partes, el concepto de parte se relativiza para que se logren sus reales objetivos. La correcta aplicación de la teoría del grupo de sociedades impide que se escape el procedimiento de arbitraje a través de procedimientos paralelos ante las cortes judiciales implicando la parte no suscritora (*satellite litigation*). Así, se pueden oír juntas todas estas demandas en el juicio arbitral, en un solo procedimiento¹⁵.

3. EXTENSIÓN COMO SANCIÓN

La extensión de la cláusula compromisoria a partes no firmantes, cuando aplicado en su sesgo consensual, se relaciona a institutos de derecho reconocidos como la representación (*agency*) y el consentimiento implícito. En estos casos, la determinación de la voluntad de las partes es esencial para operar la extensión.

En contraste con esta búsqueda de la motivación de la extensión, parte de la doctrina pasa por distintos fundamentos jurídicos, como la falsa apariencia, el fraude o la interferencia en los negocios¹⁶. En estos

casos, la extensión de la cláusula constituye una sanción, por la teoría de la apariencia, de la confusión.

En este contexto se incluye parte de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica (*alter ego o veil-piercing*). De acuerdo con esta doctrina se analiza, por ejemplo, la independencia de la persona jurídica no firmante en relación a la que ha firmado la cláusula compromisoria, lo que puede determinar la responsabilidad de la empresa controladora en lugar de su subsidiaria¹⁷.

Este análisis puede conducir a la vinculación a al convenio arbitral de las empresas afiliadas del grupo o incluso a una persona como un socio controlador del grupo, ya que son las verdaderas partes interesadas o que ofrecen más credibilidad dentro del grupo¹⁸. Aunque la personalidad jurídica de la empresa debe ser considerada como un medio de protección del patrimonio de sus socios, bajo ciertas circunstancias contractuales, se justifica el desconocimiento.

En estos casos la extensión deriva de una interpretación amplia de la cláusula de arbitraje a la luz de la buena fe, seguridad jurídica y la lealtad, objetivos deseados en las relaciones jurídicas. Se funda, además, en el principio del *venire contra factum pro-*

¹⁵ Considerando la predominancia de la teoría de los grupos contractuales, es muy difícil y peligroso cambiar la situación de uno de ellos sin modificar la de los demás, algo que ni siempre es posible judicialmente. En este sentido, WALD, Arnoldo. "A Arbitragem e os Contratos Empresariais Complexos", in Revista de Arbitragem e Mediação, N° 7, oct.-dic./2005, p. 12.

¹⁶ CAPRASSE, Olivier. "A arbitragem e os grupos de sociedades", in Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, N° 21, jul.-sep./2003, pp. 373-375.

¹⁷ BORN, Gary B., Op. cit., p. 1171. La distinción entre la teoría del desconocimiento de la personalidad jurídica y la teoría del grupo fue tratada en decisión suiza sobre un recurso de anulación de la decisión arbitral parcial. Según el Tribunal Federal Suizo, la teoría de la desestimación la personalidad jurídica ("*Durchgriff*" o "*piercing the corporate veil*") se ubica en la independencia jurídica de la compañía. En otros términos, la compañía controladora puede ser responsabilizada en lugar de su filial. Por otro lado, la teoría del grupo ("*Konzernvertrauenshaftung*" o "*group of companies*") no cuestiona la separación de la personalidad jurídica de las empresas, sino pregunta acerca de la capacidad jurídica de la filial. Ver en este sentido, Tribunal Federal Suizo, j. 29.01.1996, in ASA Bulletin, N° 14(3), 1996, p. 496.

¹⁸ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER J. Martin H. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 100.

prim, conocido en los sistemas de *common law* como *estoppel*, que prohíbe el comportamiento contradictorio por las partes.

El desconocimiento de la personalidad jurídica se puede invocar especialmente cuando la parte carece de capital suficiente para cumplir con sus deudas, y la operación ha sido realizada debido a la credibilidad de la controladora que puede, o no, haber sido el garante, pero que no aceptó la cláusula de arbitraje.

En cualquier caso, la extensión se aplica como una forma de prevenir el abuso de derecho. En este sentido, vale la pena mencionar la decisión de la CCI, que se hizo pública recientemente en un recurso de anulación en Brasil¹⁹, en la que el tribunal arbitral consideró que una de las demandadas, la compañía Volo Logistics LLC, no estaba vinculada a la cláusula compromisoria. Según el tribunal, además de no haber consentido a la cláusula expresamente tampoco implícitamente, la compañía no había creado una estructura societaria con el objetivo de burlar la legislación aeronáutica brasileña.

4. CESIÓN Y SUCESIÓN

En las relaciones económicas actuales es común la transferencia de contratos por cesión o sucesión, resultando, posiblemente, en la extensión de la cláusula compromisoria contenida en estos contratos al cesionario del crédito, heredero o compañía(s)

sucesora(s), como resultado de cesión, fusión o incorporación empresarial.

Teniendo en cuenta que la intención de las partes ha determinado la cesión de derechos establecidos en un determinado contrato, nada impide que también se consideren asumidas las responsabilidades derivadas del contrato, incluso con respecto a la cláusula de compromisoria. Esta presunción podrá ser considerada como automática o no, dependiendo del sistema jurídico ante el cual se analiza la cuestión. En contra de la transferencia automática, se podría decir que, debido a la autonomía del convenio arbitral en relación al contrato, la cláusula compromisoria no podría ser automáticamente transferida con la cesión del contrato.

Sin embargo, en la evaluación de estos casos, se debe prestar atención a la redacción de la cláusula compromisoria del contrato original y del contrato posterior con el fin de encontrar una solución coherente con la intención de las partes. Además, en el caso en que la transferencia viole determinada restricción contractual, el cesionario no podrá beneficiarse de la cláusula de arbitraje existente en el contrato cedido, debido al hecho de que la propia cesión no ha sido realizada válidamente.

Como regla general, la doctrina y la jurisprudencia de Brasil indican que la cesión de derechos y obligaciones de un contrato implica un cambio de legitimidad a cualquier discusión sobre el instrumento²⁰, y

¹⁹ *Matlinpatterson Global Opportunities Partners II LP y Matlinpatterson Global Opportunities Partners (Cayman) II LP vs. VRG Linhas Aéreas S.A.*, Justicia de São Paulo, Proceso No. 583.00.2010.214068-4, Juez de Primera Instancia HELMER AUGUSTO TOQUETON AMARAL, j. 01.07.2011.

²⁰ En este sentido SILVIO RODRIGUES asevera: “*Com efeito, se do contrato defluem créditos e débitos para as partes e se estas os podem transferir, separadamente, devem poder transferi-los de maneira global. E nisso consiste, em tese, a cessão de contrato. Efetivamente, a cessão de contrato, ou melhor, a cessão de situações contratuais, consiste na transferência da inteira posição ativa e passiva do conjunto de direitos e obrigações de que é titular uma pessoa (...)*” (in *Direito Civil – Parte Geral das Obrigações*, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 109). La jurisprudencia también es pacífica en este sentido: “*A cessão de direitos e obrigações oriundos de contrato, bem como os referentes a fundo de resgate de valor residual, e seus respectivos aditamentos, implica a transferência de um*

que dicha cesión también incluye la cláusula compromisoria²¹.

El derecho societario permite la combinación de dos o más empresas en una nueva entidad o incluso en una de las preexistentes, de manera que la entidad resultante puede ser considerada como sucesora de todos los activos y obligaciones de las sociedades extinguidas. Por lo tanto, la nueva sociedad, al suceder las anteriores en las relaciones contractuales, está sujeta, incluso, a la cláusula compromisoria contenida en los contratos firmados por su predecesora.

En este sentido, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) ya admitió la extensión de los efectos de la cláusula compromisoria en los casos de cesión de contrato derivada de la incorporación societaria. La Corte entendió que, aún que no hubiera aceptación específica de la cláusula compromisoria por el cesionario, la adhesión al arbitraje se debía al hecho de subrogarse en todos los derechos y obligaciones del cedente, abarcando, incluso, la cláusula compromisoria²².

Cabe destacar que la sucesión no se produce cuando ocurre la extinción de la sociedad. En un caso reciente el Tribunal de Justicia de Sao Paulo (TJSP) reversionó una decisión de la instancia inferior que desestimó una demanda por daños y perjuicios contra una compañía extinta, por entender que la controversia debería ser sometida al arbitraje con base en una cláusula compromisoria en el contrato entre los autores y la sociedad extinguida. Según el Tribunal, no se podría considerar los socios de la antigua empresa como vinculados a la cláusula compromisoria, pues esta ya no existía²³.

Con respecto a la subrogación en los seguros, se ha considerado que la aseguradora, subrogada en los derechos del contratante asegurado, era tercera con respecto a la cláusula arbitral existente en contrato entre las demandadas y la asegurada. Según el relator, la subrogación no es lo mismo que el derecho material porque el origen de su derecho de regreso es el contrato de seguro, mientras que el derecho de la asegurada es

complexo de direitos, de deveres, débitos e créditos, motivo pelo qual se confere legitimidade ao cessionário do contrato (cessão de posição contratual) para discutir a validade de cláusulas contratuais com reflexo, inclusive, em prestações pretéritas já extintas (STJ, 3ª T, REsp 356383-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 5.2.2002, DJU 6.5.2002)." (NELSON NERY JUNIOR E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Código Civil Comentado, 8ª ed., São Paulo: RT, p. 468).

²¹ Es lo que afirma PEDRO BATISTA MARTINS: "(...) é evidente que a convenção de arbitragem permanecerá válida e eficaz nas circunstâncias em que haja sub-rogação de direitos", (in "Arbitragem. Capacidade, Consenso e Intervenção de Terceiros: Uma Sobrevista" in Arbitragem Doméstica e internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. RAFAELLA FERRAZ; JOAQUIM DE PAIVA MUNIZ (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 302).

²² Superior Tribunal de Justicia (STJ), Sentencia Extranjera Cuestionada No. 831, Corte Especial, *Spie Enertrans S/A vs. Inepar S/A Indústria e Construções*, Ministro Reportante ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 03.10.2007: "*SENTENÇA ESTRANGEIRA. JUÍZO ARBITRAL. CONTRATO INTERNACIONAL FIRMADO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI DE ARBITRAGEM (9.307/96). ACORDO DE CONSÓRCIO INADIMPLIDO. EMPRESA BRASILEIRA QUE INCORPORA A ORIGINAL CONTRATANTE. SENTENÇA HOMOLOGADA. 1. Acordo de consórcio internacional, com cláusula arbitral expressa, celebrado entre empresas francesa e brasileira. 2. A empresa requerida, ao incorporar a original contratante, assumiu todos os direitos e obrigações da cedente, inclusive a cláusula arbitral em questão, inserida no Acordo de Consórcio que restou por ela inadimplido. 3. Imediata incidência da Lei de Arbitragem aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que firmados anteriormente à sua edição. Precedente da Corte Especial. 4. Sentença arbitral homologada. (...) Na cessão de Contrato, não ocorre apenas a substituição de uma parte. O cessionário assume todos os direitos e obrigações do cedente, que se lhe transmite globalmente por efeito do negócio único que estipularam – no caso específico, a cláusula arbitral, prevista no Acordo de Consórcio, que resultou inadimplido pelo cessionário SVIS – INEPAR – vide art. 1116 e seguintes do C.C.B./2002".*

²³ Tribunal de Justicia de Sao Paulo, Apelación Civil No. 0116341-91.2009.8.26.0100, 26a Cámara de Derecho Privado, Juez de Segunda Instancia Reportante RENATO SARTORELLI, j. 19.10.2011.

consecuencia del incumplimiento del contrato de servicios. Por lo tanto, se consideró como inexistente el consentimiento de la aseguradora en relación a la cláusula compromisoria²⁴.

5. VINCULACIÓN DE LOS ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN VIRTUD DEL ESTATUTO SOCIAL

Como se dijo al principio, la Ley de Sociedades Anónimas establece expresamente la posibilidad de arbitraje de controversias entre los accionistas de la compañía en su art. 109, 3°. No hizo más que posibilitar esta posibilidad de manera redundante ya que, mismo antes de la reforma legislativa de 2001, nada impedía las partes de incluir, en sus estatutos, la cláusula compromisoria.

El apoyo legal justificó la aplicación de la cláusula a todos los accionistas²⁵, estén de acuerdo con el estatuto o no, hayan adquirido sus acciones antes o después de la aprobación del texto que sometió las controversias societarias al arbitraje²⁶, debido al principio de la mayoría. Esto porque, la voluntad de la empresa se hace por resolución de la asamblea, que delibera acerca

de la cláusula compromisoria y decide por mayoría de votos, enlazando todos los accionistas, y suprimiendo, así, el requisito de la voluntad.

Aunque el dispositivo se refiere sólo a los conflictos entre los accionistas y la compañía o entre los controladores y los accionistas minoritarios, se debe interpretarlo extensivamente, en manera que puede cubrir todas las relaciones sociales, incluyendo los posibles conflictos entre los órganos de la sociedad o entre ellos y cualquiera de los accionistas, y todos los conflictos derivados de la condición de socio, controlador o administrador de la sociedad.

La mejor manera de garantizar el arbitraje es incluir la cláusula compromisoria en los estatutos de la compañía antes de la aparición de la controversia. Sin embargo, ella también puede ser incluida en los acuerdos de accionistas y otros acuerdos, siempre que firmados por todos los accionistas o por aquellos que están de acuerdo en someterse a arbitraje, como se explica mejor en el siguiente punto.

Cabe señalar, por último, que hay algún desacuerdo en cuanto a la vinculación de cláusula compromisoria a aquellos que

²⁴ Tribunal de Justicia de Sao Paulo, Apelación Interlocutoria No. 1.257.807-7, Juez de Segunda Instancia Reportante PAULO ROBERTO DE SANTANA, j. 11.08.2004.

²⁵ Esta es la opinión de la mayor parte de la doctrina, aunque existen opiniones contrarias como la de CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, 2º vol., pp. 309 e 310 y de CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Reforma da Lei das S.A. comentada*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 120. En el sentido que aquí ponemos, MARTINS, Pedro Batista, en su trabajo escrito con LEMES, Selma Ferreira y CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 135; TOLEDO, Paulo Fernandes Campos Salles de. "A Arbitragem na Lei das Sociedades Anônimas", *Sociedade Anônima, 30 anos da Lei nº 6.404/76*, São Paulo: IDA – Quartier Latin, 2007, p. 262 y ss.; GARCEZ, José Maria Rossani, *Arbitragem Nacional e Internacional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 109 y ss.; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no Direito Societário*, Belo Horizonte: Mandamentos Editora, p. 184 e ss; ENEL, José Virgílio Lopes. *A arbitragem nas sociedades anônimas*, in *Revista de Direito Mercantil – Industrial, Financeiro e Econômico* nº 129, ano XLII, jan./mar. 2003, p. 162; SEREC, Fernando Eduardo e COES, Eduardo Rabelo Kent, *Confidencialidade de arbitragem é relativizada no Novo Mercado*, in www.conjur.com.br, ed. 13.09.2010. No ámbito internacional también figuran importantes autores adeptos do presente posicionamento como COHEN, Daniel, Op. cit., p. 259; HANOTIAU, Bernard, *L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés*, in *Liber Amicorum Claude Raymond – Autour de l'Arbitrage*, Paris: Litec, 2004, 101; CAPRASSE, Olivier, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruxelles: Bruylant, 2002, p. 375-376.

²⁶ COHEN, Daniel. *Arbitrage et Société*, Paris: LGDJ, 1993, pp. 258 e ss.

no la aprobaron. Es decir, hay quienes entienden que la cláusula no es aplicable a todos los accionistas, pero sólo a aquellos que están de acuerdo con ella o que hayan adherido a ella de forma explícita. Sin embargo, dicho entendimiento no encuentra apoyo legal.

En primer lugar, debido a la propia naturaleza institucional de la sociedad, de modo que cuando el accionista se vincula al estatuto y a las deliberaciones adoptadas su aceptación puede ser expresa o implícita con respecto a la cláusula compromisoria. Además, como señalamos, el consentimiento al arbitraje, en el contexto de la sociedad, deriva del principio de mayoría, impuesto a todos los accionistas. Tampoco se podría decir que se trata de un contrato de adhesión: consiste en un acuerdo de asociación o plurilateral. La cláusula compromisoria estatutaria involucra y cubre los intereses de la sociedad como institución y no sólo el interés exclusivo de los socios. Igualmente sin lugar la alegación de violación al principio de recurso del accionista al Poder Judicial, ya que el derecho de acción se refiere al acceso a la jurisdicción, que puede ser ejercido a través del Poder Judicial, como por medio el arbitraje²⁷.

6. VINCULACIÓN DE LA COMPAÑÍA EN VIRTUD DEL ACUERDO DE ACCIONISTAS

El acuerdo de accionistas no es, en teoría, un instrumento eficaz para vincular a la empresa, pues la Ley de Sociedades Anónimas lo considera, en su artículo 118, como

un pacto entre los socios de la compañía, para fines específicos.

Sin embargo, es posible que la compañía se convierta en parte integrante del acuerdo de accionistas cuando este crea, también para ella, determinados derechos y deberes distintos de los de simple registro exigido por la legislación societaria. Por lo tanto, cuando la sociedad participa como simple interviniente, o sea, como un órgano de registro, la cláusula compromisoria solo vinculará a los accionistas. Sin embargo, en caso en que ella tome el papel de parte, también tendrá que resolver, mediante arbitraje, las controversias que puedan surgir en virtud de las disposiciones del acuerdo.

En este punto vale la pena mencionar la decisión de la CCI, que se hizo pública más tarde en procedimiento judicial, en la que el tribunal arbitral decidió que una compañía no estaba vinculada a la cláusula compromisoria inserta en el acuerdo de accionistas en el cual actuó simplemente como interviniente anuente²⁹.

En cuanto a la anulación de las asambleas generales o de sus decisiones, hay una discusión por el hecho de que puedan alcanzar otras partes que no son accionistas, ni hacen parte de los órganos de la sociedad y tampoco han firmado el convenio arbitral.

En el derecho extranjero, la mayoría de las legislaciones permite la anulación de las asambleas generales, tales como las de

²⁷ Lobo, Carlos Augusto da Silveira. "A cláusula compromissória", in *Revista de Arbitragem e Mediação*, N° 22, jul.-set./2009, pp. 11 e ss.

²⁸ *Companhia Nacional de Cimento Portland vs. CP Cimento e Participações S.A. y Latcem S.A.*, Justicia de Rio de Janeiro, Proceso N° 2006.001.014953-3, Jueza de Primera Instancia MARCIA DE ANDRADE PUMAR, j. 29.12.2006.

²⁹ *Companhia Nacional de Cimento Portland v CP Cimento e Participações S.A. e Latcem S.A.*, Caso CCI N° 14.144/CCO, Sentencia Arbitral acerca de la jurisdicción, KLAUS SACHS (presidente), YVES DERAIS e OTTO L. O. DE WITT WIJNEN, 31.10.2006, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, N° 14, jul.-set./2007, pp. 259 y ss.

Francia, Alemania, Bélgica, EE.UU. y Inglaterra³⁰. Sin embargo, en algunas legislaciones, como en la francesa, no se admite el pedido de nulidad de la constitución de la empresa. También en la mayoría de las legislaciones, se pueden someter al arbitraje las controversias relativas a las cesiones de acciones, a la exclusión de accionistas, las convenciones de voto, e incluso a la disolución de la sociedad.

Todavía no hay jurisprudencia acerca del tema en el derecho brasileño. En teoría, nada impide que se sometan al arbitraje las decisiones de las asambleas generales y que se haga lo mismo con relación a la anulación de la asamblea general o a la declaración de su nulidad. Sin embargo, se debe prestar atención a los derechos de terceros de buena fe derivados de las decisiones de las asambleas, que deben ser exceptuados, ya que no están sujetos a la cláusula compromisoria.


7. CONCLUSIÓN

A partir de este análisis, se puede ver una evolución de los tradicionales marcos legales. La libertad de elección ha creado situaciones no previstas por el legislador. La creciente complejidad de los mercados de capitales, en los países desarrollados como en economías emergentes, comenzó a exigir soluciones para las cuales el arbitraje ofrece

un instrumental, muchas veces más adecuado que el Poder Judicial.

Hay que reconocer que la tendencia actual, especialmente en las relaciones internacionales, es en el sentido de la interpretación más amplia y flexible de la cláusula compromisoria.

Brasil, un país de raíces romano-germánico, se perfila como una economía emergente en el mercado mundial y, a pesar de cierta resistencia por parte de la jurisprudencia y de la doctrina a la innovación demasiada, también debe tratar de seguir las tendencias internacionales, en las mismas líneas de normas internacionales como la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI.

Como preguntó THOMAS CLAY, “ya que se permite tomar refugio encima de la bandera de Brasil para proclamar que si el progreso sólo es posible con la orden, el orden no sirve de nada para el progreso?”³¹. Consideramos que el orden es inseparable de la evolución del arbitraje, pero eso no debe determinar un apego extremo a concepciones puramente formales. Por lo tanto, reconocemos la necesidad de una justicia eficiente y rápida a través del arbitraje, sujeto a los términos del acuerdo de arbitraje firmado por las partes. 

³⁰ HANOTIAU, Bernard. “L’arbitrabilité”, in *Recueil des Cours da Academia de Direito Internacional*, Haia: Martins Niyhoff, 2003, pp. 156 e ss.

³¹ CLAY, Thomas. “A sede da arbitragem internacional: entre ordem e progresso”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, Nº 17, ene.-mar./2008, p. 12.

LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL A NO SIGNATARIOS: ¿UNA MARGINALIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO?

BERNARD HANOTIAU (*)

ERICA STEIN (**)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. El caso Dow Chemical: ¿El nacimiento de una doctrina? A. El laudo arbitral. B. La jurisprudencia francesa. 3. El concepto de consentimiento: ¿Existe un legado de Dow Chemical? A. Países civilistas. B. Países del common law. 4. Conclusión.*



1. INTRODUCCIÓN

La esencia del procedimiento arbitral es que se basa en el consentimiento de las partes. Sin embargo, la multiplicación de grupos de sociedades nacionales e internacionales ha conducido a desarrollos en el arbitraje internacional que desafían esta suposición fundamental¹. En particular, la cuestión surge de saber si un convenio arbitral puede extenderse a sociedades de un grupo que no lo han firmado, permitiendo que participen como partes adicionales en el arbitraje.

En la medida en que el convenio arbitral es un contrato, su extensión puede justificarse por el medio de principios del dere-

cho de las obligaciones y los contratos (por ejemplo: cesión, agencia, subrogación), o por medio de la conducta de las partes no signatarias en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato conteniendo la cláusula compromisoria². En todo caso, el consentimiento de las partes es el elemento primordial para extender los efectos del convenio arbitral.

Desafortunadamente, en paralelo a estos mecanismos consensuales, se ha desarrollado otra teoría, a saber la doctrina del “grupo de sociedades”. De conformidad con esta doctrina, los efectos del convenio arbitral se extienden a las sociedades de un grupo no firmantes del contrato conteniendo la cláusula compromisoria. Bajo esta

(*) Socio de Hanotiau & van den Berg, Bruselas; Professor en Derecho de Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lovaina (Bélgica); Miembro de la *ICCA Council Governing Board*.

(**) Asociada de Hanotiau & van den Berg, Bruselas; ex Consejera de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, París.

¹ B. HANOTIAU, ‘Consent to arbitration: do we share a common vision?’ (2011) *Arbitration International*, Tomo 27, número 4, p. 543.

² B. HANOTIAU, ‘Consent to arbitration’, p. 540.

doctrina, lo importante no es el consentimiento de una sociedad no signataria de someterse a arbitraje, sino su relación con otras sociedades del grupo implicado en el juicio arbitral.

A causa de esta doctrina, hoy en día se habla frecuentemente de una “marginalización” del consentimiento en el arbitraje internacional. En nuestra opinión, esta doctrina goza desde demasiado tiempo de una amplia difusión en la práctica arbitral. El enfoque de este artículo es entonces de mostrar que esta doctrina –y la idea de que exista una marginalización de consentimiento en el arbitraje internacional– no puede prosperar.

La doctrina del grupo de sociedades nació del laudo arbitral dictado en el arbitraje *Dow Chemical c. Isover-Saint-Gobain*³, y de la jurisprudencia francesa que se siguió. Este artículo analiza primero estas decisiones para mostrar que –al contrario de lo que han dicho muchos comentaristas– *Dow Chemical* representa en realidad la buena utilización de principios consensuales para justificar la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, especialmente el concepto de consentimiento por conducta. Después, este artículo describe el estado de la teoría del consentimiento por conducta –a la vez en países civilistas y los del *common law*– para vincular a partes no signatarias al convenio arbitral. Por fin, este artículo concluye con algunos comentarios sobre la necesidad de tribunales arbitrales de reemplazar la doctrina del “grupo de sociedades” por métodos consensuales en su análisis.

2. EL CASO DOW CHEMICAL: ¿EL NACIMIENTO DE UNA DOCTRINA?

En esta sección, analizamos el laudo arbitral dictado en el caso *Dow Chemical* (A), antes de examinar la jurisprudencia francesa relativa a este laudo (B).

A. El laudo arbitral

El Grupo *Dow Chemical* había celebrado dos contratos para la distribución y la venta de sus productos en Francia.

En 1965, un primer acuerdo de distribución se celebró entre *Dow Chemical Venezuela* (Venezuela) y *Boussois-Isolation*, una empresa francesa. Después, *Dow Chemical Venezuela* cedió su contrato a *Dow Chemical AG* (Suizo), un filial de *Dow Chemical Company* (EE.UU.). Por su parte, los derechos y obligaciones de *Boussois-Isolation* han sido atribuidos a *Isover-Saint-Gobain* (Francia) para la distribución en Francia de equipamientos de insolaciones térmicas.

En 1968, un segundo acuerdo se celebró entre *Dow Chemical Europe* (Suizo), un filial de *Dow Chemical AG*, y tres otras sociedades, cuyos derechos y obligaciones también han sido atribuidos a *Isover-Saint-Gobain* para la distribución de esencialmente los mismos productos en Francia.

Ambos acuerdos contenían cláusulas compromisorias refiriéndose a la Cámara de Comercio Internacional (“CCP”), previendo que *Dow Chemical France* (Francia) – o cualquier otro filial de la *Dow Chemical Company* – entregaría los productos especificados en los contratos.

Después de un desacuerdo, *Dow Chemical France*, *Dow Chemical Company*, *Dow Chemical AG* y *Dow Chemical Europe* iniciaron un arbitraje contra *Isover-Saint-*

³ Laudo CCI No. 4131 de 1982, Collection of ICC Awards 1974-1985, p. 146 et seq, nota Y. DERAINS.

Gobain, basándose en las cláusulas mencionadas anteriormente. Isover-Saint-Gobain argumentó que ningún convenio arbitral existía entre ella, Dow Chemical France y Dow Chemical Company. Por eso, planteó dos objeciones previas ante el tribunal arbitral, formuladas por el tribunal como sigue:

(1) El tribunal arbitral ¿tiene competencia para dictar un laudo entre Dow Chemical France y Dow Chemical Company por un lado y Isover Saint Gobain por otro lado?

(2) En el caso de que el tribunal arbitral no tenga competencia con respecto a Dow Chemical France y Dow Chemical Company (los dos primeros Demandantes), ¿no debería rechazar la solicitud de Dow Chemical A.G. y Dow Chemical Europe (los Demandantes 3 y 4) por falta de interés directo en este litigio?

Por su parte, Dow Chemical France y Dow Chemical Company, ambas sociedades no signatarias a los contratos, pretendieron haber consentido a los convenios arbitrales contenidos en dichos contratos, por las razones resumidas por los árbitros como sigue⁴:

“Considerando que es indiscutible que las cláusulas de arbitraje a las cuales se refieren los demandantes están contenidas en contratos que han sido firmados ni por DOW CHEMICAL (Francia) ni por DOW CHEMICAL (EE.UU.); que ambas sociedades, no obstante, mantienen que pueden invocar las cláusulas en virtud del contexto factual de la celebración y la ejecución de los contratos y del hecho

de que forman, al igual que los signatarios de los contratos, parte de un grupo cuyo sociedad matriz es DOW CHEMICAL (EE.UU.) (...).”

En un laudo interlocutorio del 23 de septiembre 1982, el tribunal arbitral aceptó la participación de las dos sociedades no signatarias del Grupo Dow Chemical como demandantes en el arbitraje, rechazando así las objeciones planteadas por Isover-Saint-Gobain.

El tribunal arbitral sostuvo que:

“(...) es apropiado, para determinar el alcance y los efectos de las cláusulas de arbitraje invocadas, examinar sucesivamente las circunstancias de la negociación, ejecución y terminación de los contratos en cuestión y explorar después la posible relevancia, en este contexto, del hecho de que los demandantes forman parte de un grupo de sociedades”⁵.

Se analizó después de manera pormenorizada la negociación, ejecución y terminación de los contratos, y el rol de las sociedades del Grupo Dow Chemical a este respecto⁶.

Después, el tribunal arbitral decidió que debía:

“(...) determinar el alcance y los efectos de las cláusulas de arbitraje (...) refiriéndose a la común intención de las partes del juicio arbitral resultante de las circunstancias de la celebración y la ejecución y luego la

⁴ Ibid., p. 148.

⁵ Ibid., p. 149.

⁶ Ibid., pp. 149 y ss.; E. GAILLARD y J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), p. 286.

*terminación de los contratos en los cuales las dichas cláusulas aparecen. Al hacerlo, el tribunal (...) debe también tener en cuenta los usos del comercio internacional, especialmente en la presencia de un grupo de sociedades (...)*⁷.

un grupo de sociedades que

*“indistintamente de la identidad jurídica separada de cada un de sus miembros (...) constituye una y la misma realidad económica”*⁸.

En consecuencia,

*(...) la cláusula arbitral aceptada expresamente por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contiene la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron*⁹.

El tribunal observó que las filiales signatarias del Grupo Dow Chemical, además de Dow Chemical France, una sociedad no signataria, habían participado en la celebración, ejecución y terminación de los acuerdos. El tribunal observó también que Dow Chemical France actuaba siguiendo instrucciones de Dow Chemical Company,

otra sociedad no signataria, que había jugado un rol esencial en la terminación de los contratos. Luego, el tribunal observó que la cuestión de que sociedad del Grupo Dow Chemical iba a firmar los contratos no era importante, ni a los vendedores, ni a los distribuidores¹⁰.

Aplicando los principios mencionados anteriormente a estos hechos, el tribunal arbitral empleó un análisis “consensual”. En otras palabras, la voluntad común de las partes de someterse al arbitraje—declarada mediante el comportamiento de las partes, a la luz de los usos del comercio internacional y la realidad económica del grupo de sociedades— fue la base sobre la cual el tribunal arbitral afirmó al final su competencia.

B. La jurisprudencia francesa

En Francia, el laudo arbitral en el caso *Dow Chemical* dio origen a una jurisprudencia importante.

La Corte de Apelaciones de París confirmó el laudo en una decisión fechada el 21 de octubre 1983¹¹. En su fallo, los jueces destacaron que los árbitros habían llegado a su decisión “de acuerdo con la común intención de todas las sociedades involucradas” y que era sólo “subsidiariamente” que los árbitros se referían a “la noción del ‘grupo de sociedades’ (...) de acuerdo con los costumbres del comercio internacional”¹².

Otras numerosas decisiones siguieron.

⁷ Ibid., p. 149.

⁸ Ibid., p. 151.

⁹ Ibid., p. 151.

¹⁰ Ibid., pp. 149 y ss.

¹¹ *Dow Chemical c. Isover-Saint-Gobain*, Corte de Apelaciones de París, 21 de octubre de 1983, Rev. Arb. (1984), p. 98 y nota A. Chapelle, p. 101.

¹² Ibid., pp. 98 y ss.

Por ejemplo, en el caso *Korsnas*¹³, la misma Corte estableció una regla –utilizada con menudo desde entonces– para determinar que partes estarían vinculadas por un convenio arbitral en relaciones económicas internacionales¹⁴:

“De acuerdo con los usos comerciales internacionales, la cláusula compromisoria insertada en un acuerdo internacional tiene su propia validez y eficacia, que exigen su extensión y aplicación a partes que están directamente involucradas en la ejecución del acuerdo y a disputas que surgen de ello, y esto desde el momento en que se establece que la situación contractual, las actividades y las relaciones comerciales usuales existiendo entre las partes pueden conducir a la presunción de que aceptaron la cláusula arbitral, cuyo existencia y alcance tuvieron conocimiento, aunque no sean firmantes del contrato conteniendo la dicha cláusula”.

En el caso *Kis France c. Société Générale*¹⁵, implicando a la vez un grupo de contratos y dos grupos de sociedades, la Corte de Apelaciones de París confirmó un laudo arbitral CCI en el cual el tribunal aceptó jurisdicción no sólo con respecto a las dos empresas matrices (ambas firmantes de la cláusula arbitral sobre la cual el arbitraje fue iniciado), sino también a sus filiales (no signatarios del contrato conteniendo la cláusula

de arbitraje, pero signatarios a contratos conexos). La Corte señaló que:

“(...) el tribunal arbitral interpretó los acuerdos, y decidió que las obligaciones recíprocas de las partes estaban estrechamente interrelacionadas y que las empresas matrices estaban en una posición dominante vis a vis sus filiales, estos últimos subiendo las decisiones comerciales y financieras de estas primeras (...)”.

La Corte de Apelaciones aprobó la motivación del tribunal arbitral, explicando que:

“a partir del análisis de las relaciones contractuales entre los grupos, (...) se puede deducir que la común intención de las partes era de considerar Kis France y Kis Photo directamente responsables para las sumas adeudadas por sí mismas o por su filial Kis Corporation y, en virtud de esta obligación, declaró admisible la reclamación presentada por la Société Générale y sus filiales”¹⁶.

La extensión del acuerdo estuvo así de nuevo justificada mediante la común intención de las partes, teniendo en cuenta los contratos interrelacionados entre ellas¹⁷.

Las decisiones de las Cortes de Apelaciones sobre este tema siempre han sido

¹³ *Korsnas Marma c. Société Durand-Auzias*, Corte de Apelaciones de París, 30 de noviembre de 1988, Rev. Arb. (1989), pp. 691 y ss., nota PY. TSCHANZ.

¹⁴ Por ejemplo, *Compagnie tunisienne de navigation (Cotunav) c. Société Comptoir Commercial André*, Corte de Apelaciones de París, 28 de noviembre de 1989, Rev. Arb. (1990), pp. 675 y ss., nota P. Mayer; *Orri c. Société des Lubrifiants Elf Aquitaine*, Corte de Apelaciones de París, 11 de enero de 1990, Rev. Arb. (1992), pp. 95 y ss., nota D. COHEN.

¹⁵ *Société Kis France et autres c. Société Générale et autres*, Corte de Apelaciones de París, 31 de octubre de 1989, Rev. Arb. (1992), pp. 90 y ss.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ E. GAILLARD y J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, p. 289.

aprobadas por la Corte de Casación. Por ejemplo, en el caso Dalico de 1993¹⁸ y decisiones posteriores¹⁹, la Corte declaró que:

*“(...) la existencia y la eficacia [del convenio arbitral] deben ser evaluadas, sujeto a normas imperativas del Derecho francés y al orden público internacional, de la común intención de las partes, sin la necesidad de referirse a cualquier Derecho nacional”*²⁰.

Se sigue del laudo arbitral en el caso Dow Chemical que el hecho de que una empresa no signataria forme parte de un grupo de sociedades firmantes de una cláusula compromisoria no es suficiente para extender la dicha cláusula a la sociedad no signataria. En otros términos, no es la existencia de un grupo que justifica la “extensión” del convenio arbitral a sociedades no signatarias de un grupo, sino la intención de las partes²¹. Esto es una cuestión factual²².

De la misma manera, se ve de la jurisprudencia resultante de este laudo que los tribunales franceses aceptan generalmente extender los efectos del convenio arbitral a sociedades no signatarias de un grupo cuando la extensión puede justificarse por medio de la intención, explícita o implícita, de las partes, y no en virtud de la mera existencia de un “grupo de sociedades”.

En un artículo reciente, Yves DERAÏNS, el primer comentarista del caso *Dow Che-*

mical, confirmó la posición de los tribunales franceses en las palabras siguientes:

*“no existe una regla general en el Derecho francés del arbitraje internacional que prevea que sociedades no signatarias de un mismo grupo estarían vinculados a una cláusula compromisoria, ya sea bajo específicas o todas circunstancias. Lo que es relevante es que todas las partes tenían la intención de que partes no signatarias se vinculen a la cláusula. No sólo las partes signatarias, sino también las partes no signatarias, deberían haber tenido la intención (o deberían haber conducido a las otras partes de creer razonablemente que tenían la intención) de vincularse a la cláusula compromisoria (...) lo que es relevante es que tenía la intención de vincular a las partes no signatarias, no una regla general sobre un grupo de sociedades (...) no es tanto la existencia de un grupo que resulta en la vinculación de las varias sociedades de un grupo a un acuerdo firmado por una de ellas, sino el hecho de que esto fue la intención verdadera de las partes”*²³.

Por eso, no es correcto decir que el caso Dow Chemical dio origen a una “doctrina del grupo de sociedades”. Esta supuesta doctrina no forma parte del estado actual del Derecho francés. Aún más, la referencia a esta doctrina es engañosa: tribunales, árbitros, y académicos están unánimemente de acuerdo que la existencia de un grupo de sociedades no es en sí suficiente para extender

¹⁸ *Municipalité de Khoms El Mergeb c. Société Dalico*, Corte de Casación (Cass. 1re civ.), 20 de diciembre de 1993, Rev. Arb. (1994), pp. 116 y ss.

¹⁹ Cf. por ejemplo, *Société Unikod c. Société Ouralkali*, Corte de Casación (Cass. 1re civ.), 30 de marzo de 2004, Rev. Arb. (2005), pp. 959 y ss., nota C. SERAGLINI.

²⁰ *Dalico*, p. 117.

²¹ E. GAILLARD y J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, p. 283.

²² G. BORN, *International Commercial Arbitration, Volume I* (2008), p. 1173, con referencias.

²³ B. HANOTIAU y E. SCHWARTZ (eds.), “Is there a group of companies doctrine?” en *Multiparty Arbitration*, ICC Institute, Dossiers, Tomo VII, 2010, p. 136.

los efectos de un convenio arbitral, firmado por ciertos miembros de un grupo, a una sociedad no signataria del mismo. La “doctrina” es meramente una expresión inadecuada para la idea de que la conducta puede ser una expresión de consentimiento. A lo mejor, la existencia de un grupo de sociedades puede ser relevante en un análisis factual (por ejemplo, en cuanto a la organización y control de las sociedades, su participación conjunta en proyectos, la intercambiabilidad de miembros del grupo, etc.) para determinar si una determinada conducta equivale consentimiento.

3. EL CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO: ¿EXISTE UN LEGADO DE *DOW CHEMICAL*?

Hemos demostrado en la sección precedente que el laudo arbitral y la jurisprudencia francesa en el caso *Dow Chemical* no han dado origen a una marginalización de consentimiento. En realidad, este fallo representa la buena utilización del concepto de consentimiento por conducta para extender los efectos del convenio arbitral a no signatarios.

Hoy en día, el concepto de consentimiento por conducta forma parte del Derecho en muchas jurisdicciones. Examinamos más adelante el estado de este concepto en

varios países civilistas (A) y en ciertos sistemas del *common law* (B).

A. Países civilistas

Los sistemas civilistas tienen una óptica relativamente semejante para la determinación del consentimiento, a pesar del hecho de que haya menos formalismo en los sistemas derivados del Derecho francés, y más formalismo en los sistemas derivados del Derecho suizo y, sobre todo, alemán.

En el Derecho francés es una cuestión de principio y sujeto a pocas excepciones que contratos no están sujetos a ninguna formalidad. La oferta y la aceptación pueden resultar de una expresión de voluntad explícita o implícita, y de cualquier forma de conducta²⁴.

Si se discute la existencia del consentimiento, el tribunal arbitral debe investigar la común intención de las partes en el momento en que se celebró el contrato²⁵. Esto necesita una interpretación subjetiva, basada en los hechos y las circunstancias del caso, investigando la verdadera voluntad de las partes²⁶. Al hacerlo, el tribunal arbitral puede tener en cuenta la conducta de las partes antes y después de la celebración del contrato²⁷, incluso si el momento determinante es el de la celebración del

²⁴ P. MALINVAUD, *Droit des Obligations*, 9a edición, Litec, 2005 §§ 116 y 341 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil, Les Obligations*, 9a edición, Dalloz, 2005, §128 ; A Bénabent, *Droit Civil, Les Obligations*, 11a edición, Montchrestien, 2007 §101 ; Corte de Casación (Cass. 3e Civ.), 13 de abril 2010, N°s. 09-10459 y 09-10799, www.legifrance.gouv.fr.

²⁵ Artículo 1156 del Código Civil francés.

²⁶ A. BÉNABENT, *Droit Civil, Les Obligations* (2007) § 273; F. TERRÉ, P. SIMLER y Y. LEQUETTE, ‘Droit Civil, Les Obligations’ (2005) § 449.

²⁷ Corte de Casación (Cass. 1re civ.), 7 de mayo 1956, Bull. civ. 1956, I, N° 179; Corte de Casación (Cass. soc.), 28 de marzo 1957, Bull. civ. 1957, IV, N° 475; Corte de Casación (Cass. 1re civ.), 2 de diciembre 1959, Bull. civ. 1959, I, N° 512; Corte de Casación (Cass. 1re civ.), 13 de diciembre 1988, Bull. civ. 1988, I, N° 352; JCP G 1989, IV, 61; D. 1989, inf. rap., 4; Corte de Casación (Cass. com.), 12 de octubre 1993, Bull. civ. 1993, IV, N° 330; RTD civ. 1994, 595, obs. Mestre; Corte de Casación (Cass. 1re civ.), 9 de noviembre 1993, JurisData N° 1993-002644; Bull. civ. 1993, I, N° 317; Corte de Casación (Cass. 3e civ.), 30 de abril 2002, RJDA 8-9/2002, N° 847; Corte de Casación (Cass. com.), 22 de marzo 2005, N° 02-15.357, RJDA 11/2005, N° 1181 y 1229; Corte de Apelaciones de París, 26 de octubre 2007, N° 06/147690, www.legifrance.gouv.fr; Corte de Casación (Cass. 1re civ.), 7 de junio 2006, no publicado, N° 04-17550, www.legifrance.gouv.fr.

contrato²⁸. Generalmente se acepta en el Derecho francés que la manera en la cual las partes ejecutan un contrato constituye un claro indicio de su voluntad.

Es así que los tribunales franceses pueden incluir dentro del alcance de un convenio arbitral un no signatario, es decir, por medio de su conducta (como una expresión de consentimiento) en la celebración, ejecución o terminación del acuerdo conteniendo la cláusula arbitral. En este caso, sólo un análisis factual de la conducta de las partes permite llegar a las conclusiones con respecto a su posible voluntad común²⁹.

En el Derecho suizo, se puede expresar la voluntad de las partes de manera explícita o implícita (*par actes concluants*)³⁰. En caso de duda sobre la existencia de consentimiento, es el juez o el árbitro que determina la verdadera intención de las partes, interpretando el contrato de manera subjetiva³¹ y teniendo en cuenta, si es necesario, la conducta de las partes antes y después de la celebración del contrato³². Sin embargo, para ser determinante, la conducta debe expresar claramente la intención de contratar³³.

Si así no se puede llegar a una decisión sobre la verdadera voluntad de las partes, el juez o el árbitro debe proceder a una interpretación objetiva, determinando lo que las partes querían al momento de la celebración del contrato y a la luz de todas las circunstancias³⁴. A diferencia de un análisis subjetivo, no se puede considerar elementos y circunstancias posteriores al momento de la celebración del contrato³⁵.

En Suiza, el Tribunal Federal ha decidido que desde el momento en que existe un acuerdo escrito, la cuestión de saber si se extiende a no signatarios es una decisión para tribunales arbitrales y nacionales³⁶. Para determinar el alcance *ratione personae* de una cláusula compromisoria, tribunales arbitrales y nacionales suizos investigan entonces si la conducta de un no signatario en la negociación, ejecución y/o la terminación de un acuerdo puede equivaler a consentimiento. En contraste, los tribunales nacionales suizos han rechazado expresamente la doctrina del grupo de sociedades³⁷.

El Derecho alemán es más formalista que el Derecho francés o suizo. En el Derecho alemán, se puede entender un acuer-

²⁸ *Jurisclasseur Droit Civil*, 2001, ed. Contrats et Obligations, Fascicule 31, § 21; A Bénabent, § 273.

²⁹ Es cierto que en algunas decisiones, el enfoque de la motivación de las cortes era la buena administración de justicia (por ejemplo, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de París de 1994 en el caso Jaguar). Sin embargo, estas decisiones son pocas y han sido fuertemente criticados.

³⁰ Artículo 1 párrafo 2 del Código de las Obligaciones suizo, ATF 121 III 109.

³¹ P. TERCIER, *Le Droit des Obligations*, Schulthess, 4a ed. 2009, pp. 193 y ss.

³² N. ROULLER, *Droit Suisse des Obligations et Principes du Droit Européen des Contrats*, Lausanne, CEDIDAC, 2007, 507; TERCIER, Op. cit., N° 591.

³³ Paul PIOTET, *Contributions choisies : Recueil offert par la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80ème anniversaire*, Schulthess, 2004, pp. 651-653 y JDT 1988 I 354.

³⁴ JDT 1997, I, 98.

³⁵ B. CORBOZ, « La Réception du Contrat par le juge : la qualification, l'interprétation et le complètement » en *Le Contrat dans Tous ses Etats*, Steampfli, Berne, 2004, p. 271; TERCIER, Op. cit., N° 591 ; P. ENGEL, *Traité des Obligations en Droit Suisse*, Steampfli, Berne, 2a ed., 1997, p. 241 ; ATF 107 II 417 y 129 III 675.

³⁶ DFT 129 III 727. Cf. comentario de L. LÉVY y B. STUCKY en Rev. Arb. (2004), pp. 695, 707 y en B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations*, p. 52.

³⁷ Cf. especialmente la decisión del Tribunal Federal suizo de 29 January 1996, 14 ASA Bull. 496 (1996); J-F POUURET and S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2a ed., 2007, p. 223.

do por el comportamiento de las partes en la negociación y la ejecución del contrato, pero únicamente en la medida en que indica la intención verdadera de las partes al momento de la celebración del contrato³⁸. Para decidir si la conducta en cuestión constituye una oferta o una aceptación, se aplica las reglas usuales de interpretación, es decir, bajo el principio de la buena fe y teniendo en cuenta los usos comerciales³⁹. De esta manera, tribunales alemanes investigan si, de la perspectiva del recipiente, la significación objetiva de la conducta en cuestión es una expresión implícita de la voluntad para contratar, incluso cuando la parte no quería contratar pero dio la impresión contraria⁴⁰.

En cuanto a convenios arbitrales, el Derecho alemán, a diferencia de los Derechos francés y suizo, se adhiere estrictamente a la necesidad de consentir por escrito⁴¹ y al principio de la relatividad contractual. Si el contrato que contiene la cláusula compromisoria no ha sido firmado por una persona física o jurídica, no se puede considerar a esta persona como parte al convenio arbitral. Aunque no exista jurisprudencia alemana sobre este asunto, está generalmente aceptado por académicos que sociedades de

un grupo no pueden ser vinculadas por convenios arbitrales celebrados por otras sociedades del mismo grupo, incluso cuando han participado en la negociación, ejecución y/o terminación del acuerdo⁴². Cuando los tribunales alemanes aceptan incluir dentro del alcance de un convenio arbitral una persona física o moral que no ha formalmente firmado el convenio, se basa generalmente en teorías contractuales tradicionales⁴³.

B. Países del *common law*

Hablando ahora de los principales sistemas del *common law*, examinamos el Derecho inglés y estadounidense.

En el Derecho inglés, se puede entender acuerdos por medio de la conducta de las partes y del curso de las negociaciones⁴⁴. Sin embargo, a diferencia del Derecho francés, se aplica un examen objetivo⁴⁵. Por eso, en contraste con sistemas civilistas, es la posición del Derecho inglés que al interpretar un contrato, no es correcto, sujeto a pocas excepciones, tener en cuenta negociaciones precontractuales o proyectos o documentos preliminares, o la conducta de las partes después de la celebración del contrato. Se

³⁸ BGH NJW-RR 2007, at 529; NJW 1988, 2878, a 2879; BAG ZIP 1991, 1446, a 1448; Staudinger/Bork, op. cit., § 157 párra. 38; Palandt/Ellenberger, Op. cit., § 133 párra. 6b; Rütters/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 16a ed. 2009, § 19 párra. 43.

³⁹ Artículo 157 del código civil alemán (BGB).

⁴⁰ Por ejemplo BGHZ 2, 150, a 153; 53, 174, 178; Palandt/Ellenberger, op. cit., § 133 párra. 11, Staudinger/Bork, Op. cit., § 133 párra. 26.

⁴¹ § 1031 del Código de procedimiento civil alemán (ZPO).

⁴² Cf. por ejemplo O. SANDROCK, "Extending the scope of the Arbitration Agreements to Non-Signatories", en ASA Special Series N° 8, *The Arbitration Agreement*, 1994, p. 165; "The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories – an enigma still unresolved" en *Liber Amicorum Richard Buxbaum*, Aspen, 2000, p. 461; "Group of Companies and Arbitration", 2005 Tijdschrift voor Arbitrage, p. 3.

⁴³ BGH NJW 2000, t 2346; Musielak/Voit, ZPO, 7a ed. 2009, § 1029 párra. 8; Zöller/Geimer, ZPO, 28a ed. 2010, § 1029 párra. 63; Naegeli/Schmitz, SchiedsVZ 2009, 185, p. 188; BGHZ 71, 162, p. 165 = NJW 1980, p. 2022; NJW 1998, p. 371; BGHZ 77, 33, p. 35 = NJW 1978, a 1585; NJW-RR 1991, 423, p. 424; Musielak/Voit, Op. cit., § 1029 párra. 8; MünchKommZPO-Münch, 3a ed. 2008, § 1029 párra. 21.

⁴⁴ *Chitty on Contracts*, 30a Edición, párras. 1-076, 2-160, 13-022.

⁴⁵ *Chitty on Contracts*, párra. 2-160; *The Gudermes* [1993] 1 Lloyd's Rep 311 per Staughton a 321 *Baird Textile Holding Ltd c. Marks & Spencer Plc* [2001] C.L.C., per Mance LJ, párra. 69 y 70.

puede considerar tal conducta sólo para llegar a la conclusión que el contrato fue modificado por las partes posteriormente⁴⁶.

Cuando un tribunal inglés determina que los efectos de una cláusula compromisoria se extienden a una persona que no era formalmente parte del convenio arbitral, lo hace basándose en los conceptos contractuales tradicionales del consentimiento y de la relación contractual (*privity of contract*), o sobre la base de teorías como cesión, relación de agencia (*agency*), subrogación, *incorporation by reference*, sucesión y novación, o el levantamiento del velo societario (*piercing the corporate veil*)⁴⁷.

Finalmente, en el Derecho estadounidense, el “*Restatement (Second) of Contracts*” (1981) indica que una promesa “*puede ser entendida enteramente o parcialmente por medio de conducta*”⁴⁸. Además, una parte puede manifestar su consentimiento en vincularse, no sólo por medio de palabras, sino también por “*actos u omisiones*”⁴⁹. A menos que se especifique el contrario, es entonces inmaterial si un contrato ha sido celebrado expresamente –por escrito o no– o por medio de la conducta de las partes⁵⁰. Sin embargo, “[*l*]a conducta de una

parte opera como manifestación de su consentimiento sólo si tiene la intención de participar en la dicha conducta y sabe o puede saber que la otra parte entiende su consentimiento del comportamiento en cuestión”⁵¹.

En otras palabras, en el Derecho estadounidense, si el lenguaje explícito es ambiguo o mudo en cuanto a una cuestión, y las partes han actuado de una manera consistente y sin objeción en cuanto a la misma cuestión, un tribunal normalmente interpretaría esta conducta como una prueba de la intención de las partes de vincularse en este respeto⁵².

En cuanto al método para interpretar un contrato escrito, el Derecho estadounidense privilegia la significación ordinaria y objetiva de los términos a la luz de las circunstancias pertinentes. En consecuencia, no es la intención verdadera, sino la intención expresada o aparente del escrito que es relevante. En otros términos, es el objetivo, no el subjetivo, que cuenta⁵³.

Según la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *First Options*⁵⁴, la determinación del alcance de la cláusula compromisoria queda con los tri-

⁴⁶ *James Miller and Partners Ltd. c. Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd.* [1970] 1 All ER 796 *Wickman Machine Tool Sales Ltd. c. L. Schuler AG* [1972] 2 All ER 1173.

⁴⁷ En la decisión de *Peterson Farms Inc. c. C&M Farming Ltd.*, (English High Court, EWHC, 121, Comm., 4 de febrero 2004), la Corte decidió que la doctrina del grupo de sociedades no formaba parte del Derecho inglés. De la perspectiva de un abogado civilista, la referencia a esta doctrina en el escenario factual y jurídico de *Peterson Farms* es difícil entender. Un abogado civilista tendría tendencia de considerar que el caso no se trataba de la cuestión de competencia, sino simplemente de la cuestión de saber si una persona física o jurídica, cuando solicita danos y perjuicios, puede incluir en estos los danos y perjuicios sufridos por partes relacionadas.

⁴⁸ § 4.

⁴⁹ § 19.1.

⁵⁰ Comentario a) bajo § 19: “*no existe una distinción entre el efecto de la promesa expresada por escrito, en palabras, o por conducta, o parcialment utilizando una de estas maneras o parcialmente otras*”. Confirmado en Corbin on Contracts § 1.19 (Joseph M. Perillo ed., Rev. ed. 1993).

⁵¹ §19(2) del *Restatement*.

⁵² § 202 del *Restatement*; cf. 17AAM. JUR. 2D, Contracts, § 188 (2010).

⁵³ *Williston on Contracts*, §31 2.4 a 280-83.

⁵⁴ *First Option c. Kaplan*, Corte Suprema de los Estados Unidos, 514 U.S. 938 (1995).


bunales nacionales, a menos que las partes hayan específicamente dado este poder al tribunal arbitral. Cuando la cuestión es saber si un no signatario debería ser incluido en el alcance *ratione personae* del convenio arbitral, se decide generalmente conforme a una de las cinco teorías: relación de agencia (*agency*), *estoppel*, *jus tertii* (*third party beneficiary*), levantamiento del velo societario (*piercing the corporate veil*) y el asentimiento tácito (*assumption by conduct*)⁵⁵. En el caso del asentimiento tácito, se analiza la conducta de las partes para determinar si un no signatario consintió en someterse al arbitraje⁵⁶.

Consentimiento es un concepto multifacético, cobrando no sólo consentimiento explícito sino también implícito. En la práctica, consentimiento por conducta juega un rol mayor en la determinación de la competencia de tribunales nacionales y arbitrales en diversos sistemas jurídicos. Por eso, no se puede decir que el concepto de consentimiento ha sido marginalizado.

4. CONCLUSIÓN

En conclusión, sugerimos que toda referencia a la “doctrina del grupo de socie-

dades” debe desaparecer de nuestro vocabulario. Para abordar la cuestión del alcance de la cláusula compromisoria, debemos volver a lo básico, es decir, a una determinación del alcance de la cláusula compromisoria empleando conceptos y mecanismos jurídicos clásicos. En este contexto, es importante buscar el consentimiento de las partes al convenio arbitral. No se trata entonces de la “extensión” del convenio arbitral, sino de una determinación de las verdaderas partes al mismo.

En la medida en que se dice que ha sido una marginalización del consentimiento, viene de la aplicación inapropiada de la “doctrina del grupo de sociedades” y el uso de una terminología errónea, conduciendo a la impresión que convenios arbitrales puedan ser “extendidos” a no signatarios. En consecuencia, en vez de referirse a una marginalización del consentimiento, sugerimos que es más justo referirse a una manera moderna de contemplar el consentimiento, dando más importancia a la conducta de las personas físicas y jurídicas implicadas a la luz de los hechos, la práctica comercial, la realidad económica y los usos comerciales, sobre todo en situaciones que involucran grupos de sociedades. 

⁵⁵ *Thomson-CSF, S.A. c. Am. Arbitration Ass'n*, Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 64 F. 3d, 773 (1995).

⁵⁶ *Gvozdencovic c. United Air Lines, Inc.*, Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos 933 F. 2d 1100 (1991).

LA SOCIEDAD CIVIL ENTRA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL A TRAVÉS DE LA FIGURA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN DEL AMICUS CURIAE

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA (*)

SUMARIO: *1. Introducción: Confidencialidad versus intereses públicos. 2. Los primeros atisbos de un cambio en la práctica arbitral y la respuesta de los países del TLCAN. 3. La modificación del reglamento de arbitraje del CIADI. 3.1. La postura previa de los tribunales arbitrales. 3.2. La nueva regla 37.2. 3.3. Las primeras aplicaciones de la nueva reglamentación. 4. La situación actual. 4.1. Los futuros APPRI de la Unión Europea. 4.2. Los trabajos en la CNUDMI. 5. Valoración final.*



1. INTRODUCCIÓN: CONFIDENCIALIDAD VERSUS INTERESES PÚBLICOS

El arbitraje en inversiones extranjeras ha tomado como modelo el procedimiento arbitral desarrollado en el comercio interna-

cional, donde son diferencias de naturaleza estrictamente privada las que son sometidas a decisión arbitral¹. Ello ha conducido a que, en principio, los específicos caracteres e intereses que rodean a una disputa inversor-Estado respecto de los presentes en las controversias típicas dirimidas por el

^(*) Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto titulado "La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del siglo XXI", DER2010-17126.

¹ G. VAN HARTEN y M. LOUGHLIN; "Investment Treaty Arbitration as Species of Global Administration Law", *EJIL*, Vol.17, 2006, pp. 125-127, explican muy bien como se ha llegado a esta situación, debido en gran parte a la inclusión del sistema previo de arbitraje basado en una cláusula contractual como método de solución de controversias inversor-Estado en los APPRI. En este sentido señalan que "The jurisdiction of a commercial arbitration tribunal did not normally extend to regulatory disputes arising from the state's exercise of public authority with respect to foreign nationals, including foreign investors. A key aspect of the investment treaty arbitration is that it transplants this private adjudicative model from the commercial sphere into the realm of government, thereby giving privately-contracted arbitrators the authority to make what are in essence governmental decisions. This is achieved because investment treaties incorporate arbitration treaties in order to provide an institutional forum and procedural framework for investment arbitration. Investment treaties also rely on arbitration treaties for the enforcement of arbitration awards by domestic courts. Thus, when it came to the drafting of investment treaties, the previously established arrangements of arbitration treaties were simply incorporated as part of the architecture of investment arbitration. In the process, the procedural framework and enforcement structure of international commercial arbitration that provided the basis for the use of a private model of adjudication was extended to resolve regulatory disputes between individuals and the state", p. 126. En el mismo sentido, F. GELINAS; "Investment Tribunals and the Commercial Arbitration Model: Mixed Procedures and Creeping Institutionalisation", en *Sustainable Development in World Trade Law*, Gehring, M. y Cordonier Segger, M.-Cl. (eds.), La Haya, Kluwer, 2005, pp. 577-578.

arbitraje comercial internacional no fueran tenidas en cuenta en el momento de dicha transposición y que de manera, más o menos pacífica, se aceptase el modelo con todas sus características que le son inherentes.

Entre estas últimas, hemos de señalar que la confidencialidad ha ocupado tradicionalmente un puesto de honor². Tanto es así que, en numerosas ocasiones, se ha podido señalar que uno de los mayores beneficios con los que cuenta el arbitraje comercial internacional para las partes es precisamente este carácter confidencial del procedimiento arbitral en relación al proceso judicial³. Sin embargo, la confidencialidad del procedimiento arbitral es actualmente una de las mayores críticas con las que se enfrenta el arbitraje internacional, y más en concreto cuando se trata de resolver las controversias entre Estados y particulares en materia de inversiones⁴.

Así, para fundamentar el rechazo al mantenimiento de la confidencialidad como característica del arbitraje inversor-Estado se suele señalar, en primer lugar, a las lógicas obligaciones de publicidad de los actos gubernamentales derivadas del ordenamiento interno de cualquier Estado, pero es sobre todo y, de forma muy especial, a la presencia de intereses públicos que se ven a menudo comprometidos en el desarrollo de los litigios o al menos en su resultado final, en donde más se hace hincapié⁵.

En efecto, estos tribunales arbitrales han de decidir sobre la actuación del Estado receptor de la inversión en su condición de autoridad pública, controlando la legalidad de las políticas puestas en práctica en relación con los estándares de protección previstos en sus compromisos internacionales, con la posibilidad de adoptar resoluciones de condena lejos de todo control por parte

² FOUCHARD, P., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B.; *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996, pp. 786-787.

³ Sobre esta cuestión, LAVERS, A.P. y BELLHOUSE, J.M.H.; "International Arbitration – Privacy and Confidentiality", *TDM*, Vol.2, Nº.5, 2005; KOURIS, S.; "Confidentiality: Is International Arbitration Losing One of Its Major Benefits", *Journal of International Arbitration*, Vol.22, Nº.2, 2005, pp. 127-140; OAKLEY-WHITE, O.; "Confidentiality Revisited: Is International Arbitration Losing of Its Major Benefits", *International Arbitration Law Review*, Nº.1, 2003, pp. 29-36; BUYS, C.; "The Tension between Confidentiality and Transparency in International Arbitration", *American Review of International Arbitration*, Vol.14, 2003, pp. 121 y ss.; TRACKMAN, L.; "Confidentiality in International Commercial Arbitration", *Arbitration International*, Vol.18, 2002, pp. 1 y ss.

⁴ Recogiendo algunas de las críticas, ATIK, J.; "Legitimacy, Transparency and NGO Participation in the NAFTA Chapter Process", en NAFTA. *Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, ed. Todd Weiler, Nueva Cork, Arsdley, 2004, pp. 139-149; MISTELIS, L.A.; "Confidentiality and Third Party Participation UPS v. Canada and Methanex Corp v. United States", en *International Investment Law and Arbitration*, Todd Weiler (ed.), Londres, Cameron May, 2005, pp. 178-179.

⁵ TWEEDDALE, A.; "Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception", *Arbitration International*, Vol.21, Nº.1, 2005, p.62; BLACKBAY, N.; "Public Interest and Investment Treaty Arbitration", en *Investment Treaties and Arbitration*, ed.G.Kaufmann-Kohler y B.Stucki, Basilea, ASA, 2002, p. 145: "Treaty arbitration often raises fundamental issues of public interest which are usually absent from international commercial arbitration. It is said that arbitrators are not guardians of the public interest and should simply resolve the dispute inter partes without looking at the wider political and economic impact of the issues in debate. Such an approach may be appropriate in a private dispute but is that still the case when measures of democratically elected governments are reviewed for their compliance with norms of international law?"; GRUNER, D.M.; "Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.41, 2003, p. 959; IRURETAGOENA AGIRREZABALAGA, I.; "Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad del arbitraje de inversión", *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol.1, Nº.1, 2008, p. 140: "...en la actualidad, las controversias se someten a arbitraje a partir del consentimiento unilateral del Estado previsto en un Tratado internacional y suelen presentar un marcado trasfondo público. Las notas de confidencialidad y privacidad no se ajustan a este tipo de diferencias. La especialidad de las controversias de inversión, y el consiguiente alejamiento del arbitraje comercial internacional, requiere una adecuación del mecanismo arbitral a esta nueva realidad. Por ello, el arbitraje de inversión debe ser más transparente, guiado por el principio de publicidad".

de la opinión pública⁶. Pero además, un gran número de estas decisiones de los tribunales arbitrales influyen de manera sustancial en la posibilidad de que los ciudadanos puedan acceder a servicios públicos considerados esenciales. Dichos servicios son necesarios para poder ejercer el derecho a un nivel de vida adecuada, así como otros derechos humanos fundamentales como la salud, la vivienda o la educación. Esta situación además, se agrava, en gran parte de las ocasiones, cuando en la realidad se trata de ciudadanos que viven en países en desarrollo y con unas condiciones de vida bastante paupérrimas.

En consecuencia, el proceso arbitral en inversiones extranjeras presenta unas características propias, superando ampliamente el papel cumplido por el arbitraje comercial internacional del que proviene, lo que conduce necesariamente a concederle un estatus independiente y específico⁷. Y si abogamos por su necesaria continuación como método de solución de controversias

para un futuro en este ámbito⁸, hemos de aceptar que como una medida que logra una mayor legitimidad del mismo, es preciso que este procedimiento arbitral sea cada vez más transparente, otorgándose también la posibilidad de que terceros interesados puedan participar como *amicus curiae*⁹. En este sentido, el Comité sobre Inversión de la OCDE emitió un comunicado en agosto de 2005, en el que apoya una mayor transparencia en este tipo de arbitrajes, declarando: “*There is a general understanding among the Members of the Investment Committee that additional transparency, in particular in relation to the publication of arbitral awards, subject to necessary safeguards for the protection of confidential business and governmental information, is desirable to enhance effectiveness and public acceptance of international investment arbitration, as well as contributing to the further development of a public body of jurisprudence. Members of the Investment Committee generally share the view that, especially insofar as proceedings raise important issues*

⁶ W. BEN HAMIDA; “L’arbitrage État-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents”, *Journ.dr.int.*, N°.2, 2004, p. 431: “On a affirmé que les arbitres sont appelés à prononcer sur des politiques mises en œuvre par les Etats, et à condamner éventuellement des initiatives gouvernementales loin du contrôle de l’opinion publique. On a invoqué que l’arbitrage transnational a changé de visage et que les litiges soumis aux tribunaux arbitraux ne sont plus des litiges purement contractuels mais souvent des litiges impliquant le pouvoir normatif des gouvernements élus démocratiquement”. Del mismo modo, es muy interesante la cita que realiza N. BLACKABY; “Public Interest...”, art. cit., p.145, en relación con la alegación presentada por Estados Unidos en el asunto Methanex c. Estados Unidos: “investor-state disputes cases to be distinguished from a typical commercial arbitration on the basis that a State is the Respondent, the issues have to be decided in accordance with a treaty and the principles of public international law and a decision on the dispute could have a significant effect extending beyond the two Disputing Parties”.

⁷ En este sentido, B. CREMADES y D. CAIRNS; “The Brave New World of Global Arbitration”, *Journal of World Trade & Investment*, Vol.2, 2002, p.183, señalan que “...The sui generis character of investor-State arbitrations has required the re-examination and adaptation of some fundamental concepts and doctrines of arbitral law”; IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I.; “Atenuación de los rasgos...”, art.cit., p.146: “La naturaleza de las controversias sometidas a arbitraje exige necesariamente la especialización del arbitraje de inversión”.

⁸ En la actualidad hay opiniones enfrentadas sobre la disyuntiva de, o bien la eliminación del sistema actual de solución de controversias inversor-Estado y su sustitución por un tribunal internacional de nueva creación, o bien la mejora del procedimiento arbitral mediante la incorporación de nuevas soluciones que resuelvan las deficiencias observadas, siendo por ahora la opinión predominante esta última.

⁹ Vid. OCDE; “Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures”, Working Paper on International Investment, abril, 2005, disponible en <http://www.oecd.org>. Tal y como señala I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA; “Atenuación de los rasgos...”, art.cit., pp.146-147: “La transparencia contribuirá a que la sociedad civil, a través de las ONG y terceros interesados, ejerzan un control sobre la actuación de los tribunales arbitrales que, a fin de cuentas, resuelven sobre cuestiones que afectan a toda la sociedad. Pero además la transparencia promueve el buen gobierno, al poner bajo la vigilancia de los ciudadanos que eligen en democracia toda actuación del Estado contraria a sus obligaciones internacionales”.

of public interest, it may also be desirable to allow third party participation, subject however to clear and specific guidelines". En concreto, las exigencias sobre transparencia en el ámbito del arbitraje de inversiones han ido, hasta ahora, en tres direcciones:

a) En primer lugar, un acceso público a la documentación procesal del procedimiento arbitral, o como mínimo, al contenido de los laudos arbitrales¹⁰, esto es, un acceso a la información relativa a los procedimientos arbitrales.

b) En segundo lugar, el logro de una mayor permisividad en abrir las audiencias al público o, por lo menos, a los terceros interesados¹¹.

c) En tercer lugar, junto con lo anterior, los intereses públicos presentes en estos casos han de permitir el estudio de la incorporación al proceso de presentaciones escritas del tipo "*amicus curiae*". En este sentido, ha de señalarse que este "amigo del tribunal" no es una parte en el procedimiento. Su papel tradicional en un proceso

consiste en ofrecer al tribunal argumentos y conocimientos especializados sobre el objeto del mismo con el fin de ayudar a aquel a tomar una decisión¹².

Con estas premisas en mente, el objeto del presente trabajo se centra en realizar un análisis de la tercera de estas exigencias de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral inversor-Estado: la creciente aceptación de la participación de terceros en el mismo, comenzando por su sorprendente irrupción, hasta lo que parece a todas luces por los últimos acontecimientos, su creciente generalización en la actualidad.

2. LOS PRIMEROS ATISBOS DE UN CAMBIO EN LA PRÁCTICA ARBITRAL Y LA RESPUESTA DE LOS PAISES DEL TLCAN

La cuestión del alcance de la confidencialidad y de la participación de terceros en el arbitraje en inversiones extranjeras se planteó por primera vez ante un tribunal arbitral en el asunto Methanex c. Estados Unidos¹³. La competencia del tribunal arbitral

¹⁰ F. ORTINO señala que esta cuestión relativa a si las decisiones arbitrales adoptadas en el marco del arbitraje inversor-Estado son o deberían ser hechas públicas y accesibles, puede denominarse como transparencia "externa" de los laudos arbitrales; "External Transparency of Investment Awards", SIEL Inagural Conference, Julio, 2008, p.1.

¹¹ De acuerdo con N. BLACKBAY; "Interest Public...", art.cit., p.150: "The current opacity occurs at various levels: first, the knowledge of the dispute's existence; secondly, the access to the process itself and finally the access to the resulting decision".

¹² Esta figura procede del Derecho anglosajón y es hoy una figura cada vez más aceptada en Derecho internacional, Vid. STERN, B.; "L'entrée de la société civile dans le arbitrage entre Etat et investisseur", *Revue de l'arbitrage*, nº.2, 2002, pp.329-345; DE LA CRUZ IGLESIAS, L.; "Las comunicaciones amicus curiae en el mecanismo de solución de diferencias de la organización mundial del comercio: el asunto amianto", *Revista Española de Derecho Internacional*, nº.1, 2002, pp.159-179.

¹³ Vid. Sobre esta cuestión, DUMBERRY, P.; "The Admissibility of Amicus Curiae Briefs by NGOs in Investors-States Arbitration. The Precedent Set by the Methanex Case in the Context of NAFTA Chapter 11 Proceedings", *Non-State Actors and International Law*, Nº.1, 2002, pp.201-214; HUNTER, M. y BARBURK, A.; "Procedural Aspects of Non-Disputing Party Interventions in Chapter 11 Arbitrations", en *NAFTA. Investment Law...*, Op.cit., pp.151-178; MANN, H.; "Opening the Doors, at Least a Little: Comment on the Amicus Decision in Methanex v. United States", *Review European Community & International Environmental Law*, Vol.10, Nº.2, 2001, pp. 241-245; TEITELBAUM, R.; "Privacy, Confidentiality and Third Party Participation: Recent Developments in NAFTA Chapter Eleven Arbitration", *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, Vol.2, 2003, pp. 249-267. Con anterioridad a este asunto, el tribunal en el caso Loewen c. Estados Unidos había ya señalado que, ante una solicitud para que se hiciesen públicos los documentos procesales del arbitraje, no existía ninguna obligación implícita ni en el TLCAN ni en las Reglas que regulan el procedimiento complementario del CIADI que obligase a mantener en el ámbito privado dicha documentación procesal. Tras esta decisión, el gobierno de los Estados Unidos fue publicando todos los documentos relativos a este caso.

se fundamentaba en las previsiones sobre resolución de controversias inversor-Estado contempladas en el Capítulo XI del TLCAN y el procedimiento arbitral se desarrollaba conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En este caso, se planteaba la cuestión de si una ley del Estado de California que prohibía el uso de un aditivo en una gasolina, suponía una infracción del artículo 1110 del TLCAN. El tribunal recibió dos solicitudes para presentar escritos *amicus curiae* ante el mismo. Estas solicitudes basaban su petición en que dicho arbitraje suscitaba cuestiones de interés público en referencia a un desarrollo sostenible del medio ambiente y además, que al aceptarla se ayudaría a evitar la percepción pública de que el procedimiento realizado con arreglo al capítulo 11 del TLCAN era algo cerrado, falta de transparencia y unilateral. El tribunal en su decisión de 15 de enero de 2001 sobre peticiones de terceros para intervenir en calidad de *amicus curiae*, aceptó la posibilidad de presentación de escritos *amicus curiae* en dicho caso.

Para llegar a esta conclusión el tribunal interpretó el artículo 15.1 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, señalando que la aceptación de presentaciones *amicus curiae* era una cuestión de procedimiento que no afectaba a los derechos de las partes y que la recepción de dichos escritos realizados por una persona que no es una de las partes contendientes no equivale a agregar a esa persona como parte en el arbitraje¹⁴. Sin embargo, el tribunal denegó las peticiones de los solicitantes para poder efectuar presentaciones verbales en las audiencias y re-

cibir copias de todos los documentos procesales del arbitraje, ya que el tribunal en estos casos se ve compelido a la decisión de las partes sobre estas cuestiones y, en este caso, únicamente existía consentimiento de ambas para hacer públicos determinados escritos presentados por las partes al tribunal¹⁵. Para argumentar su decisión, además, tuvo en cuenta dos aspectos de gran trascendencia: a) el indudable interés público involucrado en el caso y b) la posible contribución de esta conducta al logro de una mayor legitimidad del procedimiento arbitral previsto en el TLCAN entre la población, que había criticado abiertamente su secretismo¹⁶. Así, se señala expresamente que *“There is undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties...The public interest in this arbitration arises from its subject-matter, as powerfully suggested in the Petitions....The Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal’s willingness to receive amicus submissions might support the process in general and this arbitration in particular; whereas a blanket refusal could do positive harm”*.

Ante el silencio del texto del TLCAN sobre estos aspectos y una vez planteada la citada cuestión ante este tribunal arbitral, se quiso dejar claro de manera oficial cual debía ser la actuación futura de los tribunales ante las exigencias de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral. Así,

¹⁴ Decisión cit., cdo. 30. El artículo 15.1 de las Reglas CNUDMI señala: *“1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos”*.

¹⁵ Decisión cit., cdos. 42 y 46. En concreto, las partes habían pactado hacer públicos únicamente los escritos más importantes presentados por ellas, las órdenes y el laudo emitido por el tribunal.

¹⁶ Decisión cit., cdo. 49.

en octubre de 2003, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN dio carta blanca a la participación de un tercero en los procedimientos arbitrales llevados a cabo de acuerdo a los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado previstos en el TLCAN¹⁷. En esta declaración la Comisión acordó *“recomendar procedimientos concernientes a comunicaciones de terceros que no son partes contendientes... (que) mejorarán la transparencia y eficiencia del proceso de solución de controversias inversionista-Estado del capítulo de inversión”*.

En concreto, tras una declaración general en la que se afirma que *“ninguna disposición del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el “TLCAN”) limita la discreción de un tribunal para aceptar comunicaciones escritas de una persona o entidad que no es una parte contendiente (una “parte no contendiente”)*”, se recomienda a los tribunales arbitrales constituidos de acuerdo al Capítulo XI del TLCAN adopten el procedimiento previsto en esta Nota interpretativa en relación con tales comunicaciones, en interés de la equidad y el desarrollo ordenado de estos arbitrajes. El procedimiento previsto se inicia mediante solicitud de la parte tercera dirigida al tribunal en la que se pide la posibilidad de presentar una comunicación. El tribunal ha de pedir la opinión de las partes contendientes sobre dicha solicitud, aunque sus opiniones no sean vinculantes para la decisión del tribunal. Una

decisión sobre la admisión de estos escritos que ha de tomar en consideración entre otros aspectos, que la parte no contendiente tiene un interés significativo en el arbitraje y existe un interés público sobre el objeto del procedimiento arbitral. Si la decisión es afirmativa, el tribunal debe asegurar que dicha intervención del tercero no perjudique a ninguna de las partes ni que con la misma se perturbe el normal desarrollo del procedimiento arbitral. Por último se señala que, una vez recibida dicha comunicación, es obligado que el tribunal permita a las partes contestar a las observaciones realizadas en la misma.

3. LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DEL CIADI

3.1. La postura previa de los tribunales arbitrales

De distinta manera forzosamente, se planteaba a priori esta cuestión en el sistema arbitral CIADI no sólo por la falta de regulación existente en aquel momento en relación a esta cuestión, sino por las diferencias que presenta este arbitraje en relación con el desarrollado de acuerdo con las Reglas de la CNUDMI, que hemos de recordar son las que regulan el arbitraje bajo el Capítulo XI del TLCAN¹⁸. Tras un primer caso ante un tribunal CIADI en que se planteó esta cuestión -Aguas del Tunari c. Bolivia- y,

¹⁷ “Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation”. Estos avances oficiales en el logro de una mayor transparencia recibieron con posterioridad un nuevo apoyo por parte de esta Comisión de Libre Comercio del TLCAN, en su “Joint Statement” de 16 de julio de 2004, donde se declara que *“We are pleased that the transparency initiatives we took during our October 2003 meeting have already begun to improve the operation of the investment chapter investor-state dispute-settlement mechanism. Earlier this year, for the first time a tribunal accepted written submissions from a non-disputing party and adopted the procedures that we recommended following our October 7, 2003 meeting in Montreal, for the handling of such submissions... We were pleased Mexico has now joined Canada and the United States in supporting open hearings for investor-state disputes. In addition, we have agreed that the same degree of openness should apply to proceedings under the Dispute Settlement provisions of Chapter 20 of the NAFTA, and asked officials to develop rules governing open hearings for such proceedings”*.

¹⁸ Sobre estas diferencias, Vid. SACERDOTI, G.; “Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards”, *ICSID Review-FILJ*, Vol.19, Nº.1, 2004, pp. 1-48.

donde el tribunal arbitral rechazó la solicitud de participación de terceros en el procedimiento arbitral, se planteó esta misma problemática en el asunto Aguas Argentinas S.A. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina.

En este caso, después de haberse constituido el tribunal, varias organizaciones no gubernamentales presentaron una solicitud el 27 de enero de 2005 pidiendo transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* en dicho procedimiento arbitral¹⁹. Dicha solicitud planteaba las siguientes peticiones: a) la concesión a todos los peticionarios para acceder sin restricciones a todos los documentos del proceso, b) el poder concurrir a todas las audiencias que se celebren y c) la posibilidad de plantear sus argumentos legales al tribunal en carácter de *amicus curiae*. Estas peticiones eran fundadas sobre una serie de argumentaciones entre las que destacaban la trascendencia pública e institucional del caso y el valor de la transparencia y la participación en el desarrollo progresivo del Derecho internacional.

El tribunal, tras haber consultado a las partes sobre esta cuestión, dictó una resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, el 19 de mayo de 2005²⁰. En la misma se aceptan parcialmente las peticiones formuladas. Así, se concede a los peticiona-

rios la posibilidad de realizar presentaciones *amicus curiae*, se deniega la posibilidad de asistir a las audiencias y se deja para un momento procesal posterior la decisión sobre el acceso a la documentación del proceso.

En relación con la posible presentación de argumentos escritos como *amicus curiae*, sin embargo, el tribunal mantuvo una opinión diferente. Así, el tribunal tras comprobar que “*en el Convenio y en las Reglas de Arbitraje del CIADI no se autoriza ni se prohíbe específicamente la presentación de escritos amicus curiae u otros documentos por personas que no sean partes en el caso. Además, hasta donde llega el conocimiento del Tribunal, ningún tribunal anterior funcionando en el marco de las Reglas del CIADI ha otorgado el carácter de amicus curiae a una persona que no sea parte en una diferencia ni tampoco ha aceptado presentaciones amicus curiae*”²¹, estimó que la definición de una presentación *amicus curiae* está comprendida en la definición contemplada en el artículo 44 del Convenio CIADI sobre cuestiones de procedimiento²², pues puede considerarse que es una medida tendente a ayudar al tribunal a cumplir su misión fundamental de adoptar una decisión correcta en el caso, por lo que aceptó dicha solicitud, aunque la sometió a una serie de condiciones²³.

La imposición de una serie de condiciones para la aceptación de los escritos

¹⁹ Una solicitud similar fue presentada el 21 de junio de 2005 en el asunto Aguas Provinciales de Santa Fe, Suez, Aguas de Barcelona e Interagua Servicios Integrales de Agua c. Argentina, siendo resuelta por el tribunal el 17 de marzo de 2006 de una manera casi idéntica.

²⁰ Disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>. Sobre la misma, Vid. CAMPOLIETI, F.; “The Amicus Curiae in ICSID Arbitration Proceedings”, *TDM*, Vol.2, N° 5, 2005.

²¹ Decisión cit., cdo.9.

²² El artículo 44 del Convenio CIADI señala: “*Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal*”.

²³ Decisión cit., cdos.10 a 16.

amicus curiae se hizo depender de tres criterios básicos: a) la pertinencia del objeto del caso, b) la aptitud de cada persona que no sea parte para desempeñarse en calidad de *amicus curiae* en ese caso y c) el procedimiento utilizado para llevar a cabo y analizar dichas presentaciones. Tras aplicar los citados criterios, que permiten buscar un equilibrio entre los derechos de las partes y el desarrollo del proceso, el tribunal llegó a las siguientes conclusiones: a) que en el caso estaban presentes cuestiones de interés público²⁴, b) que cada peticionario debería presentar previamente sus “méritos” ante el tribunal para que éste estimase si le concedía la posibilidad de presentar su escrito *amicus curiae*²⁵, y c) que el tribunal era el competente para decidir qué momento pro-

cesal era el idóneo para la presentación de dichos escritos²⁶.

Tras estas consideraciones, el tribunal utilizó un último argumento de vital importancia para aceptar una mayor transparencia y la participación de terceros en un procedimiento arbitral CIADI: la propia legitimidad del sistema arbitral internacional. En efecto, ante las persistentes críticas recibidas de falta de transparencia y de obviar los intereses públicos por parte del sistema arbitral internacional, el tribunal consideró que la mejor manera de responder a las mismas era aceptar la petición recibida. En concreto, este tribunal señaló que “*la aceptación de las presentaciones amicus también tendría como consecuencia beneficiosa adicional el*

²⁴ Decisión cit., cdos. 18 y 19: “...Los Peticionarios fundan su solicitud de participar como *amicus* en el hecho de que este caso involucra cuestiones de considerable interés público en razón de que la diferencia de fondo se refiere a sistemas de abastecimiento de agua y alcantarillado que atienden a millones de personas. Los Demandantes, por otra parte, se oponen a esa caracterización alegando que “la importancia pública e institucional” del caso no existe” (párrafo 40) y que se trata simplemente de un caso en que los Demandantes reclaman un supuesto derecho a compensación por la pretendida violación de sus derechos por la Demandada.

19. Varias cortes han aceptado tradicionalmente la intervención de *amicus curiae* en litigios ostensiblemente privados porque esos casos involucran cuestiones de interés público y porque las decisiones que se adoptan en esos casos pueden afectar, en forma directa o indirecta, a otras personas además de las que intervienen directamente como partes en el caso. Tras examinar las materias planteadas en el presente caso, el Tribunal concluye que el mismo involucra potencialmente cuestiones de interés público. En este caso se analizará la legalidad en el marco del derecho internacional, y no del derecho privado interno, de varias acciones y medidas adoptadas por gobiernos. También está en juego la responsabilidad internacional de un Estado - la República Argentina -, en contraposición a la responsabilidad de una empresa, que emana del derecho privado. Si bien es verdad que estos factores son ciertamente cuestiones de interés público, también es cierto que están presentes en virtualmente todos los casos de arbitraje iniciados en el marco de tratados de inversiones en el ámbito de la jurisdicción del CIADI. El factor por el cual este caso reviste especial interés público consiste en que la diferencia relativa a inversiones gira en torno a los sistemas de distribución de agua y alcantarillado de una extensa zona metropolitana: la ciudad de Buenos Aires y los municipios que la rodean. Esos sistemas proporcionan servicios públicos básicos a millones de personas y, en consecuencia, podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos. Toda decisión emitida en este caso, sea a favor de los Demandantes o de la Demandada, tiene el potencial de afectar el funcionamiento de esos sistemas y, por consiguiente, a la población que los mismos atienden”.

²⁵ Decisión cit., cdo. 24: “El objetivo de las presentaciones *amicus* es ayudar al Tribunal a arribar a la decisión correcta, proporcionándole argumentos, conocimientos especializados y perspectivas que las partes puedan no haber presentado. En consecuencia, el Tribunal sólo aceptará dichas presentaciones cuando sean realizadas por personas que establezcan, a entera satisfacción del mismo, que poseen los conocimientos especializados, la experiencia y la independencia necesaria para contribuir a la solución del caso. Para que el Tribunal pueda determinar si se cumplen esas condiciones, cada persona que no sea parte y desee presentar un escrito *amicus curiae* debe solicitar primero la anuencia del Tribunal para realizar una presentación *amicus*”.

²⁶ Decisión cit., cdo. 29: “Si el Tribunal decide conceder a una determinada parte no contendiente permiso para presentar un escrito *amicus curiae*, determinará en ese momento el procedimiento apropiado aplicable a tal presentación. El objetivo de dicho procedimiento será permitir que un *amicus curiae* aprobado presente sus puntos de vista, procurando al mismo tiempo proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes. En este último contexto, el Tribunal pondrá su mayor empeño para establecer un procedimiento que permita salvaguardar el debido proceso y el trato equitativo, así como la eficiencia de los procedimientos. El Tribunal considera que no es necesario ni apropiado formular ese procedimiento actualmente, en razón de no existir un *amicus curiae* aprobado”.

*incremento de la transparencia en el procedimiento de arbitraje entre inversionistas y Estados. Una mayor apertura y un mayor conocimiento sobre la forma en que se conducen estos procedimientos reforzaría la aceptación de la opinión pública y la legitimidad del sistema arbitraje internacional, en particular cuando involucran a Estados y materias de interés público. Es este imperativo el que ha impulsado el aumento de la transparencia en los procedimientos de arbitraje de la Organización Mundial del Comercio y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. A través de la participación de representantes idóneos de la sociedad civil en los casos apropiados, el público adquirirá un mejor conocimiento de los procedimientos del CIADI*²⁷.

3.2. La nueva Regla 37.2

El 10 de abril de 2006 entraron en vigor las nuevas Reglas de Arbitraje del CIADI²⁸. Esta modificación del Reglamento de Arbitraje fue el fruto de una tarea iniciada en octubre de 2004 cuando se presentó por el Centro un papel de discusión titulado “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”. Dicho papel sirvió de base, junto con toda una serie de comen-

tarios de respuesta realizados al mismo por parte de distintas organizaciones y personas, para elaborar por parte del Secretariado del CIADI el documento “Working Paper on Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, de 12 de mayo de 2005, que recogía los posibles cambios a realizar en las Reglas de Arbitraje del CIADI²⁹. En la reforma finalmente adoptada, junto con el logro de una mayor celeridad en el procedimiento y las propuestas relativas a las declaraciones que deben formular los árbitros y los honorarios de éstos³⁰, ha alcanzado una importancia considerable la preocupación mostrada por el CIADI de dotar a sus procedimientos arbitrales de una mayor transparencia y permitir de manera ordenada a la sociedad civil la entrada en los mismos.

De esta manera, la novedad más importante de la reforma es la incorporación de la figura del *amicus curiae*. Para ello se adiciona un segundo apartado a la regla 37 regulando la cuestión de la participación en el procedimiento arbitral de una parte no contendiente³¹. La nueva disposición facultada al tribunal a decidir sobre las solicitudes que en tal sentido le fuesen remitidas por escrito, una vez que hayan sido consultadas

²⁷ Decisión cit., cdo. 22.

²⁸ Junto con estas nuevas Reglas de Arbitraje, se modificó igualmente el Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI así como las Reglas de Arbitraje que regulan el Mecanismo Complementario. Las nuevas reglas pueden consultarse en la dirección electrónica <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc.htm>. Para un comentario a las mismas, MCDUGALL, A. y SANTENS, A.; “ICSID Amends its Arbitration Rules”, *Int'l. Arb. L. Rev.*, N° 4, 2006, pp. 119-122; KANTOR, M.; “ICSID Amends its Arbitration Rules”, *TDM*, Vol.3, N° 5, 2006; LEVINE, J.; “Amendments to ICSID Arbitration Rules and Regulations”, *TDM*, Vol.3, N° 5, 2006.

²⁹ Este documento junto con el anterior pueden consultarse en la dirección electrónica <http://www.worldbank.org/icsid/archives.htm>. Sobre la reforma propuesta en dichos documentos, KAUFMANN-KOHLER, G.; “In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal”, *TDM*, Vol. 2, N° 5, 2005.

³⁰ Además de los cambios que tienen como fin lograr una mayor transparencia y participación de los terceros en el procedimiento arbitral, la reforma introduce cambios en las Reglas 6 (declaración de independencia de los árbitros), 39 (medidas provisionales) y 41 (excepciones preliminares). Sobre estas modificaciones, GAILLARD, E.; “Chronique du CIRDI”, N° 1, 2007, pp. 257-258. Hay que recordar que si bien en un primer momento también se incluía el estudio para la introducción de un mecanismo de apelación, finalmente esta idea fue desechada. En este sentido, Vid., ICSID Secretariat, *Working Paper...*, cit., p. 4, donde se señala que la idea de establecer un mecanismo de apelación apuntada en su documento previo “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, se considera prematura dadas las múltiples dificultades técnicas y políticas que se derivarían.

³¹ De igual manera se hace en el artículo 41 de las Reglas del Mecanismo Complementario.

las partes sobre esta cuestión³². Para decidir sobre la participación de este tercero en el procedimiento, el tribunal habrá de tomar en consideración: a) si las alegaciones escritas de este tercero ayudarán al tribunal a la determinación de aspectos fácticos o cuestiones jurídicas relativas al proceso, aportando una perspectiva, un conocimiento particular o un enfoque distinto del que exponen las partes implicadas en el litigio, b) que dichas alegaciones se refieren a cuestiones concretas incluidas en el ámbito de la disputa y c) si el tercero tiene un interés significativo en el procedimiento arbitral.

El tribunal en su decisión sobre esta participación de un tercero habrá de garantizar que con la misma no se perjudica el normal desarrollo del procedimiento ni se afecta indebidamente los derechos procesales de las partes³³, posibilitando que estas últimas puedan presentar las oportunas observaciones a las alegaciones escritas del tercero.

3.3. Las primeras aplicaciones de la nueva reglamentación

La novedosa regulación descrita se aplicó por primera vez en los primeros meses del año 2007. Así, en primer lugar, el 2 de febrero de 2007 el tribunal arbitral, en el caso *Biwater c. Tanzania*, adoptaba la resolución procesal número 5 en la que se otorgaba autorización a cinco organizaciones no gubernamentales a realizar una presentación en calidad de *amicus curiae* de acuerdo a la nueva Regla 37.2 de Arbitraje³⁴. Diez días después, otro tribunal arbitral del CIADI, en el asunto *Suez c. Argentina*, dictaba una resolución similar a la anterior³⁵. En este caso, el tribunal arbitral también permitió que cinco ONGs pudieran presentar un escrito *amicus curiae*, denegando la opción solicitada de poder acceder a la documentación del proceso, negativa que se viene así a sumarse a la que este mismo tribunal había ya mostrado con anterioridad en relación con la posibilidad de que estos terceros pudiesen asistir a la fase oral del procedimiento arbitral. Estas primeras resoluciones procesales han servido de modelo para los posteriores tribunales cuando éstos se ven confrontados a

³² En el citado documento "Possible Improvements...", cit., p. 9, se justifica esta novedad al señalar que "*There may well be cases where the process could be strengthened by submissions of third parties, not only civil society organizations but also for instance business groups or, in investment treaty arbitrations, the other States parties to the treaties concerned. It might therefore be useful to make clear that the tribunals have the authority to accept and consider submissions from third parties*".

³³ Con una opinión muy favorable a esta medida, como cabía esperar por otra parte, indicando que no hay que temer la entrada en escena de los terceros en el procedimiento arbitral, pues éstos actuarán de forma responsable y evitarán cualquier duplicación de peticiones se manifiestan H.MANN, A.COSBEY, L.PETERSON y K.VON MOLTKE, "Comments on ICSID Discussion...", art.cit., p. 9. Menos eufórico en sus planteamientos y más comedido en la interposición de límites, para no debilitar los derechos de defensa de las partes, CAMPOLIETI, F.: "The Amicus Curiae...", art.cit., p. 5.

³⁴ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd., c. Tanzania*, caso CIADI N°.ARB/05/22, Resolución Procesal N°.5, de 2 de febrero de 2007. Las ONGs peticionarias a las que fue concedida la posibilidad de someter un escrito *amicus curiae* son: The Lawyers' Environmental Action Team (LEAT), The Legal and Human Rights Centre (LHRC), The Tanzania Gender Networking Programme (TGNP), The Center for International Environmental Law (CIEL) y, The International Institute for Sustainable Development (IISD). Este escrito fue presentado con fecha de 26 de marzo de 2007 y puede consultarse en la dirección electrónica http://www.ciel.org/Publications/Biwater_Amicus_26March.pdf.

³⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal c. Argentina*, caso CIADI N°.ARB/03/19, Resolución en respuesta a la solicitud de autorización de cinco organizaciones no gubernamentales para realizar una presentación en calidad de *amicus curiae*, de 12 de febrero de 2007. Las ONGs peticionarias en este asunto eran: el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, la Unión de Usuarios y Consumidores y por último, the Center for International Environmental Law (CIEL). El escrito *amicus curiae* conjunto de estas ONGs fue presentado el 4 de abril de 2007 y está disponible en la dirección electrónica http://www.ciel.org/Publications/SUEZ_Amicus_Spanish_4Apr07.pdf.

situaciones similares, pudiendo extraerse algunas conclusiones de la práctica arbitral:

a) Un tercero que desee presentar un escrito *amicus curiae* debe primero y antes de nada, solicitar ante el tribunal dicha posibilidad. Esta conclusión que puede fácilmente extraerse de lo ocurrido en los citados asuntos puede también derivarse de la lectura de la Regla 37.2 de Arbitraje cuando señala que “*Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla “parte no contendiente”) que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia*”. Si el Tribunal ha de consultar a ambas partes es porque con anterioridad a dicha consulta, los terceros ya habrán solicitado participar.

b) Una segunda conclusión fácilmente derivada de esta primera: Una vez solicitado, el tribunal debe obligatoriamente pedir a las partes en el procedimiento arbitral su opinión sobre dicha intervención. Esta opinión de las partes, sin embargo, no vincula al tribunal arbitral, cuestión que por otra parte, se puede ver de manera clara en los asuntos citados donde las dos partes demandantes se oponían a la intervención de las ONGs como *amicus curiae*.

c) Ante el silencio de la Regla 37.2 de Arbitraje, no parece que el tribunal está obligado a que una vez enviadas por las partes sus observaciones sobre la intervención o no de un tercero como *amicus curiae*, el tribunal tuviese que remitir dichas observaciones a este tercero anteriormente a que el propio tribunal tomase su decisión. Así, parece desprenderse de lo ocurrido en el asunto *Biwater c. Tanzania* donde el tribunal expuso sus dudas sobre tal conducta.

d) La Regla 37.2 de Arbitraje no obliga al tribunal arbitral a conceder la posibilidad de presentar un escrito *amicus curiae* siempre que así se le solicite. Por el contrario, esta es una cuestión que queda en manos de los árbitros que habrán de tomar en consideración las circunstancias y vicisitudes que rodean a dicha petición. En concreto, el tribunal arbitral habrá de enjuiciar los factores que enumera la Regla 37.2 de Arbitraje: 1) que la presentación del tercero ayude al tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia, 2) que dicho escrito del tercero se refiera a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia y 3) que el tercero ha de tener un interés significativo en el procedimiento.

e) El tribunal arbitral siempre se ve sometido en su actuación a lo señalado en la última frase de la Regla 37.2 de Arbitraje que señala que aquel “*deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente*”. Ello se ha traducido en la práctica en que los árbitros han obligado a que el escrito *amicus curiae* sea realizado de forma conjunta, con un espacio limitado y sin poder aportar documentación anexa. Además, tal y como indica esta Regla, las partes siempre podrán realizar sus observaciones posteriores a la presentación de este escrito con lo que obligatoriamente les tendrá que ser remitido éste por parte del tribunal arbitral.

f) Ya que la Regla 37.2 de Arbitraje no ha contemplado el acceso de un *amicus*

curiae al expediente, dicha solicitud deberá ser evaluada caso por caso por el tribunal arbitral correspondiente teniendo en cuenta que el tercero ha de contar con “información suficiente” para poder presentar perspectivas, conocimientos o visiones particulares que puedan ayudar al tribunal. En esta evaluación, el tribunal ha de sopesar que la intervención del tercero mediante la presentación de su escrito no es el de cuestionar los argumentos o pruebas presentados por las partes.

g) Por último, y en relación con dotar de mayor transparencia a las actuaciones orales del tribunal mediante la asistencia de personas distintas a las partes, la nueva Regla 32.2 de Arbitraje es clara: siempre habrá de contarse con la aprobación de las partes. En consecuencia, el tribunal no tiene un margen de apreciación en estas situaciones cuando una de las partes se oponga a esta solicitud de un tercero.

4. LA SITUACIÓN ACTUAL

4.1. Los futuros APPRI de la Unión Europea

El nuevo reparto de competencias derivado de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de enero de 2009, ha conducido a la asunción por parte de la Unión Europea de la competencia de manera exclusiva en materia de política comercial común, incluyendo a las inversiones extranjeras directas. Ello tiene como reflejo directo que en un futuro, y tras un periodo transitorio más o menos amplio³⁶, la negociación y adopción de APPRI con terceros países será una

competencia que será asumida por parte de las instituciones comunitarias, y donde los actuales APPRI bilaterales extracomunitarios de los distintos Estados miembros de la Unión Europea serán sustituidos por Acuerdos de inversión de la Unión Europea con terceros países.

Un primer embrión de lo que será en un futuro una política europea sobre inversiones lo encontramos en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de la Regiones, titulada “Hacia una política global europea en materia de inversión internacional” (en adelante Comunicación de la Comisión)³⁷. El mensaje más importante que se quiere enviar es que mientras que la apertura a las inversiones deberá seguir siendo un criterio decisivo en el establecimiento de las políticas europeas, ha de asegurarse unas condiciones uniformes para todos los inversores de la Unión Europea cuando invierten en el extranjero. En consecuencia, la política europea debe ser el medio para solucionar la situación hasta ahora existente basada en la multitud de APPRI bilaterales, en donde los inversores de la Unión Europea son objeto de un nivel de protección diferente cuando ellos invierten en el extranjero, en función de la existencia y del contenido de los Acuerdos de los que son parte sus respectivos Estados miembros.

Por lo que hace referencia al arbitraje de inversiones, la Comunicación de la Comisión comienza a diseñar un nuevo marco de solución de controversias inversor-Esta-

³⁶ Vid. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, 7 de julio de 2010, COM (2010) 344 final.

³⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia una política global europea en materia de inversión internacional”, 7 de julio de 2010, COM (2010) 343 final.

do que, sin desechar al arbitraje internacional³⁸, cambiaría los parámetros en los que se desarrolla en este ámbito. Este nuevo modelo habría de tomar en consideración, al menos, dos cuestiones de gran importancia:

a) Eliminar en la medida de lo posible la incoherencia y la imprevisibilidad que está presente, en la actualidad, en algunas cuestiones de gran importancia relativas al nivel de protección otorgado por los Acuerdos de inversión, debido a las interpretaciones divergentes que los tribunales arbitrales conceden a un mismo estándar de protección. La singularidad de que el arbitraje sea en única instancia y para un concreto asunto, junto con la falta de obligación de sometimiento al precedente, están detrás de este problema³⁹. Como posibles soluciones, la Comunicación de la Comisión señala tanto la posibilidad de recurrir a una lista de árbitros de carácter cerrada y permanente, como la incorporación de un mecanismo de apelación de los laudos. Un mecanismo este último que, por otra parte, ya ha sido incorporado en algunos Acuerdos celebrados por Estados Unidos, tras la adopción por este país de su Acuerdo modelo del 2004⁴⁰.

b) Fomentar la transparencia de todo el procedimiento arbitral y permitir la participación de terceros en el mismo. En consecuencia, en los futuros Acuerdos de inversiones de la Unión Europea se seguiría un modelo similar al incorporado ya en relación con estas cuestiones en los APPRI de Estados Unidos y Canadá, un modelo que conllevaría eliminar cualquier nota de confidencialidad asociada tradicionalmente a la institución arbitral, mediante la publicación de los distintos documentos procesales tanto de las partes como los emitidos por el tribunal, incluyendo los laudos, que las audiencias sean públicas y, que se permita la presentación de escritos del tipo *amicus curiae*⁴¹.

Esta última exigencia de permitir la participación de terceros en el arbitraje inversor-Estado concuerda, además, con la postura mucho más activa adoptada en estos últimos años por parte de la propia Comisión europea en algunos arbitrajes de inversión mediante su intervención como *amicus curiae*⁴². Dado que en estos arbitrajes se discute sobre la posible violación de las obliga-

³⁸ En este sentido, I. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA; "Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado", *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 4, Nº 1, 2011, p. 131, declara que "aun reconociendo los inconvenientes que plantea el arbitraje de inversión desde la perspectiva de la UE, la Comisión tiene claro que la previsión de arreglo de diferencias entre Estados e inversores es un elemento fundamental de los Acuerdos de inversión del que no puede prescindir".

³⁹ Vid. Sobre esta cuestión, C. SCHREUER y M. WEINIGER; "A Doctrine of Precedent?", en *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 1188-1206.

⁴⁰ Sobre el origen de este mecanismo de apelación en "The U.S. Trade Act of 2002", puede consultarse, LEGUM, B.; "The Introduction of an Appellate Mechanism: the U.S. Trade Act of 2002", en *Annulment of ICSID Awards*, E. GAILLARD y Y. BANIFATEMI (eds.), New York, Juris Publishing, 2004, pp. 289-296. Sobre la inclusión del mismo en los más recientes Tratados de Libre comercio de los Estados Unidos así como en el Tratado Modelo Norteamericano de Promoción y Protección de Inversiones de 2004, puede consultarse, BEN HAMIDA, W.; "L'arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents", *Journ.dr.int.*, Nº 2, 2004, pp. 433-434; OECD Secretariat, "Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview", diciembre de 2005, pp. 8-13.

⁴¹ Vid. E. FERNANDEZ MASIA; "¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras?: Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor- Estado", *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Vol. 19, Nº 1, 2007, pp. 1-14; G.B. BORN y E.G. SHENKMAN; "Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration", en *The Future of Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 5 - 42.

⁴² Micula c. Rumania, Caso CIADI Nº.ARB/05/20; Electrabel c. Hungría, Caso CIADI Nº.ARB/07/19; AES Summit Generation c. Hungría, Caso CIADI Nº.ARB/07/22; Eureka c. Eslovaquia, Caso PCA 2008-13, UNCITRAL.

ciones convencionales por parte de Estados miembros como consecuencia de la adopción de normas nacionales para adecuarlas a las obligaciones derivadas de su adhesión como nuevos Estados miembros de la Unión Europea, la Comisión ha considerado que es aconsejable su posible intervención en estos procedimientos arbitrales con el fin de participar mediante la presentación de un escrito *amicus curiae*, con el fin de ayudar a comprender al tribunal arbitral el alcance de las normas comunitarias que son el fundamento de las medidas nacionales controvertidas⁴³.

4.2. Los trabajos en la CNUDMI

Tras la aprobación de la reforma del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en julio de 2010, el Grupo de Trabajo II de la CNUDMI (Arbitraje y Conciliación) se ha centrado en preparar una norma jurídica uniforme acerca de la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado⁴⁴. Las cuestiones básicas que se tratan en dicha normativa son: la publicidad de la apertura de actuaciones arbitrales, los documentos que habrían de publicarse (escritos de demanda y de contestación, autos del proceso, material probatorio), los escritos presentados por terceros (“*amicus curiae*”) en las actuaciones, las audiencias públicas, la publicación del laudo, las posibles excepciones al régimen de la transparencia, y por último, el archivo de la información publicada (“el registro”).

En el 55º periodo de sesiones que ha tenido lugar en Nueva York los días 3 a 7 de octubre de 2011, se ha discutido sobre un proyecto de Reglamento que contempla una serie de reglas que aportan soluciones a las cuestiones básicas citadas⁴⁵. En concreto, el artículo 5 del citado proyecto lleva por título “presentaciones a cargo de terceros (“*amicus curiae*”) en procedimientos arbitrales” y en el mismo, se distingue entre la presentación a cargo de un tercero –persona o entidad que no es parte contendiente- y la presentación por un Estado no litigante que sea parte en el Tratado de inversión. Centrándonos en la primera de las opciones, esto es, la presentación a cargo de un tercero particular, se han presentado dos propuestas: a) una primera, de extensión muy breve, que únicamente prevé el que se permita la presentación de este tipo de escritos *amicus curiae*, dejando en manos del tribunal arbitral todo el procedimiento a seguir; b) la segunda, mucho más extensa, donde se regula con detalle esta presentación y que tomaría como modelo la regla 37.2 del Reglamento de Arbitraje del CIADI conjuntamente con la Declaración de octubre de 2003 de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN. De esta forma, se contempla de forma pormenorizada la información que ha de presentarse respecto del tercero que desea presentar un escrito, los aspectos que han de ser objeto de examen por parte del tribunal arbitral y, por último, el contenido de la propia presentación.


⁴³ M.CARLSON, J.H.MCCANDLESS y G.ANTELL; “The European Commission and Investment Treaties”, *The European and Middle Eastern Arbitration Review*, 2010, p. 22; S.MENETREY; “La participation “amicale” de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires”, *J.D.I.*, Nº 4, 2010, pp. 1145-1149. Para una cuestión similar y muy recientemente, puede consultarse la Sentencia del TJUE en el asunto Comisión c. Eslovaquia, C-264/09, de 15 de septiembre de 2011, donde se discute sobre el conflicto planteado entre las obligaciones que tiene Eslovaquia derivadas del Derecho de la UE de asegurar un acceso no discriminatorio a la red eléctrica y sus obligaciones derivadas de proteger las inversiones conforme al APPRI que le vincula con Suiza y, en donde el Tribunal ha rechazado las pretensiones de la Comisión Europea.

⁴⁴ Sobre estos trabajos, puede consultarse la dirección electrónica http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2/Arbitration.html.

⁴⁵ A/CN.9/WG.II/WP.166- Solución de controversias comerciales: preparación de una norma jurídica sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión.

5. VALORACIÓN FINAL

No dudamos que la participación de terceros como *amicus curiae* pueda contribuir de forma generalmente positiva a mejorar la transparencia y la legitimidad de los arbitrajes inversor-Estado y, tal y como acabamos de ver, la tendencia hacia su aceptación de una manera global parece irreversible. Sin embargo, hemos de ser conscientes que tal intervención ha de lograrse tomando en consideración todos los intereses presentes en un procedimiento tan especial como el que aquí analizamos. Así, la presentación de escritos por terceros puede, en determinadas situaciones, constituir un perjuicio para los intereses de los países en desarrollo que sean parte en un procedimiento arbitral, suponiendo para éstos una sobrecarga de costes económicos y complicaciones procesales⁴⁶. En segundo lugar, un espinoso problema se plantea en relación con su propia legitimación para poder actuar como un tercero interesado. Dicha intervención, en muchas ocasiones, se quiere hacer valer por el tercero argumentado que éste representa los intereses de la sociedad en su conjunto. A primera vista, sin embargo, no parece que los intereses de la pluralidad de posibles ter-

ceros que actúan y que van desde una organización empresarial a un sindicato o a una ONG defensora del medio ambiente, sean todos similares y, además, todos ellos coincidan con los de la sociedad en su conjunto. Por el contrario, si aquí lo que hay es una cuestión de rendición de cuentas y legitimidad, los tribunales arbitrales han de rechazar toda idea de una aceptación sin filtros ni examen minucioso de cualquier solicitud. Por ello, la legitimación para poder intervenir únicamente puede venir fundamentada en la experiencia y la pericia de quién solicita dicha intervención. Por último, otra cuestión de gran problemática planteada en relación con la intervención de un tercero como *amicus curiae* es la posibilidad de que ésta pueda ser utilizada por cualquiera de las partes en el procedimiento para favorecer sus propios intereses particulares, o sea, el peligro de la manipulación del procedimiento a través de una intervención falta de imparcialidad. Todas estas últimas consideraciones invitan a hacer una seria reflexión de hasta dónde y cómo de la irrupción de la sociedad civil en el arbitraje inversor-Estado, en donde este trabajo no es más que una pequeña contribución que puede servir a la misma. 

⁴⁶ En este sentido, I. IRURETA AGIRREZABALAGA; "Atenuación de los rasgos...", art. cit., p. 158.

EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS Y LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE

FABIOLA MEDINA GARNES (*)
MANUEL FERMÍN CABRAL (**)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. La convención arbitral como fundamento jurídico del arbitraje. El marco legal que la permite y la figura del tercero. 3. Los terceros y el arbitraje: La extensión a partes no signatarias. 4. La cláusula arbitral: ¿Consensualismo o formalismo? 5. El caso del “Grupo de Sociedades” o “Conjunto Económico”. 6. Las atenuantes que introduce el marco legal en la República Dominicana. 7. Reflexiones finales.*



1. INTRODUCCIÓN

El análisis del alcance de los procesos arbitrales con respecto a terceros constituye uno de los puntos más controvertidos en términos doctrinales en los actuales tiempos. El debate, retomado una vez más, fue deliberadamente omitido en el nuevo reglamento de la CCI, puesto en vigencia a partir del primero de enero de este año, entendemos que para dar mayor margen de flexibilidad a los tribunales arbitrales. Lo cierto es que el tema es complejo y obliga al reexamen y cuestionamiento de muchos de los cimientos mismos en los cuales se sustenta el arbitraje: la autonomía de la voluntad de las partes y

el fundamento legal que la permite y en ese marco, los principios de libertad contractual y de relatividad de las convenciones.

Este trabajo intenta, modestamente, analizar opiniones doctrinales autorizadas y precedentes jurisprudenciales, para tratar de, bajo esa luz, escudriñar la normativa dominicana tratando de entender cómo podrían ser aplicadas estas nociones en la práctica arbitral dominicana.

En un primer aspecto la cuestión a esclarecer es si es posible extender los efectos de la cláusula arbitral a aquellos que no figuren como signatarios de ésta o del

(*) Miembro por la República Dominicana de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Pasada Presidente del Centro de Resolución de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo. Socia Fundadora de la firma Medina & Rizek, Abogados.

(**) Sub-Consultor Jurídico de la Corporación Dominicana de Empresas Eléctricas Estatales (CDEEE). Posee una Maestría en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca, España y “Especialista en Derecho Procesal Civil” por la PUCMM. Fue abogado asociado en la firma Medina & Rizek Abogados (2005-2010).

contrato en cuyo contenido se observa. En un segundo orden –y que prácticamente es una consecuencia de lo anterior–, se impone el estudio sobre la noción de terceros y la posibilidad de la incorporación de éstos en un arbitraje del cual no forman parte, y que se identifica en una figura muy común en el derecho procesal dominicano: la intervención de terceros, sea esta voluntaria o forzosa.

En uno u otro caso, el examen de estos planteamientos obliga a formular las siguientes interrogantes: ¿Es posible aceptar la figura del tercero en el arbitraje? ¿Es la intervención de derecho común una opción viable de trasladar, *mutatis mutandi*, al arbitraje? ¿La extensión de una cláusula arbitral a partes no signatarias conlleva decir que no constituye, formalmente, terceros?.

A primera vista, la figura del tercero –como la conocemos del derecho procesal civil de nuestro país– parecería ser extraña e incompatible con el arbitraje, dado el fundamento jurídico de este último. No existe posibilidad de que terceros materiales, ajenos no solo al ámbito de la cláusula arbitral, sino a la relación contractual en la que ésta se inserta, puedan voluntariamente incorporarse a un proceso arbitral al margen del consentimiento de las demás partes y del principio de la autonomía de la voluntad. De la misma manera, resulta difícil sostener lo contrario: que terceros materiales puedan ser llamados y agregados forzosamente a una instancia arbitral sin su consentimiento.

Lo anterior equivaldría a decir entonces, de entrada, que principios fundamentales de la teoría jurídica del arbitraje,

como lo son el principio de autonomía de la voluntad de las partes y el de la relatividad de las convenciones, serían aspectos intocables, y que las llamadas intervenciones de terceros no son en realidad más que confirmaciones a la regla y al fundamento contractual del arbitraje, como veremos en lo adelante.

Sin embargo, como el otro pilar fundamental del arbitraje es la norma legal que permite a esa autonomía de la voluntad producir efectos válidos, debemos igualmente examinar si ésta no atenúa el principio que de entrada hemos declarado fundamental.

2. LA CONVENCION ARBITRAL COMO FUNDAMENTO JURIDICO DEL ARBITRAJE. EL MARCO LEGAL QUE LA PERMITE Y LA FIGURA DEL TERCERO

El arbitraje constituye una institución cimentada, fundamentalmente, en un principio hegemónico convertido prácticamente en un dogma de la codificación civil napoleónica y de la tradición clásica del siglo XIX: el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Ello se traduce, al decir de LARROUMET, en que “*la voluntad es soberana para conducir a la celebración del contrato y para determinar sus efectos*”¹. Y agrega: “*(...) no podrá haber contrato sin voluntad*”². Este es, pues, el espíritu que guió sin dudas al legislador decimonónico al momento de estructurar la codificación privada y sobre el cual descansa la cláusula arbitral.

En ese sentido se orienta la jurisprudencia norteamericana al expresar que el

¹ LARROUMET, Christian. Teoría General del Contrato. Vol. I. Primera edición, Editorial Temis, 1999, p. 85.

² *Ibid.*

arbitraje “es una cuestión contractual y una parte no puede ser obligada a someterse a un arbitraje con relación a una disputa que no ha acordado someter a tal jurisdicción”³. Por igual se pronuncia la Corte Constitucional de Colombia al establecer lo siguiente: “(...) *la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico*, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de árbitros, para lo cual determinan un procedimiento que ellos establecen o se remiten al previsto en la ley (...) De lo expuesto es fácil concluir que *el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, como quiera que “el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”*⁴.

Asimismo, la doctrina, en este caso precisada por el profesor argentino ROQUE J. CAIVANO, es conteste con lo expuesto por la jurisprudencia comparada y añade, a su vez, una importante acotación –sobre todo para el tema objeto de análisis– en torno al principio derivado de la autonomía de la voluntad: el de la relatividad de las convenciones. Veamos: “Este principio se funda –en general– en que la fuerza obligatoria de los contratos tiene fundamento en la voluntad de las partes y, por consiguiente, no puede tener eficacia ni producir efectos respecto de quienes no han

prestado su consentimiento. En el caso del acuerdo arbitral en particular, ese principio tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje, siendo paralelamente obligado a resignar la competencia de los tribunales judiciales”⁵.

En lo que respecta al caso dominicano, la Suprema Corte de Justicia se ha orientado en ese mismo tenor, esto es, acentuando el carácter convencional de la cláusula arbitral y reafirmando así el principio de autonomía de la voluntad. Dice el máximo tribunal de justicia, refiriéndose a un caso en el cual una de las partes desconoció la efectividad de la cláusula arbitral y demandó ante los tribunales ordinarios de justicia: “(...) *que innegablemente, la relación contractual que se establece entre el asegurador y su asegurado, no escapa a la regla del texto legal arriba transcrito, de lo que resulta que a los términos del citado artículo 1134, las convenciones legalmente formadas no pueden ser revocadas sino por el acuerdo de los contratantes; que en la decisión recurrida se deja constancia, como una cuestión de hecho, de que en el expediente no existe documento alguno que pruebe que se diera cumplimiento a la cláusula 18, antes transcrita; que, como se advierte, la Corte a-quá, dentro de sus facultades soberanas de apreciación de los elementos de juicio aportados al debate, dio por establecido que lo estipulado en la cláusula 18 de la referida póliza de seguro no había sido objeto de modificación o de revocación de mutuo acuerdo, por lo que mantenía enteramente su vigencia y*

³ *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. [1960] y *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America*, 475 U.S. [1986]. En: Revista Internacional de Arbitraje; Enero-Junio 2005. Subrayado nuestro.

⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° 163-99, 7 de marzo de 1999.

⁵ CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupo de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario.” En: Revista Lima Arbitration N° 1 – 2006, p. 122.

lo reconocía como bueno y absolutamente válido (...)”⁶.

En términos normativos, la legislación dominicana reconoce expresamente el carácter convencional del arbitraje. De manera específica, el numeral 1 del artículo 10 de la Ley N.º. 489-08, sobre Arbitraje Comercial, del 9 de diciembre de 2008, lo demuestra al consagrar la siguiente definición de “Acuerdo de Arbitraje”: “(...) es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje ciertas o todas las controversias que hayan o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El Acuerdo de Arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula arbitral incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”

Pero de la autonomía de la voluntad convive, como se dijera con anterioridad, con otro principio de vital importancia además de la libertad contractual: el de la relatividad de las convenciones o, dicho de otra manera, los contratos afectan solo a las partes contratantes. Este límite que marca a los procesos arbitrales –como a toda otra convención– proviene de la norma legal que concreta el principio de *res inter alias acta*.

El artículo 1165 del Código Civil Dominicano –y de otras legislaciones inspiradas en la tradición napoleónica– establece este principio de manera expresa. La doctrina, en este caso LARROUMET, ha dicho: “El principio del efecto relativo de los contratos significa que únicamente los contratantes y las personas que se les equiparan según el art. 1122, llegan a ser acreedores y de-

dores en virtud del contrato. Este principio corresponde a la lógica del efecto creador de un vínculo de obligación del contrato. El contrato descansa sobre la voluntad de las partes. Por lo tanto, solo puede crear derechos y obligaciones en beneficio y en contra de quienes han convenido en su celebración. Quienes no han dado su voluntad, esto es, los terceros por oposición a las partes, no podrán llegar a ser acreedores o deudores en virtud del contrato. El principio del efecto relativo de los contratos es una consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad”⁷.

Entonces, para entrar de lleno en nuestra discusión, ¿cómo se extiende la aplicación de una cláusula arbitral hacia aquellos que no figuran como signatarios del convenio? El arbitraje, en tanto que un instituto fundado en la autonomía de la voluntad de las partes, solo afecta, en principio —más adelante veremos la evolución—, a aquellos que “formalmente” se erigen en parte del contrato; a aquellos que firman el contrato. TRAZEGNIES sostiene, en ese orden, que “por su origen y por su naturaleza, el *convenio arbitral es un contrato*. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no signatarios. (...) Es en ese sentido que el artículo 1363 del Código Civil prescribe que *los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos*. En consecuencia, en tanto que contrato que *se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad*, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, *no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar*, sea por suscripción

⁶ Sent. 28 de enero de 2009, N.º 53.

⁷ LARROUMET, Christian, Op. cit., p. 191.

o por adhesión (arbitraje estatutario)⁷⁸.

Sin embargo, la realidad es que tal criterio ha ido evolucionando tal y como veremos en lo adelante y las fuentes de derecho, llámense leyes, reglamentos, práctica, jurisprudencia o doctrina, han sido instrumentales en esta evolución.

3. LOS TERCEROS Y EL ARBITRAJE: LA EXTENSIÓN A PARTES NO SIGNATARIAS

Comencemos aclarando que, en nuestra opinión, la intervención voluntaria no es posible sin la aceptación de las dos partes en el arbitraje, salvo circunstancias muy especiales, como las acontecieron en el caso *Dow Chemical*, que describiremos más adelante. No es posible que quien no haya sido objeto de una solicitud de arbitraje, pueda imponerse al demandante, alegando un interés o un derecho a accionar que no le corresponde ejercer. Debe entenderse que es el demandante quien limita el ámbito de su solicitud y, si el demandado no lo entiende así, tendrá siempre abierta la vía de la respuesta reconventional para tratar de forzar otro escenario. Si ninguna de las dos partes actuantes está de acuerdo en la intervención voluntaria, al aspirante a ella no le quedara otro remedio procesal que el de demandar a una o las dos de ellas y tratar entonces de fundamentar una fusión de los expedientes creados.

Respecto a la intervención forzosa, en la actualidad, se admite que en ciertos casos

la cláusula arbitral puede extenderse a entes distintos de las partes que suscribieron dicha cláusula; esto es: a terceros no signatarios del contrato contenido de la cláusula arbitral. Pero, ¿son realmente *terceros* aquellos que, aunque no firmantes del acuerdo arbitral, son atraídos forzosamente y sin su consentimiento al proceso? Aquí resulta importante enfocar correctamente la concepción del tercero, evitando el peligro de arrastrar conceptos propios del derecho procesal civil y que son extraños a la naturaleza propia del arbitraje. Lo anterior puesto que el criterio desarrollado por algunos tribunales arbitrales y por algunas legislaciones⁹ parte de un presupuesto concreto: no se trata de terceros propiamente hablando, sino de verdaderas partes, aunque no formales. Así las cosas, la noción de tercero sufre una mutación que obliga a un replanteamiento conceptual de esta figura de cara al arbitraje.

En ese mismo sentido, ROQUE J. CAIVANO establece: “[H]ay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte *stricto sensu* del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de «terceros», que por alguna razón pueden considerarse “asimilados a las partes”. Tal es, por ejemplo, el caso de los sucesores universales de las partes, a quienes se extienden activa y pasivamente los efectos de la cláusula arbitral, o en ciertas hipótesis, el de los fiadores de las partes”¹⁰.

⁷⁸ BULLARD, Alfredo, ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? *Latin Arbitration Law*. Sept. 1, 2010, <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-están-invitados-a-la-fiesta>.

⁹ Se destaca lo prescrito en el artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje de 2008: “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”.

¹⁰ CAIVANO, Roque J., *Op. cit.*, p. 123.

Para JAMES A. GRAHAM la cuestión es más simple aún: un tercero no puede ser nunca atraído a un arbitraje. Dicho autor, refiriéndose a esto, establece lo siguiente: *“Una de esas problemáticas jurídicas complejas es la que unos llaman de manera errónea la atracción de los terceros en los procedimientos arbitrales, o de la extensión de la cláusula arbitral a partes terceras al contrato de base objeto de la controversia. Sin embargo, esa facilidad del lenguaje no refleja la esencia misma de la problemática, porque no cabe duda que un tercero a un acuerdo arbitral ¡simplemente no puede ser atraído a un arbitraje! De lo que habla la doctrina es en realidad del problema de los no firmantes de un acuerdo arbitral. En otras palabras: una parte que no ha firmado la cláusula arbitral compromisoria, ¿puede ser obligada a ir al arbitraje?”*¹¹.

La figura del tercero, tal y como se conoce en el derecho común dominicano, resulta, pues, extraña al proceso arbitral. Esto en razón de que, en primer orden, prevalece el principio de la relatividad contractual, consagrado para el caso dominicano en el artículo 1165 del Código Civil; y, por otro lado, en aquellos casos que se admite la extensión de la cláusula arbitral hacia personas no signatarias, de lo que se trata realmente es de partes del negocio jurídico o convenio en el que figura la cláusula arbitral, aún los mismos no firmen dicho contrato.

De ahí que, a nuestro juicio, existan, en contraposición, verdaderos terceros y partes informales: los primeros, aquellas personas que no son signatarios del convenio arbitral y que tampoco materialmente guardan vínculo alguno con el contrato en el que se invoca dicho convenio. Los segun-

dos, serían aquellas personas que, contrario a los anteriores y a pesar de no ser signatarios del contrato, sí tienen una vinculación que las hace pasible de ser incorporadas a un proceso arbitral.

Esto último es tratado como parte de la práctica de la CCI, cuando un laudo adoptado en ese foro planteó lo descrito a continuación¹²: *“La extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestran la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en una forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente.”*

El emblemático caso *“Dow Chemical c. Isover Saint Gobain”*, CCI N°. 4131, laudo interlocutorio de fecha 23 de septiembre de 1982, señala: *“[L]a cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron”*.

De manera más completa, y sistematizando mejor toda la discusión, el famoso caso *“Thomson v. AAA”* resuelve la

¹¹ GRAHAM, James. La atracción de los no firmantes de la cláusula compromisoria en los procedimientos arbitrales. www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/19.pdf, p. 380.

¹² Caso CCI: 7604-7610.

problemática estableciendo un conjunto de supuestos conforme a los cuales un tercero se puede constituir en parte no signataria: i) La incorporación por referencia de otra relación contractual que incorpora un acuerdo arbitral; ii) La asunción de una obligación de arbitrar; iii) Agencia, de conformidad con la extensión de tal concepto en el *common law*; iv) El descorrimiento o levantamiento del velo societario o corporativo; y v) El *estoppel*. Más adelante volveremos sobre este punto cuando tratemos de manera especial lo referente al Grupo de Empresas o Conjunto Económico.

4. LA CLÁUSULA ARBITRAL: ¿CONSENSUALISMO O FORMALISMO?

Hemos visto la posibilidad de que entes no signatarios de una cláusula arbitral puedan ser incorporados a un proceso arbitral. ¿Significa esto que la cláusula arbitral para ser efectiva no requiere de ser prevista por escrito? ¿Acaso no rige el formalismo para que dicho contrato tome vigencia entre las partes? De contestarse afirmativamente ambas interrogantes, la tesis de la extensión de la cláusula arbitral a partes no firmantes carecería de sustento. Sin embargo, a título general, podría decirse que la tendencia moderna es hacia el consensualismo, esto es, que el *solo consensus* entre las partes otorga validez y efectividad al contrato de arbitraje. Así lo sostiene mayoritariamente la doctrina (GRAHAM): “No obstante que se pudiera opinar que la firma es una condición *sine qua non* para el acuerdo arbitral, no cabe duda que en realidad ésta solo constituye un medio probatorio. En efecto, debemos recordar que en la materia la regla es el consensualismo, el

consentimiento puede expresarse sin ninguna formalidad (...)”¹³.

Asimismo, GRAHAM agrega, en cuanto a la Convención de Arbitraje de New York de 1958 y el carácter consensual que, a su juicio, ésta otorga a la cláusula arbitral, lo que figura a continuación: “Según la interpretación predominante de la Convención de Nueva York, la firma solo se requiere *ad probationem*. Como lo sostiene E. GAILLARD, el artículo II del Convenio exige la firma sólo para los contratos escritos, mientras que la misma disposición prevé que el acuerdo arbitral puede también pactarse por telegrama o fax, medios que obviamente no permiten que un acuerdo arbitral pueda ser firmado en el sentido legal, sino que únicamente pueden contener una “copia” de la firma. Consecuentemente, en ausencia de una firma, la existencia de la cláusula compromisoria puede ser comprobada por cualquier otro medio, como testimonios, por ejemplo”¹⁴.

De su lado, CAIVANO expone en ese mismo tenor: “[L]os contratos pueden nacer mediante un consentimiento tácito, aunque no exista un documento expreso, infringiendo el acuerdo de voluntades a través de las conductas de las partes. Puede, en consecuencia, considerarse que hay acuerdo arbitral aunque no exista un contrato escrito o alguna de las partes no haya firmado personalmente el acuerdo”¹⁵.

La Ley N°. 489-08, sobre Arbitraje Comercial, estipula en el numeral 2 del artículo 10, que el Acuerdo de Arbitraje deberá constar por escrito. Añade, no obstante, que se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento fir-

¹³ GRAHAM, James, Op. cit., p. 380.

¹⁴ *Ibid.*, p. 381.

¹⁵ CAIVANO, Roque J., Op. cit., p. 129.

mado por las partes o en un intercambio de cartas, faxes, telegramas, correos electrónicos u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. Igualmente, el numeral 3 de ese mismo texto dispone que se considera incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

Como puede observarse, el tipo de redacción que ha adoptado el legislador dominicano se basa fundamentalmente en la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional, específicamente en su artículo 7. La versión original de este último texto legal fue modificado y en su acápite 7.3 reconoce, inclusive, la posibilidad de celebrar acuerdos arbitrales de manera verbal, modernismo al que no alcanzó a llegar el texto dominicano. Es así que las mismas interpretaciones dadas a estos textos son extensibles a la redacción dominicana: el carácter consensual del acuerdo arbitral constituye la tesis más socorrida y sustentada a nivel comparado, y que se sostiene en el hecho de que la exigencia legislativa de una firma se refiere a aquellos casos en que se invoca un contrato formal por escrito. De ahí que en los demás casos –donde no se haga bajo la modalidad formal de un contrato a ser suscrito– no sea necesaria siquiera la distinción.

No siendo, entonces, el convenio arbitral un contrato que se enmarque dentro de la tipología de solemne, esto es, que requiera del cumplimiento de un requisito de forma para su validez y efectividad, sino más orientado al consensualismo, la exten-

sión de los efectos del convenio arbitral a terceros no signatarios y que no figuran por escrito en una cláusula arbitral, se vislumbra cada vez más como posible en las circunstancias descritas.

5. EL CASO DEL “GRUPO DE SOCIEDADES” O “CONJUNTO ECONÓMICO”

En términos prácticos, el tema de los grupos económicos o de sociedades ocupa la mayor parte de la cuestión de determinar la validez de la extensión hacia partes no signatarias de la cláusula arbitral. Es justamente el ámbito preferido de esta discusión y a partir de donde se han generado los debates que, en definitiva, han enriquecido el acervo doctrinario del tema.

Aquí hemos de volver sobre el caso *Dow Chemical* de 1982 de CCI (*Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*). En el mismo se aceptó la “intervención voluntaria” de dos empresas subsidiarias de Dow Chemical que no figuraban como signatarias de la cláusula arbitral. Dice al respecto el referido Tribunal Arbitral: “Considerando que es indiscutible –y de hecho no se discute– que Dow Chemical Company (EEUU) tiene y ejerce un control absoluto sobre sus filiales, ya sea habiendo firmado los contratos correspondientes o participado en su celebración, ejecución y su terminación (...); “Indistintamente de la identidad jurídica separada de cada uno de sus miembros, un grupo de sociedades constituye una y la misma realidad económica, la cual el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta al pronunciarse sobre su propia competencia”¹⁶.

En el laudo interlocutorio de ese mismo caso (CCI 4131), el tribunal arbitral se

¹⁶ Citado por SILVA ROMERO, Eduardo. El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad. En: Revista Lima Arbitration No. 4 – 2010/2011, p. 53.

refirió a un concepto interesante para la discusión: la “apariencia de ser parte.” Dice el tribunal: “(...) la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contiene la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, *parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ella surgieron*”¹⁷.

Lo anterior fue confirmado por la Corte de Apelaciones de París, concretamente por la Primera Sala Civil, al prescribir lo siguiente: “(...) que por una interpretación soberana de los contratos (...) y de los documentos intercambiados durante la negociación y suspensión, los árbitros decidieron, según los términos de una motivación pertinente y exenta de contradicción, que, de acuerdo con la voluntad común de todas las sociedades interesadas, las sociedades *Dow Chemical France y Dow Chemical Company* fueron parte de tales contratos pese a que no los hayan materialmente firmado, y que por lo tanto la cláusula compromisoria les es aplicable”¹⁸.

La misma Corte de Apelaciones de París confirmó el laudo arbitral en el caso “*Société Ofer Brothers c. The Tokio Marine and Fire Insurance Co.*” En dicho fallo la Corte asumió nueva vez la doctrina del grupo de sociedades, ratificando la extensión del convenio arbitral a “las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato, cuando su situación y sus actividades hacen presumir que tenían conocimiento de la existencia y del alcance de

esa cláusula, estipulada de conformidad con los usos y costumbres del comercio internacional.”

Como bien lo expresa SILVA ROMERO, “la teoría del grupo de sociedades (...) no es autónoma de aquella del consentimiento implícito. Es, en efecto, menester subrayar que, incluso en la aplicación de la teoría del “grupo de sociedades”, la existencia del consentimiento de las partes sigue siendo un elemento determinante para la extensión del convenio arbitral a personas no signatarias.” Y en apoyo de lo expresado, agrega lo establecido por el Tribunal Arbitral en el caso CCI 9517, del 30 de noviembre de 1998: “(...) la cuestión de si las partes no nombradas en un acuerdo pueden aprovecharse de una cláusula de arbitraje incorporada en él es un asunto que debe ser decidido caso por caso, al requerir un estrecho análisis de las circunstancias en las cuales se hizo el acuerdo, la relación empresarial y práctica existente en un lado y conocida por la contraparte, la real o presunta intención de las partes en cuanto a los derechos de los no signatarios a participar en el acuerdo arbitral y la medida del involucramiento de los no signatarios en el acuerdo y a la controversia resultante de él.”

Sin embargo, la doctrina del grupo de sociedades no es acogida en todos los ordenamientos; de hecho, su evolución y vigencia se debió a la flexibilidad del marco normativo francés, donde recibió por primera vez cobijo. Se resalta la fuerte resistencia en países como Inglaterra: en el caso CCI N°. 7626 de 1985, donde la legislación que regía era la de la India, en un texto notoriamente similar al inglés, el Tribunal Arbitral rehusó acoger la doctrina del grupo de sociedades, apoyado justamente en una interpretación

¹⁷ *Ibid.*, p. 64.

¹⁸ *Ibid.*

restrictiva de la *común intención* de los participantes en formar parte de la cláusula arbitral. En ese mismo sentido se decidieron los casos CCI No. 4504 de 1985 y el No. 6519 de 1991, diciendo en este último el tribunal, que solo el grupo de entidades que “efectivamente” hayan formado parte de la negociación, dirigiendo el contrato hacia donde sus intereses dicten, pueden ser incorporados, de lo contrario no.

En los Estados Unidos se habla del “*third party beneficiary*”, es decir, los terceros que pueden beneficiarse de la cláusula arbitral. La jurisprudencia norteamericana parte de la vinculación de este “falso tercero” al convenio arbitral previsto en el contrato base. Y en lo que respecta a la teoría de los “grupos de sociedades”, su consagración no es puesta en duda a partir de varias nociones como la del *piercing the corporate veil*, la del *alter ego* o la del *estoppel*¹⁹. GRAHAM expresa en ese tenor: “Sin embargo, en tiempos recientes se ha perfilado una teoría general bajo el término de *group of companies doctrine*. Al contrario de los países de derecho civil, el fundamento legal para los tribunales norteamericanos para atraer el no firmante al arbitraje es no solo un consentimiento implícito (subrogación, tercero beneficiario), sino también el principio de equidad (que sea vía el *estoppel* o vía el principio de buena fe)”²⁰.

La práctica arbitral dominicana, especialmente la del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, ha favorecido esta interpretación. En un laudo que se entiende como paradigmático, aprobado el 1ro. de diciembre del 2006, el tribunal apoderado dijo lo siguiente:

“**CONSIDERANDO:** Que si bien en

la República Dominicana no existe una normativa jurídica que regule específicamente, la existencia, funcionamiento y operaciones de los grupos de sociedades en su contexto general, tanto el legislador dominicano, en el ámbito laboral, fiscal y monetario, como la Junta Monetaria del Banco Central de la R. D., en materia bancaria y financiera, han regulado las operaciones que realicen los grupos de sociedades al amparo de la personalidad jurídica de una sociedad integrante del mismo, con lo cual se le da primacía a la realidad de los hechos sobre las formas jurídicas a fin de evitar que se cometan fraudes, abusos de derechos e injusticias;

CONSIDERANDO: Que la realidad de los hechos y la documentación aportada reflejan como las mismas personas físicas del GRUPO BBB, firmaban indistintamente comunicaciones en torno al proyecto XXX, ya sea -en unas ocasiones- como representantes de BBB y en otras, como representantes de DDD, entidad esta última, cuya situación y personalidad jurídica se desconoce, aun cuando bajo su nombre se dirigieron varias comunicaciones a AAA referentes a la adquisición e implantación de dicho Sistema, y en el mismo Contrato de fecha XXX, al indicarse en las direcciones del correo electrónico donde se contactaría a CCC sólo aparecen las siglas de DDD, aspectos éstos que contribuyeron a la confusión que se creó en el espíritu de los representantes de AAA, quienes consideraron que BBB en su calidad de casa matriz de CCC, asumía las obligaciones contractuales acordadas en el Contrato de fecha 9 de agosto de 2002;

(...)

CONSIDERANDO: Que al examinar y restablecer la voluntad concordante tanto de AAA como de BBB, en la conclusión y

¹⁹ GRAHAM, James, Op. cit., p. 388.

²⁰ *Ibid.*, p. 388.

ejecución del Contrato de fecha XXX, el Tribunal de Arbitraje ha comprobado que definitivamente, BBB está ligada y vinculada del mismo modo que CCC en la realización de la operación económica a la cual se contrae dicho Contrato; que su intención verdadera era ser parte en el referido Contrato, y consecuentemente en los conflictos que del mismo pudieren surgir, como al efecto han surgido”.

6. LAS ATENUANTES QUE INTRODUCE EL MARCO LEGAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

En la República Dominicana, el derecho común del arbitraje, la Ley No. 489-08, omite referirse a aquellas partes no signatarias y la posibilidad de incorporarlas a un proceso arbitral.

Sin embargo, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución Alternativa de Conflictos (CRC) de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, Inc., cuya fuerza legal deriva de la Ley No. 181-09 de Cámaras de Comercio, contiene disposiciones muy precisas al respecto, que en cierta manera recogen lo que ha sido la práctica de la CCI en los últimos tiempos, bajo el Reglamento del año 1998.

En ese tenor, el artículo 9.1 del Reglamento de Arbitraje del CRC, expresa que el Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de una de las partes, aceptar la intervención en el procedimiento arbitral de uno o más terceros como partes, siempre que el tercero sea parte del acuerdo de arbitraje, se formulen en su contra demandas específicas y exista un interés directo y legítimo en el resultado del arbitraje. El Tribunal Arbitral podrá emitir un solo laudo o varios, con respecto a todas las partes implicadas en el procedimiento.

Como puede observarse, el Reglamen-

to deja abierta la posibilidad de aceptar la intervención, pero a condición de que “el tercero sea parte del acuerdo de arbitraje, se formulen en su contra demandas específicas y exista un interés directo y legítimo”. De acuerdo al análisis anterior, la extensión de la cláusula arbitral se haría a “falsos terceros” (GRAHAM).

En las denominadas “Normas Complementarias al Reglamento de Arbitraje del CRC”, puestas en vigencia a partir del 1 de enero de 2012, se exhorta a los árbitros a que en este tema en específico ponderen la “doctrina y práctica arbitral de la CCI al respecto” (IV. Intervención Voluntaria e Intervención Forzosa).

Del mismo modo, estas Normas establecen como “principios generales, sin desmedro de la libertad del tribunal”: a) Dado que el arbitraje tiene su origen en un convenio arbitral o cláusula compromisoria, solo “quienes lo han suscrito son en principio partes del proceso”; b) Si se trata de una solicitud de intervención forzosa, la parte solicitante deberá presentar una solicitud de intervención ante la Secretaría. Toda solicitud de intervención estará sujeta a las disposiciones del artículo 6 del Reglamento de Arbitraje del CRC. “Ningún tercero podrá ser incorporado después de la confirmación o nombramiento de un árbitro, salvo que todas las partes, incluyendo el tercero, acuerden lo contrario”.

7. REFLEXIONES FINALES

Hablar de terceros en el arbitraje resulta contradictorio con los principios que constituyen su fundamento mismo: el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el de la libertad contractual y el de la relatividad de las convenciones.

Las diferentes teorías que sostienen

la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a entidades no signatarias, se basan, precisamente, en la autonomía de la voluntad: aquellas personas a quienes les son extensibles los efectos de la cláusula arbitral, más que terceros propiamente hablando, son en realidad partes informales —ya que no firmaron—, o, dicho de otro modo, falsos terceros (GRAHAM). De ahí que el tratamiento recibido sea igual que el de una parte suscribiente o signataria.

La cláusula arbitral tiene un carácter consensual, no solemne. De ahí que pueda hablarse del *consentimiento implícito* al decir de SILVA ROMERO. No se trata, pues, de un desconocimiento al principio de la relatividad de las convenciones sino justamente de su confirmación, partiendo de la extensión de la cláusula a las también llamadas partes aparentes o partes informales, es decir, a verdaderas partes del con-

trato o del negocio jurídico en razón de los diferentes criterios externados doctrinaria y jurisprudencialmente.

Como se destaca, la normativa dominicana tiende a favorecer, con limitaciones que entendemos muy razonables, la intervención de terceros en el proceso arbitral, pero propicia la integración de las partes informales. Será interesante dar seguimiento a esta evolución, sobre todo en la interpretación de lo que se significa ser “parte” del acuerdo de arbitraje. El hecho de que los redactores hayan escogido el término “acuerdo de arbitraje”, que es definido de manera amplia por la ley, no escapará a los intérpretes advertidos, al momento de juzgar si un presunto tercero puede ser considerado como parte, aun cuando no haya firmado la cláusula arbitral.



¿VELO SOCIETARIO vs. ARBITRAJE?

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*)

SUMARIO: *1. El velo societario. 1.1. Consideraciones básicas. 1.2. Condiciones para el rasgado del velo. 1.3. El rasgado del velo en el Perú. 2. Aplicación de la teoría dentro del arbitraje. 2.1. El problema. 2.2. Las nuevas tendencias. 2.3. El estado de la cuestión hoy. 3. ¿Cómo obligar a un no signatario del convenio arbitral a aceptar la jurisdicción arbitral? 3.1. Tiempos cambiantes. 3.2. El cambio dentro de la legislación peruana.*



1. EL VELO SOCIETARIO

1.1. Consideraciones básicas

En el mundo moderno, se presenta cada vez más el caso de relaciones económicas en las que las partes están constituidas a su vez por redes de relaciones.

Tanto en el ámbito internacional como en el nacional pueden encontrarse situaciones tales como que un grupo económico extranjero obtiene la buena pro para desarrollar una obra dentro de las fronteras de un determinado Estado y, para este efecto, utiliza una u otra de las compañías que integran el grupo, según criterios de especialidad o de oportunidad; y sucede que el dueño de la obra puede intentar reclamar por defectos en ella contra no necesariamente aquella empresa que la ejecutó directamente y que tiene un patrimonio reducido sino sobre la más importante de las compañías de ese grupo empresarial aunque no haya participado o

haya tenido una participación sólo incidental en la obra. Las relaciones financieras asumen también en algunos casos formas muy complejas en las que intervienen muchas personas jurídicas de una y otra parte; y puede suceder que los accionistas de una sociedad invoquen el convenio arbitral estatutario para demandar a otras compañías del grupo mayoritario y reclamar sobre el patrimonio social que, a través de una red de subsidiarias, pretenden que les habría sido escamoteado.

En estas circunstancias, los juristas, los jueces y los árbitros se preguntan si es posible responsabilizar a todas las compañías de un grupo económico por los actos de una de ellas o, inversamente, si una cualquiera de las compañías del grupo tiene derechos para exigir a la contraparte contractual aunque no sea ella quien firmó el contrato. Y es para responder a esta pregunta que se ha desarrollado en los últimos treinta años -primero en los países anglosajones pero ahora

(*) Profesor y Ex Decano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Ministro de Relaciones Exteriores. Socio del Estudio Fernando de Trazegnies Granda Abogados.

también en los países europeos y a nivel de los mecanismos de resolución de conflictos privados internacionales- la teoría de que, en ciertos casos, es posible “rasgar el velo societario” y tomar en cuenta las relaciones que existen detrás de la forma de persona jurídica independiente que ostenta la sociedad directamente contratante.

Es así como, desde hace algún tiempo, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países y tribunales arbitrales internacionales ha tentado, cautelosa pero valerosamente, el camino espinoso de ver más allá de las formas jurídicas para resolver los conflictos de manera más conforme con la realidad. El descorrimiento del velo societario es una institución nueva, destinada a evitar que, detrás de un formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, se desarrollen actividades que perjudican a ciertos accionistas de la sociedad o a terceros vinculados con algún tipo de contrato. Para llegar a ese punto, se ha creado la teoría del “grupo de sociedades” –también llamada del *alter ego* o del rasgado o descorrimiento del velo societario (*piercing the corporate veil*) o, por último, como la teoría del *disregard*– que permite ver el conjunto de los intereses y relaciones económicas reales que existen detrás de la forma societaria.

Esta es, sin duda, materia jurídica altamente controvertida. Pero poco a poco, jueces, árbitros y tratadistas se han aventurado a explorar este peligroso –aunque muchas veces indispensable– túnel conceptual que permite atravesar la aparentemente maciza montaña de la personalidad societaria para echar una mirada al paisaje que se presenta del otro lado.

Como señalan los árbitros de un proceso auspiciado por la International Chamber of Commerce, el concepto de grupo no se basa en la independencia formal que nace de la creación de entes legales separados, sino en la unidad de orientación económica dada por una autoridad común¹.

1.2. Condiciones para el rasgado del velo

Obviamente, tal “desvelamiento” sólo puede admitirse como un recurso excepcional, debido a que si se generalizara, implicaría la destrucción de la sociedad anónima como persona jurídica; lo que equivale a decir, en la práctica, la destrucción de la forma societaria de responsabilidad limitada, con todas las consecuencias que ello implicaría para el sistema económico liberal-capitalista que predomina en nuestro tiempo. Por consiguiente, las razones para arrancar el velo societario tienen que ser muy graves y específicas. Esto significa que los criterios para que un juez o un árbitro admita rasgar el velo societario tienen que ser trabajados con suma ponderación, de manera que muestren la excepcionalidad del caso.

¿En qué casos se admite ahora examinar el cuerpo de intereses comerciales que se encuentra más allá de los tules formales?

En principio, la doctrina sostiene que la sociedad debe ser ignorada como una existencia separada cuando ello es necesario para “hacer justicia básica”². Dado que ésta es una formulación todavía muy genérica y discutible (¿qué es justicia básica?), la doctrina ha ido más lejos a través de casos concretos sentando los fundamentos de la nueva

¹ ICC Caso 2375/1975, cit. p. W. Lawrence CRAIG, William M. PARK y Jan PAULSSON: International Chamber of Commerce Arbitration. Tercera edición. Oceana Publications. Dobbs Ferry, New York, 2000, p. 77.

² Robert W. HAMILTON: The Law of Corporations in a Nutshell. West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1991, p. 81.

institución en dos conceptos claves: evitar el fraude y controlar el abuso del derecho.

Uno de los casos típicos en que tal doctrina ha sido aplicada es cuando, aprovechando el velo de la forma societaria, el socio pretende quedar inmune frente al incumplimiento de ciertas obligaciones societarias fundamentales. No cabe duda de que quien se trata de ocultar detrás de una careta social (sociedad entendida como una existencia separada) para evitar cumplir con lo dispuesto en los estatutos de aquella sociedad en la cual la primera es socia, está incurriendo en la situación mencionada. Esta situación se ha presentado, por ejemplo, cuando uno de los accionistas ha pretendido burlar los derechos de preferencia en la transferencia de las acciones sociales, utilizando una tercera sociedad de su grupo económico.

Como sostiene HAMILTON: “Una explicación para rasgar el velo societario [...] es que el accionista no se encuentre permitido primero de ignorar las reglas de la conducta societaria y entonces, posteriormente, reclamar el beneficio del escudo societario”³. En ese caso, puede decirse con propiedad que la pretendida sociedad no es sino un “alter ego” o un “instrumento” de quien se esconde detrás del velo societario; y, consecuentemente, hay que descorrer tal velo para apreciar la situación de manera honesta y adecuada a la intención estatutaria.

Otro de los campos de aplicación de tal doctrina es en las relaciones entre principales y subsidiarias. Si bien no toda subsidiaria puede ser considerada simplemente una agente de la principal, los conceptos clásicos (e insoslayables para el Derecho) de equidad, buena fe, “fairness”, etc. hacen que el carácter formalmente independiente

de la subsidiaria se pierda si a través de ella se pretende hacer algo que va contra el espíritu del pacto societario.

La situación puede presentarse no sólo en el interior de una sociedad sino en las relaciones de una sociedad perteneciente a un grupo frente a terceros vinculados contractualmente con alguna de las otras sociedades del grupo. El velo societario puede ser utilizado para que la sociedad responsable frente al tercero en un contrato de obra sea aquella a la que es más difícil emplazar judicialmente o aquella que menor patrimonio tiene para responder por el daño causado en la defectuosa ejecución o en la inejecución del contrato.

En esos casos, también puede decirse que la pretendida sociedad no es sino un “alter ego” o un “instrumento” de quien se cubre con el velo societario para defraudar los derechos de la sociedad misma o de otros socios o de terceros; y, consecuentemente, es justo descorrer tal velo para apreciar la situación de manera honesta y adecuada a la intención estatutaria, salvando la buena fe y la honestidad que se deben los socios o los contratantes.

Algunos autores y algunos tribunales prefieren utilizar palabras más gruesas para calificar a la “sociedad-escudo”, tales como las de “sociedades títeres” o “marionetas comerciales”.

1.3. El rasgado del velo en el Perú

En el Perú, la doctrina del descorrimento del velo societario y de las implicancias jurídicas de que exista un grupo económico detrás de la sociedad, ha sido acogida tanto por los tratadistas como por

³ Robert W. HAMILTON: Op. cit., p. 90.

jueces nacionales y tribunales arbitrales en sus sentencias y laudos.

Dentro de la legislación civil peruana, los conceptos de buena fe y de abuso del derecho, que forman parte del ordenamiento positivo vigente, permiten adelantar por el camino de la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad y pasar más allá de ella, apoyados estrictamente en la ley.

El artículo 1362 del Código Civil dispone que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Es ésta una regla abierta, sujeta a interpretaciones variables, pero con un núcleo básico inoslayable.

En última instancia, buena fe es honradez, porque esta idea está estrechamente vinculada con la fidelidad, con la lealtad en el obrar; y la palabra “fe” (*fides*) tiene su origen en la palabra “fidelidad” (*fidelitas*). Tener fe en alguien es pensar que va a actuar con fidelidad, con lealtad; y tener buena fe en sus actos significa actuar sin que la conducta pueda ser interpretada como una traición, como una deslealtad. En consecuencia, fe, honradez, lealtad, son conceptos que forman un sistema, que crean una atmósfera en las relaciones contractuales basada en la confianza recíproca y en el cumplimiento de los pactos no solamente en la letra sino sobre todo en el espíritu en que fueron concebidos.

De ahí que el artículo del Código Civil que he citado asocia también la buena fe al respeto a la común intención de las partes: aquello a lo cual las partes

contratantes deben ser fieles es a la común intención de ellas. En otras palabras, establecida una voluntad común, expresa o tácita, explícita o implícita, los contratantes deben actuar de manera que esa voluntad o intención común se desarrolle en forma sana y natural, sin perversiones ni distorsiones, sin aprovechar las circunstancias ni las variaciones de interpretación para desvirtuarla, sin pretender escaparse de esa intención común mediante artificios o razonamientos basados en un aparato de documentos que ofenden la verdadera voluntad original de los contratantes.

Por su parte, la institución del abuso del derecho, que fue creada a mediados del siglo pasado en Francia con contornos imprecisos, adquiere mucha importancia dentro de este contexto. Originalmente, tuvo un alcance limitado y excepcional. Sin embargo, la institución ha sido desarrollada notablemente más tarde hasta el punto de desbordar la primigenia idea francesa. Es así como en el Perú la doctrina ha ampliado y profundizado esta institución hasta convertirla en un principio fundamental de eticidad del Derecho en general, subyacente en toda relación jurídica y garante de la buena fe y de la común intención de las partes en el campo contractual. Y es así como el Código Civil de 1984 le ha dado un alcance sin precedentes, al consagrarla de manera plena en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil. Como lo atestigua el ilustre jurista desaparecido Dr. José LEÓN BARANDIARÁN, autor de esa parte del Código actual: “*No cabe ya abrir polémica sobre la conveniencia de adoptar la figura del abuso del derecho*”⁴; y también: “*El abuso del derecho es hoy una figura admitida en términos generales para las*

⁴ José LEÓN BARANDIARÁN: Exposición de Motivos y Comentarios al Título Preliminar, en Delia Revoredo de Debaquey (compiladora), Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil: Código Civil. Vol. IV. Lima, 1985, p. 25

*relaciones de Derecho Privado*⁵.

En razón de ello, es importante señalar que el abuso de derecho no debe ser entendido en nuestro medio desde la limitada perspectiva de la doctrina francesa sino como una institución bastante más amplia y en pleno crecimiento teórico. Para el Derecho peruano, como señala Marcial Rubio, “*el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, que tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y las expresamente ilícitas*”, “*que es aplicable no sólo al Derecho Civil sino a todo el sistema jurídico; y que su mayor riqueza sólo puede provenir del desarrollo jurisprudencial*”⁶. Dentro de esa línea, Juan Espinoza, en sus Estudios sobre el Derecho de las Personas, trata del abuso de la personalidad colectiva como una especie del principio general del abuso del derecho⁷; y señala que el remedio jurídico consiste en la desestimación de la personalidad para evitar los efectos no queridos por el Derecho⁸.

Por consiguiente, ya sea en razón de la buena fe clásica que debe presidir toda negociación, ejecución o interpretación de relaciones jurídicas, ya sea para evitar esa incongruencia que se conoce como abuso del derecho, los jueces pueden ignorar la existencia de la persona jurídica para ir más allá de las formas legales hasta encontrar a los verdaderos centros de decisión de los intereses económicos y, consecuentemente, revelar aquellos que son en última instancia responsables de las consecuencias de la operación.

Sin perjuicio de los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales a los que me he referido, es interesante notar que esta teoría tiene una consagración legislativa expresa en el campo del mercado de valores, habiendo quedado definido su objeto de la siguiente forma: “*Grupo Económico es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera que sea su actividad u objeto social, donde alguna de ellas ejerce el control de las demás, o donde el control de las personas jurídicas que lo conforman es ejercido por una misma persona natural o un mismo conjunto de personas naturales*”⁹. Y la norma establece además presunciones iuris tantum de la existencia del grupo: “*Salvo prueba en contrario, se presume la existencia de control en los siguientes casos: [...] cuando a través de la propiedad directa o indirecta de acciones, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso o similares, o acuerdos con otros accionistas, se puede ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de una persona jurídica...*”¹⁰.

2. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DENTRO DEL ARBITRAJE

2.1. El problema

Prácticamente, en el mundo de hoy, ya no existe objeción académica alguna para aceptar la teoría del levantamiento del velo societario como cuestión de fondo, a título excepcional y si se cumplen ciertas condiciones de hecho que tendrían que ser plenamente acreditadas. Pero, con relación

⁵ José LEÓN BARANDIARÁN: Op. cit., p. 24.

⁶ Marcial RUBIO CORREA: Título Preliminar. Biblioteca “Para leer el Código Civil”, vol. III. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1986, p. 35.

⁷ Juan ESPINOZA ESPINOZA: Estudios sobre el Derecho de las Personas. Ed. Huallaga. Lima, p. 424.

⁸ Juan ESPINOZA ESPINOZA: Op. cit., p. 426.

⁹ Artículo 5to. de la Resolución CONASEV N° 722-97-EF-94.10 de 28 de noviembre de 1997.

¹⁰ *Ibidem*.

a esta materia, quedan muchas dudas frente a una pregunta crucial: ¿es aplicable también en la vía arbitral?, ¿puede un árbitro asumir jurisdicción arbitral frente a empresas o personas que no formaron parte –al menos directamente– del convenio de arbitraje sobre la base del desgarramiento del velo societario?

Como señala el Prof. Otto SANDROCK, la pregunta sobre “*si un convenio arbitral suscrito por una compañía miembro de un grupo de compañías obliga o les da título a otros miembros de ese grupo no signatarios del convenio, queda como una cuestión abierta. Algunos laudos y algunas resoluciones judiciales relativas a este tema, han contestado afirmativamente. Otros laudos y otras resoluciones judiciales han negado todo efecto vinculante –y el nacimiento de cualquier derecho– de un convenio arbitral suscrito sólo por uno de los miembros del grupo de compañías en relación con los otros miembros de tal grupo. En doctrina, la respuesta a este problema es tan controvertida como en los dicta de los tribunales arbitrales y de las cortes judiciales*”¹¹.

Notemos que los términos de sometimiento de una controversia a un juez y a un tribunal arbitral son bastante diferentes.

La teoría del rasgado del velo societario implica citar como demandado a quien aparentemente no es parte en el negocio contractual cuya naturaleza o consecuencias se discute. Ulpianus entrega en arrendamiento una inmensa pala mecánica a la firma Stercus Colliget S.A., que forma parte del grupo económico Sterquilinium; pero habiendo quedado inutilizada tal pala y exigiendo que le paguen su valor, encuentra que la firma que contrató con él ha transferido todo su

patrimonio a otra empresa del mismo grupo y ahora no puede responder frente a esa obligación. En consecuencia, considerando que el negocio corresponde al grupo económico como tal, Ulpianus demanda también a Mingo Affluenter S.A. con quien nunca ha tenido trato, pero que es la compañía que hace de caja fuerte del grupo.

El juez puede declarar fundada una excepción si considera de plano que la firma Mingo Affluenter S.A. no tiene definitivamente nada que ver por cuanto no fue la persona jurídica que contrató con Ulpianus. Sin embargo, puede también reservar este pronunciamiento para la sentencia por cuanto involucra cuestiones de fondo que merecen ser evaluadas a la luz de toda la prueba que aporten las partes durante el proceso. Y si entonces, rasgando el velo societario, encuentra que detrás de cada una de estas empresas había una voluntad común que fue realmente con quien contrató Ulpianus y que los trasvases de patrimonio obedecen a mala fe, podría condenar también a Mingo Affluenter S.A. al cumplimiento de la obligación de pagarle el valor de la pala más los daños y perjuicios.

Ello es posible por cuanto el juez ejerce constitucionalmente una función jurisdiccional y cualquiera puede ser demandado ante el Poder Judicial, correspondiendo al juez decidir si a todos los demandados les corresponde el rol de partes contrarias en el proceso sin que éstos tengan más argumentos para exceptuarse que los derivados de su relación causal con los hechos y de la ley.

Sin embargo, las cosas se presentan de una manera diferente ante un tribunal arbitral. En este caso, el árbitro no sólo debe tener en cuenta los hechos y las nor-

¹¹ Otto SANDROCK, “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, en *The International Lawyer* Bd. 27 (1993) S. 941 - 961.

mas sustantivas para establecer que una determinada persona natural o jurídica es justiciable o no, sino también un principio constitutivo del arbitraje que establece que este método de solución de conflictos resulta de un acuerdo entre las partes y que, por tanto, no es posible involucrar en un procedimiento arbitral a quien no se ha sometido previamente a éste. Dicho en otras palabras, mientras que el juez en tanto que ejerce una función jurisdiccional pública puede involucrar a cualquiera en un juicio a pedido de la parte contraria si considera que hay razones suficientes, el árbitro se limita a ejercer una jurisdicción delegada por las partes que lo invistieron con el poder de juzgar mediante un contrato entre ellas y, por tanto, puede pensarse que no podría rasgar el velo societario para incluir dentro del arbitraje a quienes no otorgaron el convenio arbitral.

Imaginemos el caso de un arbitraje estatutario que ha sido establecido para los desacuerdos entre accionistas o entre éstos y la sociedad o sus administradores. Ahora bien, algunos accionistas sostienen que los problemas que han surgido entre los socios se extienden a otras sociedades con personalidad jurídica independiente pero vinculadas entre sí en tanto que grupo económico; y ofrecen demostrar que el patrimonio de la sociedad matriz de la cual son socios, ha sido desviado hacia esas otras sociedades del grupo, es decir, hacia subsidiarias de las que ellos no son accionistas. En consecuencia, esos accionistas que se sienten defraudados sostienen que demandar a la empresa de la cual son socios no tiene ninguna significación y que un triunfo legal sobre ella sería una victoria pírrica por cuanto el patrimonio de esa empresa –que ellos contribuyeron a formar– ha sido transferido a una empresa *holding* o, lo que es peor aún, a una telaraña de empresas *holding*.

Notemos que no me estoy refiriendo a una acumulación de acciones (o consolidación, como la llama la doctrina internacional de arbitraje) que supone la integración dentro de un solo proceso de acciones arbitrales indiscutidas contra varias personas, sino propiamente del levantamiento del velo societario para demandar a quien de otra forma no podría ser demandado arbitralmente por cuanto no fue parte del convenio arbitral. El problema se presenta, entonces, no sólo como una cuestión sustantiva sino, antes que eso, como una cuestión de legitimidad procesal. Estamos ante una aplicación procesal de la teoría del levantamiento del velo.

Por su origen y por su naturaleza, el convenio arbitral es un contrato. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no-signatarios. Desde el punto de vista de los terceros, el contrato –luego, el convenio arbitral– se rige por el principio *res inter alios acta aliis praeiudicare non potest*¹². Es en ese sentido que el artículo 1363 del Código Civil prescribe que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. En consecuencia, en tanto que contrato que se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar, sea por suscripción o por adhesión (arbitraje estatutario).

2.2. Las nuevas tendencias

Sin embargo, en la actualidad, los tratadistas en materia de Derecho arbitral consideran muy formalista la manera como inicialmente se discutió el problema sobre

¹² El asunto acordado entre otros, no puede perjudicar a los ajenos al acuerdo.

la base simplemente de la participación en el convenio arbitral. Dentro de esa línea, a pesar de la fuerza de la objeción de la doctrina clásica, más contractualista, el presente ensayo pretende justificar que, en ciertos casos especiales, el árbitro pueda incluir a aparentes terceros como demandados dentro del arbitraje para evitar una frustración de la justicia sobre la base de un juego de biombo jurídico que escuden a quien verdaderamente contrató con la parte demandante aun cuando no firmó directamente el contrato ni la cláusula arbitral, utilizando para ello a una persona jurídica diferente y subordinada.

La posición formalista comenzó a evolucionar en los últimos años, como lo muestra ya la anterior Ley General de Arbitraje vigente en el Perú, donde, si bien se establecía que el convenio arbitral se celebra por escrito¹³, se desformalizaba este acto considerando la palabra “escrito” en forma particularmente amplia¹⁴. También la actual Ley de Arbitraje adopta el criterio, permitiendo que se considere que existe un convenio “por escrito”, aún cuando ambas partes no hayan firmado un mismo documento o en otras circunstancias particulares¹⁵.

Dentro de esta línea de desarrollo, cada vez más se consideró que el convenio arbitral debía ser entendido como una suerte de normatividad particular que, si bien nace de un convenio, no puede ser entendido con el rigorismo excluyente de un contrato, porque también constituye una jurisdicción, conforme lo establece el artículo XX de la Constitución peruana. De ahí hacía falta dar solamente un paso más para considerar que la naturaleza reservada y privada del convenio arbitral puede ser excepcionalmente

perforada no sólo en cuanto el análisis de la cuestión de fondo sino también con relación a la competencia del tribunal arbitral respecto de partes no directamente incluidas en el convenio arbitral.

La doctrina y la jurisprudencia francesa, siguiendo al Prof. FOUCHARD, se orientaron en el sentido de que un no-signatario del convenio arbitral podía ser involucrado en el proceso arbitral y obligado a aceptar sus resultados, cuando había intervenido en la formación del acuerdo (conclusión), ejecución o terminación del contrato subyacente. Esta teoría, ampliamente difundida, tiene la limitación de ser aplicable básicamente a los contratos de obra, presentando alguna dificultad para adaptarla a otros contratos complejos en los que ciertas partes “no-signatarias” participan sólo en forma indirecta en la formación del negocio que da origen a la cuestión controvertida o no participan pero forman parte del grupo económico que realiza el negocio, como en el caso de las operaciones financieras.

La posición norteamericana adoptó un camino diferente, basado fundamentalmente en el rasgado del velo corporativo. Como lo describe muy gráficamente el Prof. SANDROCK, *“Estas teorías sobre el descorrimiento del velo societario o sobre las conductas alter ego, pueden ser aplicadas también a situaciones en las que un convenio arbitral ha sido suscrito por una compañía como un alter ego respecto de alguien parapetado detrás del escudo de la personalidad jurídica de la compañía signataria. Ese cerebro oculto detrás de la personalidad jurídica de la signataria puede ser una persona natural u otra compañía. En esos casos, la compañía signata-*

¹³ Ley General de Arbitraje N° 26572, de 8 de Enero de 1996, artículo 10, primer párrafo.

¹⁴ Ley General de Arbitraje N° 26572, de 8 de Enero de 1996, artículo 10, segundo y tercer párrafo.

¹⁵ Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, dado el 27 de Junio de 2008, artículo 13.

ria aparece sólo como un strawman (“puppeteer” o “marionette” en inglés; en alemán: “Strohmann”; en francés: “homme de paille” o “prête-nom”¹⁶, que cubre al cerebro de la operación, el cual opera detrás del escudo de su subsidiaria”¹⁷; por ejemplo, puede ser una persona natural o una compañía que controla una empresa con una o varias subsidiarias a las que utiliza como su ‘refugio en el cielo’ (*save haven*), para guardar en ellas toda o una parte substancial de la propiedad o activo del negocio, en perjuicio de los accionistas minoritarios de la holding.

A su vez en la jurisprudencia de la International Chamber of Commerce (ICC): “Hay una fuerte tendencia entre los árbitros que actúan bajo los auspicios de ICC a reconocer que un convenio arbitral firmado por una sociedad que pertenece a un grupo de sociedades, obliga y otorga título a otras compañías miembros de tal grupo, siempre que se cumplan ciertas condiciones mínimas”¹⁸. Desde hace casi treinta años, ICC -instancia arbitral, cuya jurisprudencia tiene una autoridad a nivel mundial como creadora y orientadora de doctrina en materia de arbitrajes- ha venido introduciendo la posibilidad de rasgar el velo societario incluyendo en sus efectos la ampliación de la competencia del tribunal arbitral.

En un laudo de 1976 de la ICC se incluye a compañías no firmantes del convenio arbitral porque formaban parte de un grupo económico que se manifiesta en

diversas formas, *exempli gratia*, nombramientos de Directores que dependen del poder común, de manera que las empresas dominantes y dominadas “se encuentran indiscutiblemente vinculadas y comprometidas”. Es verdad que, en ese laudo, todas esas características hacen que la empresa no signataria sea incorporada al arbitraje como filial y teniendo en cuenta que las partes habían incluido a sus filiales en el convenio arbitral, aunque de manera genérica y sin intervención de ellas¹⁹. Pero otro laudo de la ICC, también de 1976, deja en claro que el elemento de haberse pactado la inclusión de filiales en el convenio no es el decisivo para extender la competencia arbitral sino que, de manera más general, es la existencia de compañías no signatarias del convenio arbitral que, porque son miembros de un grupo económico, se encuentran vinculadas a la litis; hecho que se justifica sobre la base de que manifiestamente era el grupo quien había contratado con la contraparte y que las compañías no signatarias no sólo formaban parte del grupo sino que además habían intervenido directamente en el cumplimiento de la prestación²⁰.

En las décadas siguientes, encontramos que el concepto de levantamiento del velo para efectos de la competencia se va afirmando, extendiendo a diferentes situaciones y precisándose en sus condiciones, a través de los laudos de los arbitrajes de la ICC. Así, en 1988 hay una decisión muy clara: “Considerando que un grupo de sociedades posee una realidad económica única, a

¹⁶ En español diríamos “testaferro”.

¹⁷ Otto SANDROCK: “The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: an enigma still unresolved” en: *Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum*, London, 2000, pp. 461-487.

¹⁸ Otto SANDROCK: “Arbitration Agreements and Groups of Companies”, en *The International Lawyer* Bd. 27 (1993) S. 941-961.

¹⁹ Ives DERAINS: *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, Fundación Española de Arbitraje, 1985, pp. 139-141.

²⁰ Ives DERAINS: *Op. cit.*, p. 145.

pesar de la personalidad jurídica distinta que pertenece a cada una, el Tribunal debe tener en cuenta [tal realidad económica] al momento de establecer su propia competencia”. Y agrega que “las decisiones de estos tribunales forman progresivamente una jurisprudencia que tener en cuenta, porque ella deduce las consecuencias de la realidad económica y las conforma a las necesidades del comercio internacional”²¹. Y otro laudo de 1990 concluye, prudente pero enérgicamente: “En resumen, la pertenencia de dos sociedades al mismo grupo o al dominio de un accionista no son [criterios] que por ellos solos puedan jamás ser razones suficientes que justifiquen el levantamiento de pleno derecho del velo social. Sin embargo, cuando una sociedad o una persona individual aparece como el pivote de las relaciones contractuales que intervienen en un negocio determinado conviene examinar con cuidado si la independencia de las partes no debe, excepcionalmente, ser dejada de lado en beneficio de un juicio global. Esta excepción será aceptable cuando aparezca una confusión mantenida por el grupo o por el accionista mayoritario”²².

Debemos pensar que la posibilidad de incluir como partes en el arbitraje a no signatarios del convenio arbitral se encuentra actualmente establecida. Como dicen Chillón y Merino, en el mundo moderno hay situaciones complejas que configuran “una constelación de actos y contratos en torno a un núcleo inicial, y al servicio de una idea más o menos determinada de colaboración y cooperación”, lo que da lugar a considerables posibilidades de intervención de personas diferentes²³. Y esta situa-

ción se torna aún más dramática cuando los miembros del grupo económico intentan escudarse en los conceptos tradicionales para lograr una inmunidad, ventaja u ocultamiento en el interior de la maraña de las personas jurídicas vinculadas con un negocio determinado.

Sin embargo, no fue fácil llegar a esta aceptación generalizada de la extensión del convenio arbitral a no signatarios. La perspectiva contractualista del arbitraje creaba muchos escrúpulos en la consciencia de árbitros y juristas. Y es así como se ensayaron tímidamente varios sistemas.

Las Cortes norteamericanas consideraron que, en los casos que pareciera pertinente incluir en el arbitraje a terceros no signatarios, los Tribunales arbitrales debían otorgar un plazo de 30 días para que, aquellos que no habían suscrito el convenio arbitral pero habían sido citados con la demanda, decidieran si querían formar parte del proceso arbitral. En esta forma se generaba un consentimiento *a posteriori* que hacía la situación equivalente a si hubieran firmado el convenio arbitral. Sin embargo, dada la interconexión de la materia, las Cortes norteamericanas planteaban, como *conditio sine qua non* para que el tribunal arbitral asumiera jurisdicción sobre ellas, que todos los involucrados se sometieran al mismo *motu proprio*. En caso de que alguna de esas partes necesarias se negara, el arbitraje no podía tener lugar y los interesados debían acudir al Poder Judicial²⁴.

El Derecho colombiano resolvió en un primer momento el problema en térmi-

²¹ ICC caso N° 5103, laudo de 1988, 115 *Journal du Droit International* (Clunet) 1206, p. 1212.

²² ICC caso N° 5721, laudo de 1990, 117 *Journal du Droit International* (Clunet) 1019, p. 1024.

²³ José María CHILLÓN MEDINA y José Fernando MERCHÁN: *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. 2a. ed. Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 695.

²⁴ W. Lawrence CRAIG, William M. PARK y Jan PAULSSON: *Op. cit.*, p. 83.

nos análogos: el artículo 109 de la Ley 23 de 1991, modificó el inciso segundo del artículo 30 del Decreto 2279 de 1989 a fin de dejar explícita la posibilidad de los tribunales arbitrales de citar como partes a quienes no eran firmantes del convenio; pero redujo esta facultad a una mera invitación: los citados debían manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario, quedaban extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria, declarándose el Tribunal incompetente para conocer el caso.

Otro recurso empleado por algunos Tribunales arbitrales consistió en no rechazar de plano la demanda contra las partes no signatarias y más bien emplazarlas como demandados, con la idea de que esas partes libremente decidan contestar la demanda y aceptar de esta forma la jurisdicción arbitral. En este caso, se entendería que hay asentimiento cuando se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención. Esta solución fue adoptada por la anterior la Ley General de Arbitraje peruana, tal como lo establece expresamente en el último párrafo del artículo 10. Pero aquí también, en caso de que esas partes no signatarias impugnen el arbitraje, el Tribunal arbitral tiene que declararse incompetente.

No cabe duda de que el problema merecía una solución teórica más profunda.

Un punto fundamental que es preciso tener en cuenta es que si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas, excluyendo a los terceros involucrados pero no signatarios, puede ir perdiendo efectividad —y por tanto utilidad— como medio de resolución de conflictos en un mundo cada vez más complejo, donde las controversias nacen dentro de una red entrelazada de relaciones directas e indirectas.

De otro lado, si bien el arbitraje surge de un contrato privado, no puede olvidarse que el árbitro es siempre juez y que, por consiguiente, tiene ante todo un compromiso primordial con la posibilidad de llegar a una solución justa dentro de una controversia dada.

Estamos tratando de casos tan complejos, con situaciones tan indisolubles, que no pueden —o no deben— ser tratados en varios procedimientos a la vez, unos ante el Tribunal arbitral y otros ante el Poder Judicial, por cuanto ello resultaría quizá en laudos y sentencias contradictorias. Además, ni los árbitros ni los jueces a cargo de los procesos parciales tendrían el panorama total de la situación, que es indispensable para pronunciar justicia en la forma debida.

Es por ello que, si bien los tribunales arbitrales nacionales e internacionales tomaron uncialmente el tema con mucha precaución, tanto en la jurisprudencia del arbitraje internacional como en el arbitraje nacional en diferentes países e incluso en la legislación comparada sobre arbitraje, se produjo posteriormente una manifiesta evolución hacia la inclusión forzosa de estas terceras partes necesarias pero no signatarias.

2.3. El estado de la cuestión hoy

La naturaleza reservada y privada del convenio arbitral deja hoy en día entrever excepciones que tienden a precisarse casuísticamente, hasta que sea posible construir una nueva teoría general del arbitraje.

Dentro del arbitraje peruano, la extensión del arbitraje a terceros fue definitivamente incorporada como norma legal en el año 2008 por el artículo 14 de la nueva Ley de Arbitraje.

De esta manera, hoy es no sólo juris-

prudencialmente ni doctrinariamente extender el arbitraje a una parte no signataria del convenio arbitral sino también lo es legalmente.

Sin duda, una norma de tantas consecuencias no podía ponerse en vigencia si no se establecían además ciertos criterios que condicionan su aplicación.

Los Tribunales arbitrales han encontrado un número grande de justificaciones -ya generalmente aceptadas- para reconocer esta excepción, aunque no había una norma explícita que autorizaba la extensión del arbitraje: la existencia de terceros beneficiarios o perjudicados; la representación tácita (*mandat apparent*); el *estoppel*; la aceptación tácita; etc. Los juristas que se adhieren a la *lex mercatoria* (idiosincrasia, usos y costumbres del mercado) han estado entre los más entusiastas para introducir en el arbitraje a no signatarios en aras de la buena fe comercial, que es la base de la seguridad recíproca y, consecuentemente, del desarrollo del mercado y de los negocios.

Personalmente considero que, si bien el papel del Tribunal no es inventar un convenio arbitral entre partes que no estuvieron en el convenio original, tampoco le es posible cerrar los ojos frente a los casos en que ese acuerdo se hubiera consumado si el asunto no hubiera sido tan complejo y las posibilidades de creación e intervención de subsidiarias no hubiera pasado desapercibida para algunas de las partes, en contra de lo que representaba la verdadera intención de éstas: el negocio en el cual querían intervenir comprendía más aspectos y más personas jurídicas de los que les fueron presentados al momento de ingresar al negocio sometido a un convenio arbitral.

Dentro de esta línea, los criterios que se emplearon para usar de la extensión en

forma cautelosa pero, al mismo, tiempo eficiente en la búsqueda de la justicia, fueron fundamentalmente tres: que (i) las empresas no signatarias hayan estado involucradas en la operación económica; (ii) esas empresas, aunque no hayan sido signatarias, sean partes efectivas del negocio y, por tanto, estén vinculadas directamente al tema controvertido; y (iii) esas empresas no signatarias hayan obtenido utilidades o ventajas con el negocio en discusión.

Las normas peruanas de arbitraje en vigencia desde el año 2008 han recogido fundamentalmente esos criterios en su artículo 14, dándoles el carácter de ley, en los siguientes términos:

a) Que pueda presumirse, de buena fe, que el tercero haya consentido en someterse al arbitraje no ya por un documento escrito sino “por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado”.

b) Que el tercero pretenda “derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

Como se puede apreciar, la primera de estas reglas comprende lo establecido por la doctrina y por la jurisprudencia en los puntos i) y ii) antes señalados; la segunda de estas reglas comprende lo establecido en el punto iii).

Un aspecto particularmente interesante del texto del artículo comentado de la ley peruana es que deja perfectamente en claro que la condición a) y la condición b) no requieren estar presentes ambas para que se admita la extensión del convenio arbitral al no signatario. Se trata de dos condiciones independientes, una y otra, que pueden re-

unirse en ciertos casos pero ello no es necesario para aceptar la extensión. La norma legal citada establece en su primera frase a la participación activa y determinante del tercero. Pero a continuación señala que “(El convenio arbitral) se extiende también” a quienes pretendan derivar derechos o beneficios. Ese también implica una referencia a otra situación distinta y no asimilable a la primera ni exigible conjuntamente con la primera situación contemplada por la norma.

Otra observación en sentido similar merece la primera frase del artículo 14 comentado cuando, al referirse los distintos momentos del contrato en que puede darse la participación del tercero no signatario, termina la enumeración con una “o”, preposición disyuntiva que determina que las distintas situaciones mencionadas no se suman sino que cualquiera de ellas individualmente puede justificar la extensión del convenio al aparente tercero no signatario.

No cabe duda de que, a pesar de las orientaciones que marca la norma citada para entender el alcance de la extensión del arbitraje, el concepto no es fácil de precisar y, por consiguiente, su manejo requiere una cuidadosa labor de interpretación.

Prueba de ello es que la propia norma introduce el concepto de “buena fe” como guía para la apreciación que realizará el árbitro de las circunstancias particulares en las que han tenido lugar los hechos que llevan al arbitraje.

En principio, extender el arbitraje a no signatarios vinculados al grupo económico y que han participado posteriormente en el negocio o que han obtenido ventajas con detrimento de los demandantes parece ser un ajuste sano a la verdadera intención de las partes. Siendo el convenio arbitral

un contrato, la primera regla de interpretación es la prevista en el artículo 1362 del Código Civil: ceñirse a la buena fe y común intención. Lo más importante es la intención, que es el núcleo de lo expresado en el contrato; la buena fe es una forma de evaluar la existencia y el sentido de esa intención de acuerdo a la voluntad real de los contratantes. Por tanto, es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada, que justifica el rasgado del velo societario.

Dentro de ese orden de ideas, una parte no suscriptora debe ser incorporada al arbitraje cuando se encuentra razonablemente que la conducta del demandado y/o del terco, ha tenido por objeto confundir a la parte demandante o colaborar en eludir la responsabilidad de la demandada suscriptora en materia de la identidad o del status de la obligada por la operación que es materia de la controversia. En otras palabras, se debe proceder a integrar el arbitraje con las partes no signatarias cuando el Tribunal considere la posibilidad de que pueda haberse producido un abuso del derecho sobre la base del enmascaramiento con el velo societario.

La ley peruana, el árbitro podría conocer una causa contra una parte no directamente firmante del compromiso arbitral haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje para decidir acerca de su propia competencia incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o validez del convenio arbitral, ya se trate de oposición total o parcial al arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida; norma que autoriza al Tribunal arbitral a considerar estos temas ex officio en cualquier estado de la causa y no solamente al ser presentadas por las partes sus pretensiones iniciales.

3. ¿CÓMO OBLIGAR A UN NO SIGNATARIO DEL CONVENIO ARBITRAL A ACEPTAR LA JURISDICCIÓN ARBITRAL?

3.1. Tiempos cambiantes

No cabe duda, entonces, de que en circunstancias excepcionales, cuando está en juego la verdadera común intención de las partes, afectada por el fraude o el abuso del derecho con sus múltiples matices, es preciso integrar dentro del arbitraje a quienes son parte de la controversia pero que pueden no haber firmado el convenio arbitral. La siguiente pregunta es: ¿qué puede hacer un Tribunal arbitral para que esas partes necesarias tomen su lugar dentro del arbitraje?

El caso de Colombia es muy ilustrativo con relación a la evolución de este problema crucial para la eficacia del arbitraje.

Luego de haber modificado en 1991 su legislación sobre arbitraje, como hemos visto antes, para dar cabida dentro del proceso a los no firmantes del convenio, comprende que la salida de la mera invitación y, en caso de rechazo, la declaración de incompetencia del Tribunal arbitral, es una claudicación de la instancia arbitral. Abandonar el arbitraje por decisión de los árbitros y entregar el caso al Poder Judicial cuando existía un arbitraje pactado sobre el tema, es convertir en inoperante a la institución. Por eso, en 1998, Colombia modificó nuevamente su legislación arbitral. Esta vez, mediante una novedosa disposición contenida en el artículo 127 de la ley 446 de 1998, que consagró la inclusión de un nuevo artículo - el 30a - dentro del estatuto arbitral contenido otrora en el decreto 2279 de 1989. Esa nueva norma expresa: “*Artículo 127: El decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor: artículo 30a: la intervención de terceros en el proceso arbi-*

tral se someterá a las normas que regulen la materia en el código de procedimiento civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible del recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención”. Como puede apreciarse, en esta forma la legislación colombiana ha avanzado en la solución del problema asimilando la función del árbitro a la del juez y aplicando las normas procesales comunes más allá de lo pactado en el convenio arbitral

Notemos que estamos ante una situación en cierta forma similar a lo que se conoce como litisconsorcio necesario en el Derecho Procesal.

Fue CHIOVENDA quien, en su obra “*Sul litisconsorzio necessario*”, advierte la existencia de casos en los que hay una imposibilidad jurídica para pronunciar sentencia de fondo; y esta imposibilidad no resulta de una improcedencia de la demanda sino simplemente de que tal sentencia sería inaplicable (*inutiliter data*) porque las relaciones entre demandante y demandado están inextricablemente ligadas a otras personas naturales o jurídicas que no son parte de la litis. CHIOVENDA llamó a esta situación “litisconsorcio”, que se deriva de tres palabras latinas: “*lis*” (proceso o juicio), “*cum*” (con, en comunidad) y “*sors*” (suerte); que da como significado total “comunidad de suerte en juicio”. Así la institución nacía de la imposibilidad de escindir la cuestión *sub litis* que involucraba a más personas que las partes manifiestas en el juicio y de la necesidad de evitar sentencias contradictorias o de caer en una imposibilidad de ejecución convirtiendo la decisión del juzgador en un poema lírico.

La figura del litisconsorcio pretende garantizar el derecho de defensa de personas involucradas pero que no habrían participado del proceso en otras condiciones, como muy bien lo señala la Sentencia de 6 noviembre 1992 del Tribunal Supremo español en la que se afirma: *«la excepción de litisconsorcio necesario se da cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico-material objeto del pleito, se produce la consecuencia de que la sentencia necesariamente le ha de afectar, lo que exige la presencia de todos los que debieron ser parte»*. Pero además se garantiza también el derecho del demandante a que se lleve a cabo un proceso con todos los elementos de juicio y que la sentencia o laudo, si recae en su favor, tenga una posibilidad de ejecución real. Por último, se garantiza un valor social conformado por la correcta administración de justicia, ya que es un interés de la sociedad toda que los juicios o arbitrajes no terminen simplemente en *“inutiliter data”*, como decía CHIOVENDA, y que no se abra la contingencia de que sobre un mismo asunto se expidan sentencias y laudos contradictorios, atentando contra la función esencial de los órganos encargados de resolver conflictos (sean judiciales o arbitrales) que es, ante todo, hacer justicia.

3.2. El cambio dentro de la legislación peruana

Desde una posición formalista, algunos podrían entender que el rasgado del velo societario que justifique la ampliación de la competencia del tribunal arbitral y el uso de la institución de la litisconsorcio, no son aceptables. Sin embargo, dado que la inclusión en el arbitraje a terceros no signatarios del convenio arbitral parece ser una exigencia de la Justicia, no cabe duda de que la posibilidad de seguir un arbitraje normal con los no signatarios y poder más tarde ejecutar

el laudo contra ellos si es el caso, resulta una exigencia fundamental.

En el Perú, la nueva ley de arbitraje promulgada en el año 2008 ha solucionado este problema con la ayuda de normas contenidas en cuatro artículos de dicha ley: el artículo 14, el artículo 41, el artículo 46, párrafos b) y c) y el artículo 68.

En efecto, el artículo 14 que ya ha sido mencionado, abre la puerta a la inclusión de no signatarios dentro del arbitraje, en los términos que esa norma establece.

Por otra parte, el artículo 41 da fuerza de ley al principio conocido como *kompetenz-kompetenz*, según el cual el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia. De esta manera, el no signatario que quiera objetar su inclusión tiene que apersonarse ante el tribunal arbitral y éste a su solo juicio, decidirá si es competente o no para determinar la inclusión de esa parte no signatario. No existe ninguna posibilidad de llevar la cuestión al Poder Judicial ni de objetar en forma alguna la decisión del tribunal respecto de este tema, a fin de evitar complicaciones procesales que perturbarían el arbitraje.

El artículo 46 establece que si el tercero no signatario demandado se pone renuente y se niega a contestar la demanda, el tribunal arbitral continuará las actuaciones normalmente. Es cierto que esa omisión no se considerará como una aceptación por el tercero demandado de las alegaciones del demandante; pero tampoco será entendida como un apartamiento del proceso. Si ese tercero renuente se obstina en no participar en el arbitraje y no comparece a las audiencias y/o no presenta y/o deja de ejercer sus derechos en cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con

fundamento en las pruebas que tenga a su disposición.

Finalmente, el artículo 68 otorga a la parte interesada el derecho de ejecutar el laudo ante la autoridad judicial competente. Dicha autoridad no puede revisar el laudo sino que debe limitarse, por el solo mérito del laudo y sus rectificaciones, integraciones y exclusiones, a mandar la ejecución de lo establecido por el tribunal arbitral.


De esta manera, el tercero no signatario respecto de quien se ha extendido el arbitraje, se encuentra sujeto a la jurisdicción del tribunal arbitral, se encuentre o no se encuentre conforme con ello.

Obviamente, existe el riesgo de que un laudo de esta naturaleza sea invalidado por el Poder Judicial en el caso de que el tercero no signatario no hubiera sido notificado de la existencia del proceso o que el tribunal hubiera resuelto materias que no fueron sometidas a su decisión o que no son susceptibles de arbitraje u otras circunstancias similares.

Sin embargo, es muy importante subrayar que ninguna de las causales de anulación incluye la negativa del tercero no signatario a participar en el arbitraje de acuerdo

a la declaración de competencia establecida por el tribunal arbitral: la rebeldía de ese tercero frente a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje es inaceptable como causal de anulación.

Igualmente debe destacarse, según lo dispone el artículo 62 de la Ley de Arbitraje actualmente vigente, que la anulación no puede solicitarse durante el proceso arbitral sino que sólo puede ser planteada contra el laudo; de manera que, en forma alguna, puede perturbar el desarrollo normal del proceso arbitral que incluye a terceros no signatarios. Asimismo, presentado el pedido de anulación del laudo a la Corte Superior, la autoridad judicial está prohibida bajo responsabilidad pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral en el laudo.

En conclusión, podemos decir que el tema ha evolucionado mucho en los últimos años y, cuando menos en el Perú, la ley permite la extensión del arbitraje a los terceros no signatarios en ciertas condiciones, teniendo en consideración las razones de justicia y de protección contra las distorsiones que pueden originarse en un uso malintencionado del velo societario. 

EL QUE TOMA EL BOTÍN, TOMA LA CARGA: LA SOLUCIÓN A PROBLEMAS RELACIONADOS CON TERCEROS EN ACTOS JURÍDICOS QUE CONTIENEN UN ACUERDO ARBITRAL E INVOLUCRAN A TERCEROS

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO (*)

SUMARIO: 1. El problema. 2. Solución postulada: El que acepta el botín, acepta la carga. 3. Comprobación teórica 3.1. Introducción 3.2. Arbitraje en materia sucesoria. 3.3. Derecho societario. 3.3.1. Acciones. 3.3.2. Administración, vigilancia y funcionarios. 3.3.3. Asambleas. 3.3.4. Maniobras corporativas. 3.4. Acuerdo arbitral contenido en un contrato con estipulación a favor de tercero. 3.4.1. La forma de la *lex specialis* prevalece. 3.4.2. Naturaleza de la estipulación a favor de tercero. 3.4.3. Autonomía del acuerdo arbitral y su impacto en la estipulación a favor de tercero. 3.4.4. Postura a favor. 3.4.5. Postulado. 4. Un caso en el que algo similar ya ocurre: El arbitraje de inversión. 5. Conclusión.



1. EL PROBLEMA

En la medida en que el arbitraje se expande y su utilidad en la solución de problemas delicados y complejos se enraíza, se observa que comienza a tocar instituciones jurídicas diversas que involucran a terceros que no son formalmente parte del acuerdo arbitral. La pregunta que ello obliga es si di-

chos terceros deben ser parte del arbitraje. Si el acuerdo arbitral les es oponible.

Una primer respuesta se dibuja como evidente: en la medida en que el acuerdo arbitral es un acto *formal*¹, será un *res inter alios viz* los terceros. Y la respuesta no carece de mérito. Después de todo, un instrumento in natura voluntario no puede

* Este ensayo constituye una expansión y refinación de una idea postulada en *Arbitraje* (Ed. Porrúa, México, D.F., 3ª ed., 2011, pp. 311 et seq).

⁽¹⁾ Profesor de arbitraje, arbitraje de inversión y arbitraje deportivo, Universidad Iberoamericana y Escuela Libre de Derecho. Miembro de la *London Court of International Arbitration*. Presidente del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción. Árbitro del *Tribunal Arbitral du Sport*. Representante alterno de México ante la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

¹ Conforme al artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 ("*Convención de Nueva York*"), el juez nacional está obligado a ejecutar acuerdos arbitrales que (a) consten por escrito, y (b) estén firmados. La mayoría de los derechos arbitrales nacionales acoge dicha regla.

vincular a terceros que no han dado su consentimiento a estar obligados por el mismo. Pero la experiencia comienza a mostrar que la respuesta a la interrogante planteada es subóptima en esquemas jurídicos diversos. Genera problemas. En ocasiones los complica o desvirtúa la intención de su autor.

Existen instituciones jurídicas y esquemas contractuales diversos que contemplan la participación de personas que no son parte, en su sentido ortodoxo, del acuerdo arbitral, pero cuya participación en el proceso arbitral que de ello derive no sólo es necesaria para lograr los fines deseados al implementar el esquema en cuestión, sino que es de suponerse ello fue la intención del arquitecto del acto. Ante ello, la respuesta tradicional se queda corta. Genera problemas que no tenían porqué ser. La teoría arbitral y el derecho de las obligaciones debe avanzar para cobijar dichas situaciones de una manera que las resuelva adecuadamente, evitando complicaciones innecesarias.

Este es el corazón de la interrogante que este ensayo pretende abordar: cuándo el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt debe ceder ante una pacta in favorem tertii*.

Algunos ejemplos de la problemática aludida pueden ser ilustrativos. Se tratan de situaciones en las que actos jurídicos que involucran a terceros contienen un acuerdo arbitral y que responder lisa y llanamente que

no les es oponible invita dudas y complica el acto mermando su eficacia²:

a) **Estipulación a favor de tercero:** ¿el acuerdo arbitral contenido en una promesa realizada por un promitente a favor de un estipulante vincula al beneficiario?

b) **Societaria:** ¿el acuerdo arbitral contenido en los estatutos de una sociedad vincula a accionistas o socios futuros? ¿A sus funcionarios?

c) **Sucesorio:** ¿el acuerdo arbitral inserto por el de cujus en un testamento vincula al heredero o legatario?

d) **Wills, Trusts & Estates:** ¿los acuerdos arbitrales contenidos en *wills, trusts o estates bajo common law* por el autor del *trust*³ vinculan a los *trustees o beneficiaries*?

El común denominador a todos estos casos es que, por un lado, no existe un acuerdo arbitral *ortodoxo* que vincule al tercero: que esté por escrito y firmado. Por otro lado, existen motivos bajo la *lex specialis* sustantiva (no arbitral) para argumentar que el acuerdo arbitral contenido en el acto jurídico sigue la misma suerte del resto de las disposiciones del acto: es oponible al tercero⁴.

En su esencia, la respuesta a esta pregunta exige resolver una tensión entre dos

² La cita es ejemplificativa, no exhaustiva. La cantidad de esquemas que involucran a terceros crece en la medida en que la sofisticación de las operaciones aumenta. Y la imaginación de los arquitectos legales de los mismos es envidiable. Algunos casos recientes en los que he asesorado han incluido operaciones con fideicomisos, financiamientos, operaciones inmobiliarias con mecanismos de garantía sofisticados (como prendas sin desposesión) y otras instituciones contractuales y jurídicas que involucran a terceros, etcétera. Es quien viva dichos casos quien probablemente encontrará más útil la teoría aquí defendida.

³ Que es distinto a nuestra figura de fideicomiso (aunque guarda ciertas similitudes).

⁴ Y todas estas leyes especiales contienen –de diferentes maneras– el principio de obligatoriedad de su contenido hacia el tercero, si es que acepta el estatus. Por ejemplo, el beneficiario de una estipulación a favor de tercero, el accionista está obligado por lo contenido en los estatutos, el heredero o legatario debe cumplir las condiciones que el autor de la sucesión haya contenido en el testamento.

lex specialis. Es decir, si el requisito del derecho arbitral consistente en que el consentimiento al acuerdo arbitral conste formalmente prevalece sobre el principio de cada una de las instituciones en cuestión que el autor del acto jurídico en cuestión es quien decide su contenido obligacional.

¿Quid iuris?

La duda no es teórica. En forma crecientemente se observa que, en la medida en que las bondades del arbitraje se diseminan, crece el deseo de utilizar dicha herramienta para hacer eficaz el deseo del autor de éste género de actos. Y la experiencia lo refleja: actos diversos que involucran a terceros han contenido acuerdos arbitrales.

Se trata de una materia donde existe una laguna legal. A continuación se propone una teoría que resuelve la interrogante (§II), para luego sujetarla a experimentación, analizando casos en los que la misma podría aplicar (§III).

2. SOLUCIÓN POSTULADA: EL QUE ACEPTA EL BOTÍN, ACEPTA LA CARGA

En respuesta a la pregunta sobre la oponibilidad del acuerdo arbitral al tercero, deseo postular que se confeccione jurisprudencialmente un principio que resolvería el problema que es el común denominador de todos estos ejemplos: *quien toma el beneficio, toma la carga*.

Comencemos por el principio. El tercero no está obligado a aceptar el acuerdo arbitral como tampoco está obligado a aceptar el estatus que le confiere el autor del acto

o el beneficio derivado del mismo⁵. Ello no sólo es lógico, sino una consecuencia del principio *res inter alios acta*. Pero si el autor del acto incluye un acuerdo arbitral como la forma para resolver cualquier problema que derive del acto jurídico que ha confeccionado, ello forma parte del ‘paquete’ que diseñó el autor del acto jurídico. Del universo de derechos y obligaciones que conforman el acto jurídico en cuestión. Para que el tercero pueda beneficiarse del contenido del acto jurídico, tiene que aceptar el acuerdo arbitral –como corolario del principio que acepta el beneficio *en la forma que lo contempló* el autor del acto. Ello es una consecuencia natural de aceptar que el contenido del beneficio que el autor del acto otorga está compuesto por los derechos y obligaciones que el autor del acto confeccionó. No admitir esto invita selectividad– además de desdejar el deseo del autor del acto. Implicaría que el tercero puede seleccionar lo que acepta y rechazar lo que no, en forma contraria a la voluntad del autor del acto.

La objeción natural será que un ente privado no puede imponer obligaciones a otro sin el consentimiento del segundo. Y la expresión del principio tendría mérito. Lo que falla es la conclusión que procura: el tercero que acepte el estatus asume su contenido jurídico obligacional *¡todo!* El tercero no está obligado a recibir el paquete, pero si lo recibe, lo recibe todo. Puede aceptarlo *in toto* o rechazarlo *in toto*.

El que acepta el botín acepta la carga.

Lo anterior es el principio que estaría sujeto a lo que establezca el acto jurídico particular. Siendo el mismo producto de la libertad contractual (o legal) del autor del

⁵ Como se verá en los ejemplos contenidos en este ensayo, puede repudiar la herencia, no ejercer el derecho derivado de la estipulación, o no hacerse socio de una sociedad que incluya un acuerdo arbitral. Pero la solución del problema tiene que partir de la premisa que existe la voluntad de hacerse de dichos derechos. Adquirir dicho estatus. Dicho punto de partida es asumido en este ensayo. (Después de todo, de no existir, no habría nada que discutir.).

mismo, éste podría nutrir el acto con los términos y condiciones que considere adecuados⁶.

3. COMPROBACIÓN TEÓRICA

3.1. Introducción

Expuesta la teoría, comprobémosla. Para ello, a continuación se analiza su aplicabilidad en tres ramas específicas. El objetivo es doble: permear la postura de detractores y proponer soluciones a los óbices detectados⁷.

3.2. Arbitraje en materia sucesoria

Una materia donde la utilización del arbitraje ha encontrado sentimientos encontrados es el *ius delationis*. Existen quienes consideran que resolver problemas hereditarios mediante arbitraje es una buena idea, y quienes sospechan que ello puede generar problemas.

Quienes abogan a favor de la utilización del arbitraje en cuestiones sucesorias ven un gran potencial para dirimir de una manera eficiente problemas en esta, una disciplina que toca temas sensibles, máxime el tiempo y costo que actualmente conlleva canalizar estos problemas por la ruta litigiosa. Si a ello se le suman otras virtudes que brinda el arbitraje (como confidencialidad y especialidad), la posibilidad ha ganado adeptos⁸.

Son muchas las aristas que genera este choque de *lex specialis*⁹. Me ceñiré a abordar sólo aquella que atañe a la teoría aquí defendida.

Incluir un acuerdo arbitral en un testamento implicaría forzar a los herederos y legatarios al arbitraje. Siendo un instrumento *in natura voluntario*, no faltará quien argumente que ello no puede ser impuesto.

La objeción merece dos comentarios. Primero, dependiendo de cómo se redacte, el acuerdo arbitral en un testamento puede ser caracterizado como una ‘condición’, misma que el testador puede claramente establecer en su testamento¹⁰, y que si los herederos o legatarios no cumplen, se siguen las reglas de las condiciones (tanto bajo el testamento como el derecho sucesorio), lo cual puede incluir la pérdida de su derecho. No hay nada distinto en la condición de someter al arbitraje de otras condiciones que puedan pactarse. Es decir, sería una condición lícita como cualquier otra¹¹.

Segundo, si un heredero desea tomar el *botín* (beneficiarse de la herencia), que tome la *carga* (consienta al arbitraje). Después de todo, la intención putativa de un testador al establecer esta condición es canalizar sofisticadamente cualquier problema que surja de la sucesión. Evitar aquello que se observa con frecuencia: litigios sucesorios de varios años, cuya onerosidad reduce en forma importante el caudal hereditario.

⁶ El matiz es importante pues hace que la teoría defendida en este ensayo sea una teoría general, sujeta a lo que ocurra *in casu*: un régimen supletorio.

⁷ La demostración tiene que anclarse en un derecho. Para ello, el derecho mexicano es usado como caso de laboratorio. Sin embargo, postulo que la teoría no se limita al mismo.

⁸ Lo que es más, posiblemente ello explique que sucesiones importantes hayan contado con arbitraje. Por ejemplo, la de George Washington.

⁹ Para conocerlos, consúltese *Arbitraje, ob. cit.*, pp. 313 *et seq.*

¹⁰ Artículo 1344 del Código Civil Federal.

¹¹ Artículo 1347 del Código Civil Federal.

Si así lo plasmó el de *cuyus*, la condición, como toda condición (lícita), debe cumplirse.

3.3. Derecho societario

A través de las sociedades se entablan relaciones complejas¹² que involucran no sólo a los socios, sino a la sociedad misma¹³, sus órganos¹⁴, funcionarios¹⁵, deudores y acreedores. Con dicho antecedente la pregunta obligada es si el arbitraje puede y debe jugar un papel en esta singular materia¹⁶. A continuación se analizará la problemática bajo la óptica de los siguientes temas del derecho societario: (1) acciones; (2) administración, vigilancia y funcionarios; (3) asambleas; (4) maniobras corporativas; y (5) derechos de terceros/acreedores.

3.3.1. Acciones

Si un accionista no participó en la constitución de una sociedad, sino que adquirió las acciones representativas de su capital social con posterioridad, ¿está vinculado por el acuerdo arbitral contenido en los estatutos? Para responder, dos cuestiones que deben considerarse. Primero, tal parecería que, siendo la acción un título valor causal¹⁷ —que los derechos y obligaciones del propietario están sujetos al régimen contemplado en los estatutos— el nuevo adquirente estaría obligado a arbitrar si existe un compromiso de ello en el cuerpo de los

estatutos. Sin embargo, existe un problema: *el acuerdo arbitral es formal*. Es decir, debe constar por escrito y estar firmado por las partes¹⁸.

El que dichos requisitos se cumplan es dependiente de las circunstancias. Por ejemplo, mientras que un simple endoso en propiedad parecería no ser suficiente, si está soportado por un contrato de compraventa (firmado por el nuevo accionista) podría argumentarse que la firma del mismo es suficiente para cumplir los requisitos del artículo 1423 del Código de Comercio.

Sin embargo, existen elementos adicionales que pueden complicar la hipótesis. Por ejemplo, el que el acuerdo arbitral conste o no en el texto de la acción. Presumiblemente, dicha circunstancia no cambia el resultado. El motivo es que el régimen *total* de los derechos y obligaciones derivados de una acción consta en los estatutos, razón por la cual podría argumentarse que el que no consten en la acción es insuficiente para no vincular al socio. En forma contraria, podría argumentarse que la omisión de incluir por lo menos una mención en el texto de la acción traería como resultado el que no vincula al nuevo accionista puesto que incumple con lo dispuesto en el artículo 125 de la LGSM, que tiene por objeto precisamente reflejar el alcance de los derechos y obligaciones a los que se atiene un accionista al adquirir una acción; máxime el principio de

¹² BARRERA GRAF, Jorge. *Las Sociedades En Derecho Mexicano*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, p. 18. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Tratado de Sociedades Mercantiles*. 7ª edición. Ed. Porrúa. 2001, pp. 15, 17 y 18.

¹³ La sociedad es no sólo un ente diverso, sino que tiene intereses propios, distintos a los de los socios (el interés común de los socios).

¹⁴ Administración y vigilancia.

¹⁵ Gerentes, delegados, apoderados, etcétera.

¹⁶ Son muchos los temas que pueden generar aristas en la colusión de derecho arbitral-derecho societario. (Cf. *Arbitraje, ob. cit.*, pp. 320 et seq.) En este contexto sólo se aborda aquel relacionado con el tema de este ensayo.

¹⁷ BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*. 1ª edición. 4ta reimpresión. Ed. Porrúa. 1989/2000, pp. 484 et seq.

¹⁸ Artículo 1423 del Código de Comercio y II(1) de la Convención de Nueva York.

literalidad de los títulos de crédito, con los cuales la acción comparte naturaleza.

Pero el análisis no se agota aquí. Deberá analizarse si se cumplen las demás circunstancias que contempla el 1423 del Código de Comercio para considerar que existe un acuerdo arbitral, a saber:

- Un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo arbitral; o

- La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Es posible que un intercambio de comunicados que versen sobre la adquisición de acciones y que hagan alusión a los estatutos sean suficientes para vincular al accionista. Sin embargo, no puede darse una regla genérica ya que el resultado dependerá de las circunstancias.

En forma interesante, el derecho extranjero ha resuelto positivamente dicha circunstancia.

- En un caso el Tribunal Federal Suizo sostuvo que una accionista que se asocie en una sociedad mercantil se somete a cualquier estipulación jurisdiccional o arreglos procesales que puedan estar incluidos en los estatutos¹⁹.

- En otro caso el Tribunal Federal Suizo sostuvo que no había nada inusual sobre un acuerdo arbitral contenido en los estatutos de un Banco/Cooperativa de Ahorro²⁰.

- En forma relacionada, la Corte Europea en Luxemburgo sostuvo que un acuerdo jurisdiccional contenido en los estatutos de una sociedad vinculaba a los accionistas de conformidad con sus términos, no obstante cuándo hubieran sido adquiridas las acciones²¹. El caso se cita como fundamento de la proposición de que una parte está vinculada por el acuerdo que al respecto se establezca en los estatutos dado que *tiene los medios para saber el contenido de la misma*.

- Existe una tendencia al liberalismo en materia de la validez del acuerdo arbitral con referencia a documentos externos a los subyacentes²².

3.3.2. Administración, vigilancia y funcionarios

No hay motivo alguno para negar que la adquisición del deber de arbitrar puede ser parte del *corpus* de derechos y obligaciones que se adquiere al aceptar fungir como administrador, comisario o funcionario.

Si una persona acepta la responsabilidad de actuar como consejero, acepta el ‘paquete’ de obligaciones inherentes a ello. ¿Porqué no puede sostenerse que ello incluye la obligación de arbitrar?

¹⁹ DTF 33 II 205-208, 9 de marzo de 1907.

²⁰ DTF 24 II 566, 18 de julio de 1898.

²¹ Powell Duffryn Plc v. Petereit, [1992] I ECR 1745.

²² Corte de casación francesa, marzo de 1994, *Revue de l'arbitrage*, pp. 95 et seq. (Citado por Association Suisse de l'arbitrage, *The Arbitration Agreement – its multifold Critical Aspects*, ASA Special Series N° 8, December 1994, p. 122).

3.3.3. Asambleas

Las asambleas son actos jurídicos. Crean derechos u obligaciones. ¿Qué óbice existe para que sean ventilados y hechos cumplir mediante arbitraje?

3.3.4. Maniobras corporativas

Lo mismo puede decirse de las maniobras corporativas²³. Es cierto que éstas tienen un régimen de respeto a derechos de terceros. Pero lo mismo puede decirse de muchos actos jurídicos habitualmente sometidos al arbitraje.

El arbitraje versará sobre el cumplimiento del régimen intra-participantes del mismo. *Intra-socios*²⁴. Nunca se tocarán derechos de terceros. Por ejemplo, la misión del liquidador es realizar el activo y repartir el remanente distribuible a los accionistas²⁵. Por esta labor, el liquidador será responsable²⁶. Dicha responsabilidad puede ventilarse en arbitraje²⁷.

3.4. Acuerdo arbitral contenido en un contrato con estipulación a favor de tercero

Existe diferencia de opinión sobre la consecuencia legal *vis-à-vis* el beneficiario de un acuerdo arbitral contenido en una estipulación a favor de tercero²⁸.

La estipulación a favor de tercero es una institución de excepción al principio *res inter alios acta*. Mediante la misma dos partes contratantes (promitente y estipulante) pueden crear un derecho en el patrimonio de un tercero el beneficiario. El arbitraje es un mecanismo privado de solución de controversias. Por definición, pueden recurrir a él únicamente quienes así lo hayan acordado: *res inter alios acta in essentia*.

La duda surge sobre el efecto jurídico, alcance y oponibilidad de una cláusula arbitral inserta en un contrato que también contiene una cláusula con estipulación a favor de tercero. En específico, ¿el tercero está vinculado por la misma?

Los argumentos en *contra* de la obligatoriedad del acuerdo arbitral *vis-à-vis* el tercero beneficiario de una estipulación a favor del tercero son tres:

3.4.1. La forma de la *lex specialis* prevalece

Se ha dicho que una consecuencia que fluye de la formalidad del acuerdo arbitral es que, para vincular al tercero, éste tiene que haber consentido por escrito y plasmando su firma ya sea en forma directa o indirecta, pues, como ya se comentó, existen formas de aceptar la arbitrabilidad mediante cruce de documentos²⁹. Ello prevalecerá sobre otros regímenes pues, al ser la *lex specialis*,

²³ Me refiero a la fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación.

²⁴ Las controversias que impliquen cuestiones distintas a las relaciones entre los socios, órganos sociales y funcionarios no caerían dentro de esta categoría.

²⁵ Artículos 235 y 242 de la LGSM.

²⁶ Artículo 235 de la LGSM.

²⁷ Pueden arbitrarse las cuestiones derivadas de las relaciones intra-accionistas y el liquidador sin que por ello se afecten los intereses de terceros acreedores, quienes mantendrán la posibilidad de repetir en contra del liquidador cualquier acto contrario a la LGSM.

²⁸ Esta sección se nutre en forma importante del artículo conjuntamente elaborado por Emilio González de Castilla del Valle y Francisco González de Cossío, Acuerdo Arbitral Contenido en un Contrato con Cláusula de Estipulación a Favor de Tercero, contenido en Homenaje a Raúl Medina Mora, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, número 14, Ed. Themis, México, D.F., 2008, p. 255. Al resumir este tema deseo mencionar que no hablo –ni puedo hablar– por Emilio González de Castilla. Cualquier error o deficiencia es atribuible únicamente al autor.

²⁹ Artículo 1423 del Código de Comercio.

prevalece sobre *lex generalis*.

Y la *lex specialis* es la *lex arbitri*, dado que la duda versa sobre el alcance del acuerdo arbitral. Por consiguiente, ante una concurrencia de regímenes, prevalece sobre otros, incluyendo el civil (artículos 1869 a 1872 del Código Civil).

3.4.2. Naturaleza de la estipulación a favor de tercero

La estipulación a favor de tercero es justamente eso: a favor. No en contra. Mediante una estipulación pueden darse derechos, más no imponerse obligaciones.

El principio de efecto relativo (o relatividad) de los contratos establece que los contratos establecen obligaciones únicamente entre las partes del mismo. No ante terceros. Ello está representado por el conocido aforismo: *res inter alios acta*. Lo que es más, el latinajo completo puede ser más ilustrativo: *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*.

La estipulación a favor de tercero es una excepción a dicho principio, pero una excepción parcial. Es una excepción en cuanto a que el tercero, que *ex hypothesi* no es parte de la relación jurídica, se ve afectado por el Contrato. Pero la afectación es positiva (sólo adquiere derechos), y es de naturaleza revocable, pues nace en su patrimonio desde la celebración del contrato (entre estipulante y promitente) pero no se consolida sino hasta que manifiesta su derecho de querer aprovecharlo³⁰.

Vincular al tercero por el acuerdo arbi-

tral es contrario a lo que el régimen excepcional de la estipulación permite. Y puede encontrarse apoyo judicial a la postura. Por ejemplo:

ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO

La estipulación a favor de tercero constituye una declaración unilateral de la voluntad, y sin que signifique una liberalidad a una donación, *el tercero no adquiere obligación alguna*; de manera que de la circunstancia de que ésta hubiese repudiado la obligación que a su nombre quiso contraer quien no era su apoderado, ni tenía facultades para ello, no se deriva el derecho de revoca la estipulación, una vez que la misma había sido aceptada³¹.
(Énfasis añadido)

Dado que el motivo por el cual el derecho civil ha permitido romper (o más bien excepcionar) el (importante) paradigma de la relatividad está basado en que al hacerlo no se *daña*, sino *sólo enriquece*, un patrimonio ajeno, argumentar a favor de hacerle oponible el acuerdo arbitral rebasa a dicho razonamiento. En una institución que parte de la premisa que sólo pueden darse derechos, no *imponerse* obligaciones. Exigir que se obligue al tercero al arbitraje parece inaceptable *in natura*.

3.4.3. Autonomía del acuerdo arbitral y su impacto en la estipulación a favor de tercero

Además de la doctrina civil, existe doctrina arbitral relevante. El principio de separabilidad del acuerdo arbitral puede re-

³⁰ Artículo 1871 del Código Civil.

³¹ Amparo civil directo 3720/42, 5 de diciembre de 1946, N° 347583, Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación XC, p. 2486. Esta tesis, si bien refleja que el tercero no puede ser obligado, es sin embargo un análisis erróneo por separado.

sumirse en lo siguiente: *Las vicisitudes que pueda sufrir el contrato principal no necesariamente impactan al acuerdo arbitral.* Es decir, el destino del acuerdo arbitral está disociado del contrato principal.

La relevancia que dicho principio guarda en este tema es a *contrario*: es porque el acuerdo arbitral tiene que reunir requisitos distintos a los del contrato que podría suceder que el contenido del contrato será válido mientras que el acuerdo arbitral no lo es. El fenómeno que el argot arbitral denomina ‘la otra cara de la moneda’ del principio de separabilidad del acuerdo arbitral: es porque el acuerdo arbitral tiene un régimen emancipado del contrato que lo contiene que si no cumple con *sus* requisitos de forma que carecerá de validez -aunque el contrato *in toto* sea válido.

Ello milita en contra de vincular al tercero mediante el acuerdo arbitral. Después de todo, ante el tercero no existe un acuerdo arbitral que reúna sus requisitos de forma.

Este tema ya ha sido considerado en el ámbito y praxis arbitral y por ello, con base en resoluciones arbitrales y de tribunales, se ha señalado que:

En dichos casos (representación) el mandante está obligado, mas no su mandatario. En contraste, una estipulación a favor de tercero no conlleva representación y el beneficiario de dicha disposición por ende únicamente estará obligado si acepta el mecanismo de solución de controversias. Esto explica porqué la Corte de Casación

sostuvo en un caso que el consignatario no estaba vinculado por un acuerdo arbitral contenido en un conocimiento de embarque que ha sido aceptado por el transportista y no por el consignatario³².

3.4.4. Postura a favor

La postura que considera que el acuerdo arbitral obliga al tercero descansa en dos argumentos -uno proveniente de cada *lex specialis*:

a) El derecho arbitral contempla la existencia de acuerdos arbitrales por referencia. Su régimen engrana adecuadamente con la estipulación a favor de tercero.

b) La obligación de arbitrar a cargo del tercero es una extensión natural del hecho que el tercero, al aprovecharse de la estipulación, debe hacerlo sujeto al régimen que el promitente y estipulante han contemplado en el contrato que lo contiene.

Me explico.

a) Acuerdo arbitral por referencia

El derecho arbitral mexicano contiene un requisito de forma del acuerdo arbitral que lo extirpa de la regla general: el consensualismo. Para observar cómo se conjuga este requisito con la estipulación a favor de tercero, comencemos por observar qué dice la norma aplicable. El artículo 1423 del Código de Comercio dice:

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en docu-

³² GAILLARD GOLDMAN, Fouchard. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International. The Netherlands 1999. pp. 280 y 281. Traducción de “*In such cases (Representation) the principal is bound, and not its representative. In contrast, a stipulation in favor of a third party does not entail representation, and the beneficiary of that provision will therefore only be bound if it subsequently agrees to the specific method of dispute resolution. This explains why the Cour de cassation held in one case that a consignee was not bound by an arbitration clause contained in a bill of lading which had been accepted by the shipper but not by the consignee.*”

mento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil 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 la otra. *La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.* (Énfasis añadido).

Dicho precepto contiene dos géneros de acuerdos arbitrales. El ‘ortodoxo’: por escrito y firmado; y tres casos especiales. De los mismos, existe uno que relevante para los propósitos de este estudio: el acuerdo arbitral por referencia.

La incorporación por referencia es una institución facilitadora de la contratación. Permite enriquecer la relación jurídica entre partes contratantes mediante la alusión a otro contrato. El único requisito es que la referencia “implique” el acuerdo arbitral. Ello quiere decir que la alusión al contrato que contiene una cláusula arbitral *abarque* la misma. Se trata de un ejercicio interpretativo de la voluntad de las partes.

Si del análisis de los documentos se desprende que era (es) la intención de las partes que el acuerdo arbitral forme parte de los derechos y obligaciones que rigen a las partes en su relación jurídica, entonces estarán vinculados por dicho acuerdo arbitral.

La incorporación por referencia es útil con respecto a la estipulación a favor de tercero pues funge como engrane de unión entre el derecho civil y el derecho arbitral. Logra sincronía entre ambas *lex specialis*. Y de nuevo el ejercicio es interpretativo: ¿cuál fue la voluntad de las partes?

Si el estipulante *A* y el promitente *B* contemplaron un acuerdo arbitral en el contrato que contiene una estipulación a favor de un tercero *C*, buscaban que todas las disputas que surgieran del contrato fueran sometidas al arbitraje. Y ello incluye no sólo la relación entre *A-B*, sino también entre *A-C* y *B-C*. Por consiguiente, si, por ejemplo, existe una diferencia con respecto al cumplimiento de la promesa, *C* podría demandar a *A únicamente mediante arbitraje*, pues el acto que da origen al derecho así lo previó.

b) *Obligación del tercero de arbitrar al aceptar estipulación*

El régimen de la estipulación a favor de tercero está contenido en el contrato que le da origen. Sea que se trate del núcleo del derecho del tercero, o una cuestión accesoria, las fronteras de los derechos y obligaciones del tercero son aquellas contempladas por el contrato que hace nacer en su patrimonio el derecho. Luego entonces, sí, como parte de dicho régimen, se contempla la obligación de acudir al arbitraje, el tercero estará vinculado por la misma.

El tercero no tiene que aprovechar el derecho. Así lo prevé nuestro Código Civil³³. Sin embargo, de hacerlo, tiene que ajustarse a sus modalidades. Su régimen total.

No sólo son principios de la estipulación las que soportan la conclusión, sino principios generales de derecho. Por ejem-

³³ Artículo 1870 del Código Civil Federal.

plo, *ubi eadem ratio, idem ius*: donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición. El derecho/obligación consistente en que cualquier disputa surgida del contrato será canalizada al arbitraje es como cualquier otro que deriva del contrato. Sigue la misma suerte que el contenido de la estipulación misma. Después de todo, si el promitente y estipulante desearon que todas las controversias que puedan surgir del contrato se canalicen al arbitraje, ¿porqué habría una de las obligaciones bajo el mismo seguir una suerte distinta?

El eslabón propuesto en la cadena argumentativa descrita descansa en tres premisas: legal, jurisprudencial y doctrinal.

i) Legal

Dos artículos son relevantes: El 1870 y el 1872 del Código Civil. Empecemos por el artículo 1870 del Código Civil, que establece:

El derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes conservan de imponerle las **modalidades** que juzgue convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato. (Énfasis agregado).

Una ‘modalidad’ es el modo de ser o de manifestarse una obligación³⁴. Las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, tienen derecho a confeccionar el régimen de derechos y obligaciones de su relación jurídica en la forma que lo consideren adecuado. Siguiendo la clasificación

de GAUDEMONT³⁵, sea que busquen establecer modalidades sobre su *eficacia*, su *objeto* o relativas a los *sujetos* (activo y pasivo) de la obligación, las partes pueden confeccionar su relación jurídica como lo deseen. La estipulación a favor de tercero no es una excepción. Lo que es más, lo escueto de su regulación obedece justamente a eso. Permite que las partes (promitente y estipulante) diseñen su contrato sin que el derecho escrito les estorbe. Ello es buen Derecho. Una regulación más exigente podría friccionar a la institución con algunas de las especies de casos en los que se utiliza. Ante el género de situaciones en las que puede utilizarse –cuyo régimen atendería a la institución misma que se escoja³⁶– lo más sensato es establecer normas genéricas que sean de utilidad en todos los casos.

Entendido lo anterior, la moraleja es clara: *el contenido y alcance del derecho que se estipula a favor de un tercero está contenido en el contrato que lo contiene*. Mucho puede decirse sobre esto, me centraré en el régimen atinente a una de las tres relaciones que la estipulación involucra: la relación promitente-tercero.

Como resultado de la estipulación, el tercero tiene derecho a demandar del promitente el cumplimiento de la promesa. Ello es claro, y la doctrina es unánime al respecto. La duda que ello genera es cómo.

La respuesta también es clara: en *la forma que las partes lo hayan pactado*. Si las partes desearon que ello fuera ante un tribunal determinado, el tercero tendría que

³⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*. 3ª edición. Ed. Harla, México, D.F. 1984, p. 531.

³⁵ GAUDEMONT, Eugene. *Teoría General De Las Obligaciones*. 3ª edición. Ed. Porrúa, México, D.F. 2000, p. 451 et seq.

³⁶ Por ejemplo, PLANIOL Y RIPERT hacen una enumeración de los diversos casos en los que se utiliza (*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Las Obligaciones*. Ed. Acrópolis, México, D.F., 1998, Tomo Primero, pp. 496 y siguientes): seguros de vida, seguro por cuenta de otros, donaciones con cargo, inversiones del marido a favor de la mujer, estipulaciones en compras públicas de mercancías, estipulaciones en contratos de transporte, contratos colectivos de trabajo, títulos a la orden y portador, etcétera.

obedecer dicha disposición. Lo mismo ocurre si se pactó arbitraje: el tercero tendría que acatar dicha obligación de la misma manera en que tendría que acatar cualquier otra modalidad, excepción o cuestión que las partes hayan pactado como parte de la estipulación³⁷. El acuerdo arbitral es justamente eso. Es una obligación que tanto enriquece como limita el conjunto de derechos y obligaciones contenidos en la relación jurídica entre el promitente y el tercero³⁸. La obligación de someter al arbitraje la controversia es una más que nutre la relación que formará parte del régimen de la estipulación.

El segundo fundamento legal es el artículo 1872 del Código Civil, que establece:

El promitente podrá, salvo pacto en contrario, oponer al tercero las *excepciones* derivadas del contrato. (Énfasis agregado).

El acuerdo arbitral propicia una excepción procesal³⁹: aquella contenida en el artículo 1424 del Código de Comercio. Luego entonces, en caso de que el tercero demande ante un juez el cumplimiento de la estipulación del promitente, el promitente tendrá derecho a exigir que la pretensión se canalice por la ruta arbitral.

ii) Jurisprudencial

De la jurisprudencia existente sobre este tema no se encuentra una tesis que directamente aborde -y menos resuelva- este tema. Sin embargo, algunos principios contenidos en las ejecutorias existentes pueden ser de utilidad. Por ejemplo:

ESTIPULACIONES A FAVOR DE

LOS TERCEROS (LEGISLACION DE GUANAJUATO). Si el autor de una sucesión celebró un contrato de arrendamiento de un teatro con una persona, en el cual se estipuló que durante su vigencia, aquél, como arrendador, su esposa, hijos y familiares, tendrían entrada libre a todos los espectáculos, y uno de los beneficiarios de la obligación, siguió un juicio en contra del arrendatario para exigirle su cumplimiento, así como el pago consiguiente de los daños y perjuicios; y si por otra parte, la sentencia de segunda instancia que se reclama en el amparo, absolvió al demandado, por estimar que el derecho creado por esa estipulación, podía considerarse como parte del precio convenido del arrendamiento, que perteneció en forma exclusiva al arrendador, por lo que sólo éste o sus representantes legales podrían exigir el cumplimiento de la obligación correlativa, y no un tercero, aún siendo este último uno de los beneficiarios de la obligación, debe estimarse que no son jurídicas las consideraciones en que se apoya dicha sentencia y concederse la protección federal contra ella solicitada. En efecto, la cláusula del contrato de arrendamiento, por la cual se creó en favor de los familiares del arrendador, el derecho a entrar gratuitamente a los espectáculos que tuvieran lugar en el teatro, constituye lo que se ha denominado estipulación a favor de tercero. Los tratadistas han admitido como válida esta institución, y G. BAUDRY LACANTINERIE y COLIN y CAPITANT expresan, en sus

³⁷ Por ejemplo, una condición suspensiva. Si la promesa estaba sujeta a un acontecimiento futuro incierto, el tercero podría demandar del promitente únicamente si la misma se ha cumplido.

³⁸ Otro ejemplo es el plazo. Si se pactó que el cumplimiento de la promesa podía hacerse exigible en un plazo que ha transcurrido, el tercero se vería vinculado por el mismo.

³⁹ Artículo 1432 del Código Civil.

respectivas obras, entre otros principios, que la *estipulación* a favor de tercero *hace nacer para éste un derecho que puede ejercitar en contra del promitente*; principios que han sido acogidos por el Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, que, en sus artículos 1868, y siguientes, establece la posibilidad de hacer en los contratos, estipulaciones en favor de tercero, quien adquiere, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente, la prestación a que se ha obligado; que también el estipulante tiene derecho de exigir del promitente, en cumplimiento de la obligación; que el derecho del tercero nace en el momento en que se perfecciona el contrato, salvo la *facultad de los contratantes para imponer las modalidades que juzguen convenientes, siempre que consten expresamente en el mismo contrato*, y por último, que la estipulación puede ser revocada mientras el tercero no haya manifestado su voluntad de querer aprovecharla. Ahora bien, si la ley aplicable en el caso, es el Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato, debe decirse que aunque este cuerpo de leyes no contiene las disposiciones antes indicadas, a falta de ellas, con apoyo en los artículos 20 y 21 del mismo ordenamiento, puede resolverse el caso según los principios generales de derecho y en favor de quien trata de evitarse perjuicios, y no en el de quien pretende obtener lucro; por lo que si en el contrato de arrendamiento del teatro, se pactó que durante su vigencia el arrendador, su esposa, hijos y familiares tendrían entrada libre a todos los espectáculos, es de estimarse que el acceso gratuito a éstos fue parte integrante del precio

convenido para el arrendamiento, y por ello, la controversia debe resolverse en favor del quejoso, hijo del arrendador, ya que a él se le trata de causar perjuicios⁴⁰.

La porción resaltada es de utilidad. Y como puede observarse, apoya la postura a favor. El tercero tiene derecho a exigir del promitente la promesa, siempre que lo haga conforme al régimen de la misma pactada en el contrato que la contiene. Ello incluye el acuerdo arbitral.

iii) Doctrinal

Existe unanimidad en la doctrina en que dicho régimen está determinado por lo que establezca el contrato. Lo que el tercero puede demandar del prominente es lo que las partes (prominente y estipulante) hayan establecido en el contrato. Incluir en dicho principio al acuerdo arbitral es una extensión natural.

En resumen, el argumento central de la postura a favor es que el acuerdo arbitral es como cualquier otra disposición que el promitente y el estipulante hayan pactado en el contrato que rija la estipulación. Como tal, la obligación a arbitrar es una más que enriquece y rige el derecho que nace en el patrimonio del tercero.

El tercero no está obligado a beneficiarse de la estipulación. Pero si lo hace, tiene que aceptar todo su régimen, no sólo una parte. Lo contrario sería violatorio de la voluntad de las partes (prominente y estipulante) al diseñar el régimen de la estipulación. Querría decir que la estipulación puede, a voluntad del tercero, no estar sujeta a las modalidades que las partes hayan pagado en el contrato—contrario al artículo 1870 del Código Civil—y que el promitente no podría

⁴⁰ Amparo civil directo 7095/40, 8 de agosto de 1941, N° 353544, Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación LXIX, p. 2160.

oponer al tercero la excepción relacionada de arbitraje –contrario al 1872 del Código Civil–. Como dice Roca⁴¹:

El derecho del tercero en el contrato queda sujeto, cuando reclama al promitente, a todas las excepciones que éste oponga, fundadas en el contrato; en cambio no cabrán las excepciones extrañas al mismo, como, por ejemplo, la compensación.

Un destacado civilista francés contemporáneo recientemente ha estudiado el tema⁴². Al hacerlo, Christian Larroumet concluye que:

La cláusula compromisoria debe vincular al beneficiario de la estipulación a favor de tercero, lo cual significa que él la puede invocar y ésta puede ser invocada contra él. La razón obedece no sólo a que el derecho del beneficiario nace fuera de la aceptación como excepción al principio del efecto relativo de los contratos, sino, y sobre todo, por que dicho derecho no es más que lo que el promitente y el estipulante desearon que fuera. Di-

cho derecho resulta del contrato concluido entre ellos y no puede ser entendido fuera de dicho contrato. Por ende, si el promitente y el estipulante desearon una cláusula compromisoria, no parece posible descartarla en lo que concierne al tercero. Dicho de otra manera, de la misma manera que la naturaleza del arbitraje no permite hacer caso omiso de los principios que rigen la transmisión de un derecho o una obligación, tampoco puede prescindir aquéllos que son inherentes a la naturaleza de la estipulación a favor de tercero⁴³.

Como era de esperarse, LARROUMET pone el dedo en la llaga, y lo resuelve con una claridad conceptual envidiable.

3.4.5. Postulado

El (estimulante) debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero no debe extenderse a su efecto cuando se conjuga con un acuerdo arbitral. Sea que se le conciba como un contrato⁴⁴, un oferta⁴⁵, una declaración unilateral de voluntad⁴⁶, una gestión de negocios⁴⁷,

⁴¹ Estudios, tomo I, p. 229, citado por CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo Tercero, Derecho de Obligaciones, 16ª edición, Reus, S.A., Madrid, 1992, p. 756.

⁴² LARROUMET, Christian. *Promesse Pour Autrui, Stipulation Pour Autrui Et Arbitrage*, Revue de L'Arbitrage, Comité Français de L'Arbitrage, 2005, N° 4, p. 903.

⁴³ Mi traducción. Sus palabras exactas son "La clause compromissoire doit lier le bénéficiaire de la stipulation pour autrui, ce qui signifie qu'il peut l'invoquer comme elle peut être invoquée contre lui. La raison en est que, non seulement le droit du bénéficiaire naît en dehors de son acceptation par exception au principe de l'effet relatif des contrats, mais encore et surtout que ce droit n'est que ce que le promettant et le stipulant ont voulu qu'il soit. Ce droit résulte du contrat conclu entre eux et il ne peut être envisagé en dehors de ce contrat. Dès lors, si le promettant et le stipulant ont voulu une clause compromissoire, il ne paraît pas possible de l'écarter en ce qui concerne le tiers bénéficiaire. En d'autres termes, de même que la nature de l'arbitrage ne permet pas d'écarter les principes gouvernant la transmission d'un droit ou d'une obligation, il ne devrait pas non plus permettre d'écarter ceux qui sont inhérentes à la nature de la stipulation pur autrui." (id. p. 915.).

⁴⁴ Una excelente y persuasiva tesis profesional de un conocido experto (Miguel Ángel Hernández Romo) así lo defiende al aseverar: "La estipulación a favor de tercero es un contrato, absolutamente un contrato, exclusivamente un contrato" (*Naturaleza Jurídica de la Estipulación a Favor de Tercero*, Escuela Libre de Derecho, México, 1960, p. 83).

⁴⁵ Teoría en boga en el siglo XIX.

⁴⁶ Abogada por Henri Capitant.

⁴⁷ Como así lo defendía Labbé.

o una institución *sui generis*⁴⁸, la constante es que el tercero recibe la estipulación en la forma que fue contractualmente diseñada por las partes (promitente y estipulante). Ni más, ni menos.

El tercero no tiene las manos amarradas. Puede rechazar la estipulación. Pero si decide beneficiarse de la misma, debe hacerlo con sus cargas⁴⁹: *el que recibe el botín, acepta la carga*. El derecho que recibe del promitente y estipulante estará sujeto al régimen está contenido en el contrato. Y si el contrato contiene un acuerdo arbitral, el tercero habrá consentido en estar vinculado por el mismo. Como resultado, el acuerdo arbitral le es obligatorio de la misma forma en que el tercero puede hacerlo valer en contra del prominente y estipulante.

4. UN CASO EN EL QUE ALGO SIMILAR YA OCURRE: EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN


Un área donde algo similar a lo postulado ya ocurre es el arbitraje de inversión. Dicha institución permite que un tercero (el inversionista) demande a un ente (el Estado huésped de la inversión) sin que exista un acuerdo arbitral *ortodoxo*. Se basa en un acuerdo arbitral contenido *unilateralmente* en un tratado de inversión que brinda derecho de acción a inversionistas calificados para recurrir actos gubernamentales

que violan normas protectoras a la inversión contenidas en el tratado de inversión en cuestión. Si se observa, nunca existe un acuerdo arbitral por *escrito y firmado* por ambas partes. Como agudamente lo hizo ver un reconocido experto, nunca existe relación contractual (*privity of contract*)⁵⁰.

El volumen actual de casos de inversión es tal que no podría culparse al observador cotidiano por perder de vista la importancia y trascendencia del fenómeno. Constituye una refinación del paradigma en vigor, similar a aquella por la que aboga este ensayo⁵¹.

Su cita en este contexto es relevante pues el arbitraje de inversión brinda una solución basada en Derecho (no fuerza⁵²) a un problema social delicado⁵³. Si en dicho contexto se logró, también puede lograrse en el contexto privado, como así lo defiende este ensayo.

5. CONCLUSIÓN

Quien recibe el botín, recibe la carga. Y si la ‘carga’ incluye un acuerdo arbitral, el tercero podrá y deberá hacer valer sus derechos bajo el acto en cuestión mediante el arbitraje. De aceptar el postulado, habremos puesto a disposición del arquitecto jurídico sofisticado una herramienta legal adicional para diseñar actos jurídicos no solo complejos, sino eficaces. Ingeniería jurídica en su mejor expresión. 

⁴⁸ Como así lo defienden tanto Planiol y Ripert como los hermanos Mazeaud (Planiol y Ripert, ob cit. pg. 405; LEÓN HENRI y Jean MAZEAUD. *Lecciones De Derecho Civil, Cumplimiento, Extinción y Transmisión de Las Obligaciones*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Parte Segunda, Volumen III, p. 79).

⁴⁹ El término ‘carga’ es utilizado en su forma común, no técnica bajo el derecho de las obligaciones (conducta que se impone al beneficiario de una liberalidad (artículo 2368 del Código Civil para el Distrito Federal)).

⁵⁰ PAULSSON, Jan. *Arbitration Without Privity*. 10 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal. 232 (1995).

⁵¹ En forma relevante, en un artículo reciente analizo la naturaleza de los derechos contenidos en tratados de inversión: *Investor Rights: Substantive or Procedural?* (ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, vol. 26, number 2, Autumn 2011). La relevancia con este ensayo reside en que la incógnita que busca disipar el ensayo citado tiene como origen precisamente el hecho que son terceros (los inversionistas demandantes) quienes ejercen mediante el arbitraje derechos contenidos en un documento del que no son parte (el tratado de inversión).

⁵² Para un comentario sobre la historia, economía y sociología del fenómeno, véase GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Arbitraje de Inversión y América Latina*, visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.

⁵³ Para abundar sobre ello, véase *Arbitraje de Inversión*. Ed. Porrúa, México, D.F., 2009.

LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE A TERCEROS: REALIDADES ECONÓMICAS Y FICCIONES JURÍDICAS (*)

FRANCISCO ORREGO VICUÑA (**)

SUMARIO: *1. En búsqueda de la realidad económica subyacente al acuerdo de arbitraje. 2. De filial ficticia a sociedad matriz real: Extensión del acuerdo de arbitraje. 2.1. Identificando las excepciones a la personalidad societaria. 2.2. Control integral de la sociedad matriz. 2.3. Compatibilidad con el orden público. 3. De sociedad matriz a filial operativa: No extensión del acuerdo de arbitraje. 3.1. Inexistencia de un acuerdo de arbitraje respecto a la filial. 3.2. Ausencia de intención vinculante. 3.3. Inaplicabilidad de las teorías jurídicas comunes. 3.4. Solución del Derecho Suizo. 3.5. Vinculación operativa e interés económico sustantivo. 4. Extensión del acuerdo de arbitraje a inversiones indirectas. 4.1. Realidad de los vehículos de inversión y acuerdo de arbitraje. 4.2. Interpretación de los tratados a la luz de la práctica estatal. 4.3. El punto de quiebre de la cadena societaria y la extensión del acuerdo de arbitraje. 5. Una realidad económica prevalente.*



1. EN BÚSQUEDA DE LA REALIDAD ECONÓMICA SUBYACENTE AL ACUERDO DE ARBITRAJE

Tres casos recientes en los que este autor ha tenido el privilegio de participar, cuya identificación debe permanecer anónima por causas de confidencialidad, revelan algunas crecientes complejidades relativas a la extensión de la cláusula de arbitraje a terceros, tanto cuando ella se acoge como cuando se rechaza. Dos de los casos corresponden a procedimientos ante la Cámara

Internacional de Comercio, en tanto que el tercero corresponde a un arbitraje bajo las reglas de UNCITRAL.

Podrá observarse que el problema de fondo en los tres casos, como en la mayoría en que esa materia se suscita, radica en determinar primero cuál es el interés real que debe vincularse mediante acuerdo de arbitraje, lo que significa en definitiva identificar la realidad económica subyacente a la relación contractual. Simultáneamente deberá determinarse, si acaso ese interés debe prevalecer sobre ficciones jurídicas que se

(*) Este trabajo también fue publicado en *El Tratado de Derecho Arbitral "El convenio Arbitral"*, Tomo I, 2011.

(**) Profesor en la Facultad de Derecho y el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Presidente del Instituto de Derecho Internacional.

originan en parte en cuestiones de la personalidad jurídica de las sociedades y, también en parte, en materias tales como nacionalidad y otras. Toda conclusión de un tribunal deberá en definitiva basarse en estas consideraciones.

El problema fue bien identificado en el caso *GOETZ C. BURUNDI*, en el que el se sostuvo que: “...le Tribunal observe que la *jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l'étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables investisseurs*”¹.

2. DE FILIAL FICTICIA A SOCIEDAD MATRIZ REAL: EXTENSIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

En el primer caso CCI una compañía colombiana recurrió al arbitraje en contra de una empresa multinacional establecida en Venezuela. Sostuvo el demandado que el contrato que contenía la cláusula había sido firmado por una sucursal del reclamante constituida en Venezuela, por lo que el demandante no podía ejercer la acción en contra de ese demandado. Para el demandante, en cambio, esa sucursal no era una persona jurídica independiente del reclamante sino solamente una entidad filial constituida en conformidad a la ley de Venezuela.

Por otra parte, afirmaba el demandado que la empresa contra la que se ejercía la acción tampoco era signataria del contrato y, por consiguiente, no podía verse obligada por la cláusula de arbitraje. El signatario era una entidad diferente, con

personalidad jurídica enteramente independiente, lo que impedía al tribunal extender los efectos del acuerdo de arbitraje a ese tercero.

El demandante argumentaba que la competencia del tribunal debía extenderse a ambas entidades por estar indisolublemente vinculadas. Además, la entidad signataria era una mera pantalla, que carecía de los elementos esenciales de una sociedad independiente. En todo momento, se afirmaba, el demandante había tratado con la sociedad multinacional que se demandaba y no con una entidad irrelevante, quizás creada para afectar los intereses del reclamante.

Curiosamente, también el demandante había operado para los efectos del contrato mediante una agencia constituida en Venezuela. Sin embargo, este punto no fue difícil de resolver pues, como es el caso frecuente, el Código de Comercio de Venezuela dispone en su artículo 354, párrafo 2, que las sucursales de sociedades constituidas en el extranjero, como también algunas otras actividades comerciales, mantienen su nacionalidad y serán consideradas domiciliadas en el país. Esa y otras disposiciones confirmaban que tales sucursales eran meras extensiones de la sociedad matriz, por lo cual, el tribunal acogió el argumento del demandante en cuanto a ser la entidad matriz la que tenía el control real de la relación contractual y podía entonces ser propiamente quien ejerciese la acción.

Quien era el demandado apropiado, era una materia más compleja de resolver. Es bien conocida la abundante literatura y jurisprudencia sobre la responsabilidad de grupos de sociedades, las relaciones entre

¹ *Antoine Goetz et consorts v. Republique du Burundi*, Sentence, 1999, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 15 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* (2000), p. 457.

matriz y filial y todas sus combinaciones². Diferentes son los criterios que se han invocado para admitir o rechazar esas conexiones y sus eventuales consecuencias jurídicas, particularmente en cuanto a la extensión de la cláusula de arbitraje³.

La regla en esta materia ha sido y continúa siendo que los jueces y árbitros deben respetar las personalidades jurídicas diferentes y, por consiguiente, que la cláusula de arbitraje solo tendrá efectos respecto de las partes en el contrato. Sin embargo, no es menos cierto que las realidades contemporáneas de los negocios han llevado al reconocimiento de muchas excepciones a esa regla. Crecientemente, partes que no han sido expresamente mencionadas en el contrato pueden invocar en su favor los derechos emanados de tal acuerdo y verse sometidas a sus obligaciones.

2.1. Identificando las excepciones a la personalidad societaria

Algunas de esas excepciones se refieren a casos en que una personalidad jurídica separada es creada con la intención

de quebrantar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar los derechos de terceros⁴. La necesidad de evitar un fraude jurídico normalmente justifica estas excepciones⁵.

Otras excepciones, sin embargo, han sido aceptadas en decisiones de las cortes de justicia y de los tribunales de arbitraje sin que haya relación con algún propósito avieso. En muchos casos se requiere de la existencia de una intención, aún cuando implícita, de que todas las partes, inclusive las que no han firmado el contrato, desean que se les aplique tanto ese contrato como la cláusula de arbitraje⁶. El papel que hayan tenido esos no signatarios en la conclusión y ejecución del contrato será determinante de la existencia de esa intención⁷. En ocasiones, la imposibilidad de distinguir claramente entre las entidades intervinientes, real o aparente, ha sido una razón para ese reconocimiento⁸. La intervención de la sociedad matriz en la administración de las actividades de su filial, aún sin relación con actividades fraudulentas o ilícitas, ha sido considerada por recientes desarrollos legislativos y jurisprudenciales⁹.

² Phillip I. BLUMBERG and Kurt A. STRASSER: *The Law of Corporate Groups. Enterprise Liability*, 1998; José Engracia Antunes: *Liability of Corporate Groups*, 1994; Carolyn B. Lamm and Jocelyn A. Aqua: "Defining the Party-Who is the Proper Party in an International Arbitration Before the American Arbitration Association and Other International Institutions", ICC, AAA, ICSID: 18th Joint Colloquium on International Arbitration, Paris, 16 November 2001.

³ José ENGRACIA ANTUNES, cit., Capítulo 3: "Intragroup Liability in Comparative Law", especialmente en pp. 240-248; Daniel Cohen: *Arbitrage et Société*, 1993, pp. 273-285; Juan M. Dobson: "Lifting the veil" in four countries: the law of Argentina, England, France and the United States", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, 1986, pp. 839-863.

⁴ Argentina, artículo 54, párrafo 3, de la Ley 19.550 sobre sociedades, según modificada por la Ley 22.903 (1983); Ricardo Ludovico Gulminelli: *Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, 1997.

⁵ Jorge ANGELL: "Piercing the Corporate Veil: A Spanish Perspective", *The Comparative Law Yearbook of International Business*, Vol. 15, 1993, 341-351, pp. 343-345; CCI, Laudo en el caso N° 5730, 1988, *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, p. 410.

⁶ CCI, Laudo en el caso N° 7626, 1995.

⁷ CCI, Laudo en el caso N° 4131, *Dow Chemical v. Isover Saint-Gobin*, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, 146, 465. Para un análisis de las decisiones en esta materia véase CCI, Laudo en el caso N° 6519, 1991, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, p. 420.

⁸ CCI, Laudo en el caso N° 5103, 1988, *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, 361.

⁹ Karl HOFSTETTER: "Parent responsibility for subsidiary corporations: Evaluating European Trends", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39, 1990, pp. 576-598, con particular referencia al derecho alemán, francés y de la Comunidad Europea".

2.2. Control integral de la sociedad matriz

La evidencia en el caso que se comenta, apuntaba claramente en la dirección de una relación estrecha e inseparable entre la sociedad multinacional y su filial venezolana. Antes de la firma del contrato, todas las relaciones de trabajo y jurídicas entre la parte demandante y la sociedad demandada habían sido con la sociedad multinacional en cuestión. Las negociaciones conducentes al contrato se llevaron a cabo con esta última, la que también efectuó todos los pagos debidos en una etapa inicial. Los ejecutivos de la sociedad multinacional y de su filial eran los mismos. Significativamente, el mayor número de reuniones relativas a la materialización del proyecto se efectuaron en la sede de la sociedad multinacional en el Reino Unido.

También mostraba el expediente en este caso, que la filial venezolana se constituyó específicamente para aprovechar algunas exenciones del Impuesto al Valor Agregado en Venezuela, lo que es, una situación común en la estructuración de negocios internacionales, sin que ella tenga ninguna connotación fraudulenta. Para todo otro propósito, el proyecto concebido era administrado por la sociedad multinacional, a la que igualmente se dirigían los reclamos y correspondencia del demandante. También fue esa sociedad multinacional la que asumió las garantías de la responsabilidad civil en el contexto de la transferencia de algunos instrumentos del proyecto a la filial venezolana. De este conjunto de elementos cabía razonablemente concluir que la extensión de la cláusula de arbitraje a la entidad multinacional señalada se justificaba plenamente.

La doctrina y la jurisprudencia han sido explícitas en advertir que el hecho de que signatarios y no signatarios de un contrato pertenecen al mismo grupo de compañías no es por sí, suficiente para justificar la extensión de la cláusula arbitral¹⁰. En este caso, sin embargo, la entidad a la que se hacía extensiva la cláusula no sólo era la empresa matriz de la filial sino más específicamente su mente y alma del proyecto, así como parcialmente el cuerpo del mismo. De ahí que matriz y filial fueran considerados instrumentos específicos en función del logro de un objetivo legítimo y ambas debían ser consideradas las entidades demandadas.

2.3. Compatibilidad con el orden público

Aún cuando bajo el artículo 6.2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI esa determinación habría sido suficiente para que el árbitro considerase resuelta la objeción a su competencia, éste de todos modos examinó la conclusión a la luz del orden público venezolano para evitar así toda posibilidad de conflicto. En este contexto llegó a la conclusión de que nada se oponía a ese orden público.

En efecto, la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 dispone no sólo que el tribunal está facultado para decidir acerca de su propia competencia sino, más específicamente aún, lo está para decidir acerca de la existencia y validez del acuerdo de arbitraje¹¹. Igualmente prevé la Ley el caso de arbitrajes conducidos bajo el marco de las cámaras de comercio y otras entidades, los que serán regidos por las normas y reglamentos de esas entidades, garantizando así la plena conformidad del derecho venezolano con el

¹⁰ CCI, Laudo en el caso N° 5721, 1990, Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990, p. 400.

¹¹ Venezuela, Ley sobre Arbitraje Comercial, 7 de Abril, 1998, Gaceta Oficial, N° 36.430, 7 de Abril de 1998, artículo 7.

Reglamento de Arbitraje de la CCI¹².

Igualmente importante es destacar que la Ley Venezolana sobre Derecho Internacional Privado de 1998, además de prever la aplicación del derecho escogido por las partes en las obligaciones contractuales, dispone la aplicación de las normas, costumbres y principios del derecho internacional comercial cuando resulte pertinente¹³. Esta conexión del derecho venezolano con la *lex mercatoria* es particularmente relevante cuando la decisión debe atender a las necesidades de la justicia y la equidad en la solución de un caso¹⁴.

La norma general del derecho venezolano en materia de personalidad jurídica es aquella del artículo 201 del Código de Comercio, en cuanto prevé que la entidad en cuestión gozará de una personalidad diferente de la de sus socios. Si bien en Venezuela, como en muchos países de la región, no existe una norma específica que permita sobrepasar la personalidad societaria o re-

currir a mecanismos similares, el tema no ha estado enteramente ausente. La influencia del derecho argentino en esta materia ha sido importante en cuanto permite prescindir de la personalidad societaria en caso de que tenga por intención violar el derecho, el orden público o la buena fe o frustrar los derechos de terceros, enfoque que ha sido considerado en el Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales de Venezuela¹⁵.

Por otra parte, también el régimen de inversiones extranjeras contempla el concepto de grupos de sociedades y las relaciones entre matriz y filial desde 1986¹⁶, como igualmente la Decisión N° 291 de la Comunidad Andina de 1991, de la que Venezuela es parte, se ocupa del control de empresas nacionales por inversionistas extranjeros¹⁷. Diversas leyes especializadas, en particular aquellas sobre el Mercado de Capitales¹⁸, Bancos e Instituciones Financieras¹⁹, Promoción y Protección de la Competencia²⁰ y Emergencia Financiera²¹, descansan sobre similares conceptos, con particular referen-

¹² Ricardo HENRÍQUEZ LA ROCHE: *El Arbitraje Comercial en Venezuela*, 2000, pp. 87-98.

¹³ Venezuela, Ley sobre Derecho Internacional Privado, 6 de Agosto de 1998, Gaceta Oficial, N° 36.511, 6 de agosto de 1998, artículos 29, 31.

¹⁴ *Ibid.*, artículo 31.

¹⁵ Venezuela, Proyecto de Ley sobre Sociedades Comerciales, 1987, según se analiza en Alfredo Morles Hernández: *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. II, 2000, pp. 778-782, 811-826, con particular referencia al artículo 225.

¹⁶ Venezuela, Decreto N° 1200, 16 de Julio de 1986, Gaceta Oficial, N° 3881, 29 de agosto de 1986, artículo 22.

¹⁷ Comunidad Andina, Decisión N° 291 sobre el Régimen de Tratamiento Común de Capital Extranjero, Lima, 21 de marzo de 1991.

¹⁸ Venezuela, Comisión Nacional de Valores, Normas sobre Ofertas Públicas, Gaceta Oficial, N° 31.205, 29 de marzo de 1977; Normas sobre Consolidación de Estados Financieros N° 76-97, 25 de marzo de 1997, Gaceta Oficial, N° 36.217, 30 de mayo de 1997.

¹⁹ Venezuela, Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, Decreto-Ley N° 3.228, 28 de octubre de 1993, Gaceta Oficial, N° 3.228, 28 de octubre de 1993, según las explicaciones de Alfredo Morles Hernández: *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. I, 1998, pp. 606-647.

²⁰ Venezuela, Ley sobre la Promoción y Protección de la Competencia, enero de 1992, artículo 11, según las explicaciones de Claudia Curiel Leindez: "Los Elementos que conforman el régimen de fusiones en Venezuela", en Luis Tineo y Julia Barragán (eds.): *Los dilemas de la competencia*, 1999, pp. 219-259.

²¹ Venezuela, Ley Especial sobre la Protección de Depósitos y Regulación de Emergencia de Instituciones Financieras, 8 de marzo de 1994, Gaceta Oficial, N° 35.418, 10 de marzo de 1994, artículo 26; Ley sobre Regulación de la Emergencia Financiera, 21 de marzo de 1996, Gaceta Oficial, N° 35.941, 17 de abril de 1996, artículo 16; Decreto-Ley sobre Impuestos a la Deuda Bancaria, 1999, artículo 16, según las explicaciones de Levis Ignacio Zerpa: "El Abuso de la Personalidad Jurídica en la Sociedad Anónima", agosto de 1999, <http://www.zur2.com/users/fipa/fjcp/116/zerpa.htm>.

cia al control y administración societaria.

Cabe también destacar que la jurisprudencia de los tribunales venezolanos comienza a aplicar tales conceptos en caso de que la personalidad jurídica pueda llevar a resultados manifiestamente injustos contrarios al derecho, ya sea en casos de derecho de familia²² o asuntos tributarios²³. La naturaleza del caso o del negocio de que se trate será el factor determinante que justifique estas excepciones a la regla general.

Un factor adicional de complejidad en este caso, fue el hecho de que una multinacional con sede en los Estados Unidos, actuando a través de una entidad intermediaria, adquirió las inversiones energéticas de la entidad multinacional original que participaba en el proyecto en Venezuela. En la medida en que esa transacción involucraba que la nueva entidad propietaria asumía las responsabilidades de la original también tendría responsabilidad por el pago de las sumas resultantes del Laudo. Esta materia, sin embargo, no llegó a decidirse en el arbitraje que se comenta pues había todavía contratos inconclusos entre compradores y vendedores.

3. DE SOCIEDAD MATRIZ A FILIAL OPERATIVA: NO EXTENSIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

Un segundo caso de arbitraje CCI, suscitó igualmente aspectos de interés en cuanto a los alcances del acuerdo de arbitraje, pero llevando esta vez a la conclusión contraria, en cuanto no se justificaba exten-

der la cláusula a un tercero.

Una reorganización interna de la parte demandada principal llevó a que una filial, que no había firmado el contrato pertinente, asumiera la competencia para gestionar todas las operaciones de corto plazo, incluida la gestión operacional del contrato. Para la parte demandante la situación creada involucraba que ambas entidades actuaran como si fueran una sola parte, asumiendo así conjuntamente las obligaciones contractuales.

Para la parte demandante lo anterior revelaba la existencia en este caso de un grupo de sociedades relacionadas, en que la demandada principal tenía todas las acciones de la filial, a la vez que, existía una unidad en la dirección de ambas entidades. En opinión de la demandante, debido a que el artículo 6.2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI no exige para intervenir en el procedimiento que se haya firmado la cláusula de arbitraje, la extensión de esta última se justificaba jurídicamente a la luz de las teorías del contrato de agencia, la del *alter ego*, la sucesión o la del grupo de empresas. Se invocó a este respecto la jurisprudencia de los tribunales de la CCI reconociendo la teoría del “grupo empresario”²⁴, igualmente confirmada por las decisiones de los tribunales nacionales pertinentes.

Igualmente se justificaba por la parte demandante la extensión de la cláusula de arbitraje por el hecho de que haya existido una sustitución entre la demandada y su filial, traduciéndose en una circulación de la obligación contractual con el resultado de que ambas entidades habían compartido el

²² Zerpa, cit, en nota 32 y texto relacionado.

²³ *Ibid.*, nota 33 y texto relacionado.

²⁴ Laudo CCI en el caso N° 6162/1990, Recueil des Sentences arbitrales de la CCI 1991-1995, p. 75-85, Laudo CCI en el caso N° 4604/1984, Recueil des Sentences arbitrales de la CCI 1974-1985, p. 546, y el Laudo en el caso CCI N° 4472/1984, Recueil des Sentences arbitrales de la CCI 1974-1985, p. 525.

contrato. De ahí que la cláusula arbitral pudiera extenderse, si se puede presumir que las entidades vinculadas comercialmente conocían y aceptaban la cláusula compromisoria. La consecuencia jurídica de lo anterior sería que debía entenderse que ambas entidades eran solidariamente responsables y deberían responder solidariamente de los montos reclamados.

La filial demandada discrepó de las razones invocadas para justificar su legitimación pasiva, argumentando que la excepción de incompetencia por ella suscitada debía acogerse por dos razones principales. La primera es la ausencia de una cláusula de arbitraje entre esa filial y las partes en el Contrato. La segunda razón es que la cláusula del contrato no era oponible a tal filial.

3.1. Inexistencia de un acuerdo de arbitraje respecto de la filial

Exponía la filial demandada que la demandante no había demostrado la existencia de una cláusula de arbitraje que vinculase a la primera con las partes en el contrato, la que obligaba únicamente a esas partes. Se argumentó en apoyo de este punto de vista que puesto que el derecho aplicable a la cláusula de arbitraje puede ser diferente del que se aplique al fondo de la controversia, según lo reconoce el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, así como una jurisprudencia abundante de la CCI²⁵, correspondía otorgar prioridad a la legislación del país sede del arbitraje, que en este caso era Suiza.

La Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, que en virtud de su artículo 176 (1) se aplica a todo arbitraje cuyo tribunal tenga su sede en ese país y reúna otras condiciones también presentes en este caso, condiciona en su artículo 178 (1) la validez formal de la cláusula de arbitraje a que ella conste por escrito como prueba de la expresión del consentimiento de las partes, como también lo han corroborado varias sentencias de la CCI²⁶. Además, a la fecha de suscripción del contrato la filial en cuestión no existía, por lo que, difícilmente podría haber expresado su consentimiento respecto de un arbitraje entre sus partes, ni estas podían tener la intención de vincularla. Ningún contrato o documento posterior vinculaba tampoco a la filial a esa cláusula a pesar de que hubo numerosas oportunidades de expresar un consentimiento en ese sentido si éste hubiese existido. Concluía la filial demandada que la extensión de la cláusula de arbitraje a su respecto encontraba un obstáculo insuperable en el hecho de no haberse dado cumplimiento a la condición de validez formal exigida por la legislación suiza.

El segundo argumento invocado en apoyo de la excepción de incompetencia, era que en todo caso la cláusula arbitral no era oponible a la filial demandada pues esa sociedad carece de todo poder de negociación respecto de la relación contractual entre las partes en el contrato, ni debe responder de las decisiones de la demandada principal. El hecho de que la demandante considerase que tal filial era el gestor operacional del contrato y gozaba de autonomía para los efectos de la programación, facturación y reclamación de pagos, no alteraba que el papel que

²⁵ Laudo parcial en el caso CCI Nº 10818/2001, Bulletin CCI, Vol. 16, Nº 2, 2005, pp. 94-98 y Laudo Final en el caso CCI Nº 10758/2000, Bulletin CCI, Vol. 16, Nº 2, 2005, pp. 87-94.

²⁶ Laudo en el caso CCI Nº 2138/1974, Recueil des Sentences arbitrales de la CCI 1974-1985, p. 242; Laudo en el caso CCI Nº 10758, cit.

esa filial tenía, se limitaba a modificaciones eventuales de algunos aspectos meramente técnicos. De esta manera, la filial se limitaba a cumplir las instrucciones de la demandada principal en cuanto a llevar a cabo algunas tareas, siendo esta última la única responsable de dar cumplimiento a las obligaciones contractuales con la demandante.

3.2. Ausencia de intención vinculante

Una segunda consideración por la que la filial afirmaba que la cláusula de arbitraje no le era oponible era de carácter jurídico. Se explicaba en este aspecto que las partes en el contrato nunca habían manifestado la intención clara y manifiesta de vincular a la filial al contrato, ni a su cláusula de arbitraje, como lo exige la Ley suiza de Derecho Internacional Privado aplicable y el artículo 18 del Código suizo de Obligaciones respecto de la interpretación de los contratos. También la jurisprudencia de la CCI se ha pronunciado en el mismo sentido, con particular referencia a la necesidad de interpretar las cláusulas de arbitraje de manera estricta.

La ausencia de una intención de vincular a la filial al contrato se veía confirmada por el hecho de que ninguno de los numerosos instrumentos complementarios a ese contrato le impuso obligación alguna ni tampoco le confirió ningún derecho. Ello explica que todas las comunicaciones por las que la demandante reclamaba supuestos incumplimientos de obligaciones o indemnizaciones se dirigían únicamente a la demandada principal, incluida la correspondencia intercambiada durante el período litigioso. El hecho de que algunos ejecutivos de la demandada principal pudiesen desempeñar también funciones en la filial, cuyo alcance específico se discutía, en nada afectaba la personalidad jurídica separada de ambas sociedades.

La filial concernida tampoco compartía las justificaciones indicadas por la demandante respecto de la necesidad de tenerla como demandada en este arbitraje. El objetivo de contar con información que pudiese tener esa sociedad podría satisfacerse convocando a sus representantes como testigos. El propósito de evitar una eventual frustración de la ejecución de la sentencia tampoco es un motivo que justifique la extensión de la cláusula de arbitraje en ausencia de las exigencias jurídicas requeridas para tal efecto.

3.3. Inaplicabilidad de las teorías jurídicas comunes

En opinión de la filial, ninguna de las teorías jurídicas invocadas por la demandante para justificar la extensión de la cláusula de arbitraje encontraba aplicación en este caso. En primer lugar, los derechos que derivan del contrato no habían sido objeto de cesión o transmisión alguna, permaneciendo la demanda principal como la única titular de los derechos y obligaciones contractuales. Tampoco resultaba pertinente la teoría del grupo de sociedades pues consta expresamente que únicamente la demandada principal tenía obligaciones respecto de la demandante, ni presenta esa demandada problema alguno de solvencia. Estas teorías tampoco eran aplicables a la luz del derecho suizo, como lo establece la jurisprudencia de la CCI²⁷.

Igualmente se hizo presente por la filial señalada que la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica busca extender la cláusula de arbitraje de una sociedad subsidiaria a su matriz, pero en este caso la situación era la inversa. Tampoco había en este caso confusión entre las dos sociedades ni abuso de la personalidad jurídica.

²⁷ Véase nota 26 supra.

3.4. Solución del Derecho Suizo

El Tribunal constató que era un hecho aceptado por ambas partes que la filial no había firmado la cláusula arbitral contenida en el contrato, como tampoco ninguno de los contratos complementarios, ni dichos contratos mencionan a la filial como parte. Solo cabía por consiguiente examinar si hubiese alguna razón jurídica o de hecho, que pudiese justificar la extensión de dicha cláusula a un tercero.

El hecho de que el Tribunal tuviese su sede en Ginebra daba lugar a una vinculación jurídica específica con la legislación suiza, siendo los tribunales de ese país los que debían conocer eventualmente de aspectos importantes relativos a este procedimiento arbitral. El artículo 176 (1) de la Ley federal sobre Derecho Internacional Privado de 1987, invocada por la filial, dispone que *«Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile ni sa résidence habituelle en Suisse»*.

Ninguna de las partes en este procedimiento tenía ni tiene su domicilio o residencia habitual en Suiza, por lo que, se reunían todas las condiciones para la aplicación de esa disposición. Es generalmente aceptado que la legislación aplicable a la cláusula de arbitraje no tiene necesariamente que ser la aplicable al fondo de la controversia, razón por la cual, tampoco existía incompatibilidad alguna entre la aplicación de la Ley federal indicada a la cláusula de arbitraje, con la ley aplicable al fondo que el tribunal determinó en un Laudo parcial. El derecho aplicable escogido fue de los principios comunes de las legislaciones de España y

Francia, países cuya nacionalidad tiene cada parte respectivamente, y respecto de aquellos aspectos en que no se disponga de tales principios se aplicarían los Principios de UNIDROIT sobre los contratos internacionales.

En este aspecto el Tribunal decidió, por consiguiente, que la Ley federal suiza de Derecho Internacional Privado de 1987 era la ley aplicable a la convención o cláusula de arbitraje.

El artículo 178 (1) de esa Ley, también invocado por la filial en cuestión, prevé que la validez de la convención de arbitraje está sujeta a la condición formal que el consentimiento de las partes sea probado por escrito. El artículo dispone: *«Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte»*.

Esa condición de validez formal no se reunía en este caso. Es efectivo, como lo argumentó la demandante, que en numerosos casos conocidos por tribunales de arbitraje y por tribunales nacionales en ejercicio de sus facultades de control se ha admitido que la cláusula de arbitraje se extienda a entidades terceras, especialmente en virtud de la teoría del grupo de sociedades u otras que buscan identificar a la entidad que en definitiva pueda ser responsable de las actuaciones controvertidas y de sus consecuencias.

Sin embargo, esa teoría no encuentra el mismo grado de receptividad en los tribunales suizos²⁸, que han sido tradicionalmente más exigentes respecto del cumplimiento de la condición de validez formal indicada. El Tribunal Federal suizo, sin embargo, ha determinado en una ocasión que la exten-

²⁸ Poudret-Besson, *Comparative Law on International Arbitration*, Thomson/Schultess, 2, 2007, p. 258.

sión del convenio de arbitraje a una entidad tercera, no es una materia de forma sino de fondo²⁹, lo que permitiría eventualmente alcanzar una conclusión diferente a la luz de lo dispuesto en el artículo 178 (2) de esa Ley: «*Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse*». Pero esta no pareciera ser aún la doctrina siempre aceptada en Suiza³⁰.

A la luz de esas consideraciones el Tribunal concluyó que no era procedente la extensión de la cláusula de arbitraje a la filial demandada en el contexto de este caso y a la luz de la Ley federal de Derecho Internacional Privado que se identificó como la legislación aplicable a esa cláusula.

3.5. Vinculación operativa e interés económico sustantivo

No obstante lo anterior, es también un hecho reconocido que la filial había intervenido en la ejecución del contrato que vinculaba a las partes mediante el desempeño de diversas funciones operacionales. La demandante manifestaba en este sentido una inquietud legítima en cuanto a la necesidad de asegurar que este procedimiento no prescindiera de cierta información de que pudiera disponer esa filial, como tampoco que la ausencia de esa entidad del procedimiento pudiese traducirse en que se diluya la responsabilidad que pudiera eventualmente establecerse en relación al cumplimiento de obligaciones contractuales. Esta es una materia que el tribunal también debía considerar a la luz de las alegaciones de las partes que se han expuesto.

La primera característica de la participación de la filial en la ejecución contractual que debe tenerse presente es que su intervención fue, como la describió la demandante, la de un gestor operacional, con responsabilidades relativas a la programación de algunos aspectos, la facturación y los cobros pertinentes. Esa intervención operacional era una de carácter técnico y administrativo y no guardaba relación con la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones existentes en el contrato y otros instrumentos relacionados.

Fue la propia demanda principal la que definió los términos de la intervención de su filial, señalando que la primera « a confié a [la filial] un mandat de gestion opérationnelle des contrats de long terme... [La demandada principal] *demeure évidemment le titulaire de ces contrats et continuera à remplir pleinement ses droits et obligations vis-à-vis de votre société.* ». Un mandato de esta naturaleza no permitiría una intervención que trascienda el ámbito de lo meramente técnico y no podría traducirse en que la filial interviniese en las decisiones relativas a la ejecución jurídica del contrato o su interpretación, responsabilidades que continuaron siendo propias de la demandada principal. Además, antes del período relevante para este litigio, aparentemente la filial había sido privada de algunas de estas funciones de carácter administrativo.

En la medida en que la información de que dispusiese la filial en las materias propias de su intervención fuera relevante para la controversia, sería la demandada principal como mandante quien tendrá la obligación de entregarla. Esta última indicó en sus argumentos, además, que los ejecutivos

²⁹ Tribunal Federal, 16 de octubre de 2003, ATF 129 III 727.

³⁰ Favorable a esa doctrina es la opinión de L. Lévy y E. Geisinger, *Revue de l'arbitrage*, 2004, 707; contraria es la de J. F. Poudret, *Boletín ASA*, 2004, 390.

de la filial podrían siempre ser convocados como testigos para ser interrogados. Se consideró así por el tribunal que las obligaciones de información que la demanda principal tenía respecto de sus propias decisiones y de aquellas de su mandatario y sociedad filial eran suficiente garantía de que la inquietud manifestada por la demandante a este respecto fuese debidamente atendida en este arbitraje.

Otra inquietud suscitada por la demandante se refería a la necesidad de que no se diluyesen las respectivas responsabilidades de la demandada principal y su filial que pudieran determinarse como consecuencia de incumplimientos contractuales. La declaración señalada de la demandada principal en cuanto que ella *«demeure évidemment le titulaire de ces contrats et continuera à remplir pleinement ses droits et obligations vis-à-vis de votre société.»* resultaba relevante para considerar que la filial no podía tener en el contexto de esta relación contractual derechos u obligaciones propias, ni estas fueron previstas en los contratos pertinentes, siendo ellas únicamente de la demandada principal, aún cuando derivasen de actuaciones de su mandatario. Por la misma razón, tampoco podía presumirse que la filial de alguna manera hubiese aceptado regirse por el contrato o por su cláusula arbitral.

Las implicaciones jurídicas de esta situación eran importantes. En primer lugar, la demandada principal no podría excusar su responsabilidad argumentando que el acto en que se originaba fue llevado a cabo por su mandatario. Enseguida, la eventual responsabilidad de indemnizar los perjuicios causados pertenecería únicamente a esa demandada como el titular de los derechos y obligaciones del contrato. En definitiva era la empresa matriz del grupo de empresas encabezado por la de-

mandada principal el que sería responsable de tal indemnización, siendo ésta además la que disponía de los principales medios para ese efecto.

A la luz de estas consideraciones las teorías jurídicas invocadas para justificar una extensión de la cláusula arbitral, válidas como son, no encontraban aplicación en el contexto de la relación contractual controvertida. No había en este sentido sucesión ni sustitución de derechos y obligaciones entre la matriz y su filial, ni elementos jurídicos o de hecho que pudiesen trasladar la responsabilidad del mandante al mandatario.

Más importante que lo anterior era el hecho de que no obstante tratarse de un grupo de sociedades, no se cumplía en este caso el objetivo fundamental de esa teoría jurídica, cual es impedir que se procure hacer responsable a una empresa subsidiaria que ha firmado la cláusula arbitral, normalmente de medios más limitados, a la vez que la matriz que no la ha firmado pueda escapar a los alcances de la relación contractual. En este caso, como lo señaló la demandada principal, la situación es la inversa pues la entidad responsable de toda actuación propia o de su subsidiaria y mandataria sería la propia matriz.

Todo ello se consideró igualmente garantía suficiente de que las inquietudes de la demandante respecto de las consecuencias jurídicas de no contar con la filial como parte demandada en el procedimiento, serían también adecuadamente atendidas en el mismo.

El tribunal decidió en definitiva no autorizar la extensión del acuerdo de arbitraje.

4. EXTENSIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE A INVERSIONES INDIRECTAS

El tercer caso que se pasa a comentar involucra también problemas de interés respecto del alcance de un acuerdo de arbitraje, pero esta vez en el ámbito del derecho de las inversiones.

4.1. Realidad de los vehículos de inversión y acuerdo de arbitraje

Una situación que se suscita con frecuencia es la aplicación de un tratado de protección de inversiones, que contiene la cláusula arbitral, a entidades que son inversionistas indirectos, utilizando para ello vehículos de inversión, algunas veces exigidos por la propia legislación del país receptor de la inversión. En el caso que se comenta, el inversionista demandante era una sociedad constituida en un paraíso tributario al cual el Estado partícipe en el tratado que se invocaba no había extendido su aplicación, pudiendo haberlo hecho por tratarse de un territorio relacionado con su soberanía.

Ello llevó al Estado demandado a sostener que la protección del tratado no cubría a la demandante, ni tampoco incluía el tratado un mecanismo que permitiese al tribunal examinar si había un control o interés remoto en esa inversión. Como en el caso *Tokios Tokelès*, el tribunal no debía considerar la situación de los accionistas yendo más allá de la personalidad societaria de la demandante, a menos que ello se demostrase como razonable³¹. Por otra parte, estimó el Estado que aún cuando la cláusula de arbitraje no se pudiese aplicar a la demandante, esta de todos modos podía recurrir a un arbitraje en una institución diferente en los términos de un acuerdo de asociación con una empresa

relacionada con ese Estado.

El Estado demandado argumentó también que la estructura societaria de la demandante había fluctuado constantemente y que, como lo afirmó la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, el beneficio de invertir en un país extranjero debía equilibrarse con los riesgos relativos a la protección de los accionistas³². Tampoco el Estado demandado había concebido en ningún momento que el tratado y su cláusula pudiesen hacerse extensivos al reclamante.

Afirmaba igualmente el Estado demandado que el tratado, si bien no excluía las inversiones indirectas, tampoco preveía esta modalidad, al contrario de lo que ese mismo Estado había hecho en numerosos otros de sus tratados de protección de inversiones. Si bien ha habido casos en que se ha extendido la protección del tratado a inversionistas indirectos no obstante que éste guardase silencio a su respecto, como lo han hecho los casos *Sedelmayer*³³ y *Siemens*³⁴, la situación en ellos era diferente pues existían instrumentos complementarios que sugerían esa posibilidad y en el segundo caso tanto la sociedad matriz como su filial tenían la misma nacionalidad.

En opinión del Estado demandado, la situación planteada en este caso tampoco era comparable a la que caracterizó el caso *National Grid*³⁵, en el que la protección se extendió a un reclamante que se encontraba al comienzo de una cadena de accionistas en sociedades relacionadas, lo que se debió únicamente al hecho de que el

³¹ *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 29 de Abril de 2004

³² Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*, Judgment, Reports 1970, p. 3.

³³ *Franz Sedelmayer v. Russian Federation*, Award, 7 de Julio de 1998.

³⁴ *Siemens A. G. c. República Argentina*, Decisión sobre Competencia, 3 de Agosto de 2004.

³⁵ *National Grid plc c República Argentina*, Decisión sobre Competencia, 20 de Junio de 2006.

Estado demandado había solicitado expresamente esa inversión, al contrario de lo que según se afirmaba había ocurrido en el caso que se comenta. Tampoco el caso *Plama Consortium* resultaba relevante pues el Tratado de la Carta de Energía contempla expresamente las inversiones indirectas³⁶. Si esa hubiese sido la intención del Estado, lo habría hecho en forma igualmente expresa, sobretodo a la luz del hecho de que ambas partes firmaron esa Carta pocos días después del tratado cuya extensión se discutía.

También argumentó el Estado demandado que la situación en *Autopista Concesionada de Venezuela* era diferente, pues allí las partes expresamente definieron el concepto de control extranjero en función de la nacionalidad de la mayoría de los accionistas³⁷. Varios otros casos que han aceptado esa extensión de la protección, especialmente *CMS*³⁸ y *LG&E*³⁹, han considerado inversiones que se realizaron directamente en sociedades locales y que, en todo caso, había sido expresamente contemplada en los tratados respectivos.

La diferente nacionalidad de las varias subsidiarias involucradas conducía a la conclusión, en opinión de ese Estado, que la protección del tratado no podía hacerse extensiva. Como en el caso *Mihaly*⁴⁰, si el beneficiario no podía invocar el tratado, menos podría hacerlo su sucesor. De otra manera, todo Estado receptor de una inversión debería investigar la totalidad de la estruc-

tura de la propiedad del inversionista para poder determinar que tratados de protección serían aplicables, que fue la razón por la que en Enron el tribunal determinó un punto de interrupción más allá del cual el consentimiento al arbitraje no podría considerarse existente.

Igualmente explicó el Estado demandado que nunca había tenido una relación de negocios con la reclamante, sino solamente con una de sus filiales, por lo que la situación era similar a la ocurrida en el caso PSEG, en el que un reclamante fue excluido de la protección por no haber tenido un vínculo jurídico con el Estado receptor sino solamente con el otro reclamante y no podía por consiguiente reclamar en ese arbitraje por sí⁴¹.

La parte demandante, en cambio, fue de la opinión que la protección que le extendía el tratado se aplicaba igualmente a su respecto, pues no se excluía la situación de los inversionistas indirectos. Las relaciones que tenía el Estado demandado con los inversionistas originales hacían imposible ignorar la intervención que le correspondía posteriormente a la sociedad demandante. La comparación hecha por el Estado entre este caso y el de la *Barcelona Traction* resultaba inapropiada, pues el objetivo de los tratados modernos de protección de inversiones es precisamente el de proteger a los accionistas y, en todo caso, ya son muchos los casos de arbitraje que han rechazado toda similitud con la protección diplomá-

³⁶ *Plama Consortium Limited v. The Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, 8 de febrero de 2005.

³⁷ *Autopista Concesionada de Venezuela c. República Bolivariana de Venezuela (Aucoven)*, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre de 2001.

³⁸ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Decisión sobre Competencia, 17 de julio de 2003.

³⁹ *LG&E c. República Argentina*, Decisión sobre Competencia, 30 de abril de 2004.

⁴⁰ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award, 15 de marzo de 2002.

⁴¹ *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgun Elektrik Üretim ve Ticaret Sirketi v. Republic of Turkey*, Decision on Jurisdiction, 4 de junio de 2000.

tica (*LG&E, Siemens, Sempra*⁴²), así como la propia Corte Internacional de Justicia ha aceptado proteger inversionistas en el caso *ELSI*⁴³.

Por otra parte, el hecho de que no mencionase el tratado expresamente el caso de las inversiones indirectas, en nada alteraba la conclusión de que ellas no se habían excluido, como lo demostraba el que se definiese como parte de las inversiones protegidas las acciones y toda otra forma de participación en una sociedad.

Entre los casos invocados por el demandante en apoyo de su argumento se cuentan *Siemens, Kardassopoulos*⁴⁴ y *Sedelmayer*; todos los cuales extendieron la protección del tratado respectivo a inversiones hechas mediante intermediarios, no obstante que los tratados no se referían expresamente a la propiedad o control indirecto de la inversión. Nuevamente la amplia definición de inversión en esos casos fue decisiva para alcanzar esa conclusión. En este contexto los casos en sentido contrario invocados por el Estado demandado eran también irrelevantes, especialmente en cuanto a que, a diferencia de *Mihaly*, aquí no se reclamaba por derechos de propiedad previa de un tercero o una subsidiaria sino por derechos propios del inversionista. Asimismo, el hecho de que el Estado sabía o debía saber de esa inversión indirecta era suficiente para excluir cualquier argumento que posteriormente intentara ignorarla.

Por otra parte, invocaba la demandante que el punto identificado en *Enron*, más allá del cual no podía extenderse el consentimiento a la cláusula de arbitraje,

tampoco era aplicable en este caso, pues el inversionista era el propietario de un 100% de la inversión, había sido invitado a hacerla y no había tampoco multiplicidad de reclamaciones. Tampoco el caso *PSEG* tenía relevancia, pues en el caso que se comenta, el demandante era quien controlaba la totalidad de la participación y no únicamente un participante auxiliar.

4.2. Interpretación de los tratados a la luz de la práctica estatal

La decisión del tribunal no pudo examinar en detalle el argumento relativo al hecho de que no se hubiese extendido la aplicación del tratado al paraíso tributario señalado, pues no existían antecedentes a ese respecto ni las partes los tenían. Tampoco una solicitud de aclaración a las autoridades gubernamentales pertinentes aportó ninguna luz a este respecto. No obstante ello, el tribunal tuvo en consideración el hecho de que ningún antecedente indicaba que la parte demandante o alguna de sus empresas relacionadas hubiese emprendido allí alguna actividad ilegal, sino que, correspondía únicamente a una ventaja tributaria.

Debido a que los inversionistas buscan esas ventajas de manera habitual, el uso de vehículos de inversión está hoy ampliamente reconocido, siendo una de las diferencias que caracteriza la protección de las inversiones en contraposición al criterio más rígido que imperaba al momento de la *Barcelona Traction*. En el reciente caso *Kardassopoulos*, en que un inversionista griego utilizó sociedades intermedias constituidas en el Caribe y Panamá para realizar una inversión en la República de Georgia, el tribunal acep-

⁴² *LG&E, Siemens, Sempra Energy International c. República Argentina*, Decisión sobre Competencia, 11 de Mayo de 2005.

⁴³ Corte Internacional de Justicia, *Elettronica Sicula (ELSI)*, Judgment of July 20, 1989, Reports, p. 15.

⁴⁴ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, Decision on Jurisdiction, July 6, 2007, paras. 178-179.

tó su competencia para conocer de la controversia tanto bajo el tratado de protección de inversiones entre Grecia y Georgia como del Tratado de la Carta de la Energía, no obstante que ninguno de esos tratados podía extenderse a territorios intermedios. Lo mismo ocurrió en el caso paralelo de Fuchs en relación al tratado entre Israel y Georgia.

Este razonamiento fue el que llevó al tribunal en el caso que se comenta a aceptar su competencia y a extender el acuerdo de arbitraje al inversionista.

Una situación relacionada que el tribunal debía examinar era si acaso correspondía aplicar el criterio seguido en el caso *Tokios Tokelès*, en cuanto si resultaba apropiado considerar el caso de los accionistas más allá de la personalidad societaria del reclamante. En ese caso el tribunal concluyó que esa consideración no procedía en ausencia de un criterio específico de control en el tratado, debiendo prevalecer la personalidad societaria. Sin embargo, debe tenerse presente que la opinión disidente del Profesor *Prosper Weil* explicó correctamente que si la negativa de ir más allá de la personalidad societaria conducía a ignorar las exigencias de la Convención del CIADI respecto de la nacionalidad de los reclamantes, se hacía entonces imperativo apreciar la situación de esos intereses subyacentes⁴⁵.

Dado que en el caso que se comenta se había utilizado un vehículo legítimo para realizar la inversión en un país extranjero, consideró el tribunal que si se rechazaba sobrepasar la formalidad del registro societario en ese territorio, llevaría a dejar en la desprotección a los intereses reales que habían efectuado esa inversión.

Las anteriores consideraciones reque-

rían todavía examinar si acaso el tratado protegía las inversiones indirectas, a pesar de no haber sido previstas expresamente en el mismo. La complejidad de la tarea era determinar si acaso lo que no se mencionaba expresamente quedaba excluido o, por el contrario, el hecho de que esa modalidad no hubiese sido expresamente excluida podría considerarse amparada por la protección del tratado.

El tribunal rehusó seguir esas opciones extremas y recurrió en vez al texto del tratado y los medios complementarios de interpretación. Consideró el tribunal en primer lugar que el preámbulo del tratado, como es común, tenía por objetivo la promoción y protección de las inversiones, lo que haría inusual a la luz de las realidades de los negocios contemporáneos adoptar un criterio restringido únicamente a las inversiones de carácter directo, que son hoy más bien excepcionales.

Otras disposiciones del tratado debían también entenderse en el mismo sentido, particularmente su definición amplia de inversión, que incluía todo tipo de aportes, a la vez que esa definición no tenía un carácter exhaustivo. La propiedad de acciones y obligaciones y toda otra forma de participación en una sociedad, así como el hecho de que se dispusiese que los cambios ocurridos en la manera como se realizase la inversión no afectaba su carácter de inversión, apoyaban también el mismo punto de vista. También protegía el tratado a los inversionistas de la nacionalidad de una Parte que tuviesen acciones en sociedades locales de la otra Parte para los efectos de una expropiación, lo que involucraba igualmente la protección de una inversión indirecta.

Los medios complementarios de in-

⁴⁵ *Tokios Tokelès, Dissenting Opinion of Profesor Prosper Weil*, April 29, 2004.

interpretación del tratado también fueron considerados por el tribunal, a la luz de la práctica que las partes en ese tratado hubiesen seguido en otros tratados similares. Para ello, era también pertinente dilucidar el alcance de los medios previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados utilizados para esa interpretación complementaria, especialmente en cuanto a considerar el contexto de lo convenido. En particular era necesario aclarar si los tratados celebrados por las partes, no solamente entre sí sino también con terceros Estados, resultaban relevantes para entender cual era su intención en el marco de la controversia que se comenta. Un ejercicio similar había hecho la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Plataformas Petroleras⁴⁶ en relación con tratados de Amistad y Comercio, así como tribunales de arbitraje en relación a la protección de inversiones⁴⁷.

El tribunal observó que si bien el artículo 31 de esa Convención se refiere a acuerdos celebrados entre las partes u otros instrumentos relacionados que ambas han aceptado, el artículo 32 no excluye que se puedan tomar en consideración tratados celebrados por una u otra parte con terceros para confirmar la interpretación buscada o clarificar algunos aspectos todavía en duda. El tribunal en *Maffezini* adoptó este enfoque para comprender cuales habían sido las políticas seguidas por cada parte respecto de una cláusula del tratado que las vinculaba⁴⁸. También el tribunal en *National Grid* examinó la práctica de los tratados de cada parte para determinar el alcance de una disposición contenida en el tratado de protección

de inversiones allí considerado.

Esa práctica en el caso que se comenta, más abundante respecto de una parte que de la otra, indicaba que el concepto de inversiones indirectas se había utilizado con frecuencia por ellas con terceros. Más influyente en la opinión del tribunal, fue el hecho de que ambas partes hubiesen firmado el Tratado de la Carta de la Energía sólo nueve días después de haber firmado el tratado en controversia, Carta que, como se ha comentado incluye expresamente la protección de las inversiones indirectas sin que ninguna parte se opusiese ni directa ni indirectamente.

Dado el hecho de que esa práctica indicaba que la política de las partes era claramente la de convenir formas amplias de protección de las inversiones, incluyendo en numerosos casos las inversiones indirectas, ello permitió al tribunal corroborar la interpretación que emanaba de las propias disposiciones del tratado en cuanto a su objeto y propósito y a las definiciones de inversión que allí se contenían.

Esa conclusión se ha visto también reafirmada en diversos casos recientes de arbitraje. En *Sedelmayer* el tribunal consideró al reclamante como el inversionista de *facto* a pesar de que el tratado guardaba silencio acerca de las inversiones indirectas. Para ello, el tribunal se guió por un criterio económico más que por uno jurídico a la luz de un Protocolo que permitía la indemnización cuando se interfería con las actividades económicas de un inversionista. Similares criterios se han seguido en los casos ya ci-

⁴⁶ Corte Internacional de Justicia, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, Reports 1996, p. 810.

⁴⁷ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic*, Decisión sobre Competencia, 14 de enero de 2004; Plama, cit.

⁴⁸ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Decisión sobre Competencia, 25 de enero de 2000.

tados de *Siemens, National Grid y Kardasopoulos*.

Un caso más complejo de considerar fue el de *Aucoven*, en el cual se privilegió el criterio de accionistas mayoritarios directos por sobre argumentos de control indirecto de las acciones. Mientras el Estado demandado en el caso que se comenta, afirmaba que ello comprobaba que en el silencio del tratado sólo las inversiones directas podían ser protegidas, para el reclamante ese criterio de control directo había sido expresamente pactado en el contrato de *Aucoven* y no tenía aplicación en este caso.

El tribunal hizo presente que en *Aucoven* se había reconocido el consentimiento expreso de las partes en este sentido, a la vez que ese caso, como *Mihaly*, involucraban complejas cuestiones de transferencia de acciones a una subsidiaria, lo que no ocurría en el caso en comento. Este conjunto de consideraciones llevó al tribunal a confirmar su interpretación de que correspondía extender la protección del tratado a las inversiones indirectas, respecto de las cuales la cláusula de arbitraje debía también extenderse en su aplicación, otorgándole competencia al tribunal para conocer de la reclamación.

4.3. El punto de quiebre de la cadena societaria y la extensión del acuerdo de arbitraje

Un último aspecto que debe tomarse en consideración en este análisis es el del reconocimiento de un punto de quiebre, más allá del cual, no podría admitirse que las partes hubiesen expresado su consentimiento a vincularse mediante la cláusula de arbitraje, tal como se discutió en *Enron*. Dos aspectos eran los relevantes a este respecto.

El primero es, si el consentimiento al arbitraje del Estado demandado podía hacerse extensivo a sociedades ubicadas en un lugar remoto de la cadena de sociedades intermediarias. El segundo aspecto relacionado era si acaso la inversión en controversia había sido solicitada por el Estado receptor.

Si bien el Estado receptor en este caso no reconocía el concepto de inversiones indirectas, por lo cual, el punto de quiebre en una cadena de intermediarios no podía suscitarse, sí destacó la necesidad de que ese Estado conociese con precisión quien era el inversionista real, lo que en ese caso en su opinión, no había ocurrido y por consiguiente no podía pactar el arbitraje con una entidad para él desconocida. Para el reclamante, en cambio, aún cuando se aplicase un punto de quiebre, de todos modos tenía el derecho de recurrir al arbitraje por ser el titular económico de la inversión realizada.

El tribunal hizo presente que el concepto de un punto de quiebre no depende del número de entidades intermediarias, que en algunos casos, como *National Grid*, podían ser pocas, o en otros casos, como en *Agua del Tunari*⁴⁹, podían ser muchas. Lo determinante es si acaso se trata de una inversión genuina, hecha para un propósito legítimo de negocios y conocida en cuanto a su carácter indirecto por el Estado receptor. Si se trata de una operación meramente especulativa, hecha para fines de conveniencia en cuanto a acceder a un mecanismo de arbitraje o desconocida en su estructura general por el Estado, no podrá considerarse que éste ha otorgado su consentimiento al arbitraje con esa entidad. Sin embargo, si acaso es el propio Estado el que ha solicitado la inversión de la empresa originaria, será procedente que ese vínculo se considere aplicable en cuanto a la cláusula de arbitraje, no

⁴⁹ *Agua del Tunari S. A. c. República de Bolivia*, Decisión sobre Competencia, 21 de octubre de 2005.


obstante que la inversión se canalice a través de pocos o muchos intermediarios. En el caso en comento, el tribunal consideró que no existía ningún indicio de especulación o ilegitimidad y que todo indicaba que el Estado receptor conocía al inversionista y sus intereses en esa inversión.

Todo lo anterior permitió al tribunal reconocer su competencia y permitir la aplicación del acuerdo de arbitraje a una inversión indirecta, tanto a la luz de las disposiciones del tratado, como de los medios complementarios de interpretación que se han indicado.

En este, como en numerosos otros casos de arbitraje en materia de inversiones, hay todavía otro aspecto que tiene relación con la extensión del acuerdo de arbitraje. Con frecuencia se discute si los actos controvertidos son imputables a una entidad pública o privada diferente del Estado, caso en el cual, el Estado argumentará que no puede hacerse partícipe de ese arbi-

traje, tal como el reclamante argumentará que es el Estado quien debe responder por los actos de esa entidad y ser el demandado en la controversia sometida al arbitraje. No obstante que la vinculación de las partes por el acuerdo de arbitraje es el tema subyacente, el problema corresponde más bien a una determinación acerca de cual es la entidad a la que el acto es imputable, siguiendo para ello los criterios del derecho internacional.

5. UNA REALIDAD ECONÓMICA PREVALECIENTE

Todos los casos que se han examinado permiten observar que ya es común que los tribunales tiendan a reconocer las realidades económicas por sobre las ficciones jurídicas en lo que respecta a la extensión y aplicación de un acuerdo de arbitraje. Ya sea que la conclusión sea favorable a la extensión o contraria a la misma, siempre será esa realidad económica la que determinará si ella se justifica. 

LAS PARTES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: EL “ALCANCE” DE LOS EFECTOS DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA EN EL DERECHO BRASILEÑO

GILBERTO GIUSTI (*)

RICARDO DALMASO MARQUES (**)

SUMARIO: *1. Introducción al tema. 2. Las partes en el régimen brasileño de arbitraje: La Ley de Arbitraje Brasileña y la intervención de terceros. 3. Los arbitrajes entre múltiples partes en el derecho comparado: La cuestión del “alcance” de la cláusula compromisoria. 4. El arbitraje entre partes múltiples en el derecho brasileño: La evolución de una tendencia. 5. Conclusión.*



1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La definición de quiénes son o pueden venir a ser parte en un arbitraje es una cuestión de las más fascinantes a los que se dedican a estudiar este cada vez más consagrado método eficiente de resolver conflictos en todo el mundo. El escenario puede ser simple y no imponer mayores problemas, como sucede cuando uno se encuentra ante una controversia que afecta exclusivamente los derechos y las obligaciones de las partes signatarias de la convención de arbitraje. Sin embargo, la cuestión puede volverse cada vez más compleja cuando la controversia sometida a la consideración del tribunal arbitral involucra o afecta derechos y obligaciones

de alguien que no es signatario de la convención de arbitraje. O más bien cuando la eficacia de la sentencia arbitral depende de la intervención de un tercero ajeno a la convención de arbitraje, en contra de quien, por ejemplo, la parte necesita asegurar un derecho de regreso. O aún cuando hay evidencia de que el tercero, a pesar de no haber firmado la convención de arbitraje, ha contribuido para la ejecución del contrato y para el surgimiento del conflicto, como suele por veces ocurrir con grupos de sociedades. El tema se vuelve aún más dinámico porque tales situaciones se rigen e individualizan a partir del derecho que las partes eligen como aquél que se aplicará al arbitraje. No podría ser más oportuno, intrigante y actual, por lo tanto,

(*) Licenciado por la Universidad de Sao Paulo; LL.M. UC Berkeley. Socio de Pinheiro Neto - Abogados en Sao Paulo, Brasil, donde dirige el grupo de arbitraje. Actúa como abogado de parte y árbitro en arbitrajes domésticos e internacionales.

(**) Asociado de Pinheiro Neto - Abogados en Sao Paulo, Brasil, donde actúa en el grupo de arbitraje. Es Cofundador y Director Secretario General de la Asociación Brasileña de los Estudiantes de Arbitraje (Associação Brasileira dos Estudantes de Arbitragem – ABEArb) y actúa como abogado de parte y Secretario de Tribunales Arbitrales en diversos procedimientos.

el tema elegido para este ya consagrado ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE.

La situación no podría ser diferente en Brasil, donde las inevitables dudas y cuestionamientos respecto del tema surgieron conjuntamente con el crecimiento exponencial en las últimas décadas del número de contratos conteniendo convenios arbitrales y, consecuentemente, de los arbitrajes nacionales e internacionales. Como se verá adelante, no hay previsión en la Ley Brasileña de Arbitraje respecto a la inclusión de terceros en el procedimiento arbitral ya gran mayoría de la doctrina admite la sumisión de una tercera parte al arbitraje solamente cuando las partes lo autoricen expresamente o el reglamento de arbitraje elegido así lo respalde. Sin embargo, actualmente, en Brasil, se viene observando una tendencia de flexibilización de tal regla mediante la aceptación y adopción de teorías que permiten la extensión de la fuerza vinculante del convenio arbitral a las partes no signatarias, pero que hayan colaborado activamente para la celebración del negocio y, a veces, en su ejecución e incumplimiento, beneficiándose de él.

En un primer momento, por lo tanto, remitiéndonos a las discusiones que comprensiblemente el tema de la participación de terceros en el arbitraje continúa a producir, tanto en Brasil como en el extranjero, nos permitimos traer a este debate algunas consideraciones sobre como el régimen de la Ley 9.307/96 (“Ley N° 9.307/96” o “Ley Brasileña de Arbitraje”) trata de la participación de terceros en el arbitraje y de los principios que rigen la intervención de terceros.

A seguir, aportaremos una breve des-

cripción de cómo la doctrina y la jurisprudencia extranjeras ven los arbitrajes que involucran a múltiples partes y luego abordaremos en qué medida ese escenario internacional viene influyendo a los letrados y tribunales brasileños en lo que respecta al “alcance” de los efectos de la cláusula compromisoria.

Se aclara, desde este momento, que el presente escrito no tiene por objetivo tratar de la arbitrabilidad subjetiva para definir quiénes son las personas que pueden valerse del arbitraje para resolver disputas y que, según el artículo 1 de la Ley Brasileña de Arbitraje, son todas aquellas “capaces de contratar”¹. Trataremos más bien de quiénes, superada la cuestión de la arbitrabilidad subjetiva, pueden verse afectados por la jurisdicción arbitral en el caso concreto según la realidad brasileña.

2. LAS PARTES EN EL RÉGIMEN BRASILEÑO DE ARBITRAJE: LEY DE ARBITRAJE BRASILEÑA Y LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS

Antes de centrarnos en el llamado arbitraje internacional, es oportuno realizar un breve análisis de quiénes pueden y deben considerarse parte de un arbitraje en conformidad con la Ley Brasileña de Arbitraje.

No queda duda que el legislador brasileño de 1996 buscó privilegiar, en el máximo grado, la autonomía de la voluntad de las partes en su elección de acudir al arbitraje y a su procedimiento. No podría haber sido otra la intención, en tanto la jurisdicción arbitral, por su carácter privado, emana única y exclusivamente de la voluntad de las partes, la que expresan al asumir el compromi-

¹ “Artículo 1: Las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para solucionar litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles”.

so de someter sus eventuales controversias a arbitraje (cláusula compromisoria) o más bien al subscribir un acuerdo en la presencia de un conflicto ya configurado (compromiso arbitral).

En función de este origen contractual, la jurisdicción arbitral –a rigor– no podría alcanzar a quiénes no la han pactado. Siendo el arbitraje una elección voluntaria de las partes contratantes de alejarse de la jurisdicción del Estado –que la Constitución Federal Brasileña le asegura a todos– para acudir a un método privado de solución de litigios, resultaría inocho todo intento de someter al arbitraje, contra su voluntad y/o contra la voluntad de cualquiera de las partes, a una persona que no fuese parte del pacto contractual que resultó en esa legítima renuncia a la jurisdicción estatal.

Ello no significa, evidentemente, que terceros no pueden ingresar en un arbitraje en vía de institución o ya instituido. Para esto, sin embargo, es imprescindible la voluntad de ingresar del tercero y el acuerdo de las partes que subscribieron el pacto arbitral original. Si el arbitraje aun no se hubiera instituido, bastará el acierto de voluntades entre las partes originales y el tercero que pretenda ingresar al lado de una de ellas, pues en realidad se estará realizando una adición al acuerdo de arbitraje original.

Si, al contrario, el arbitraje ya se hubiera instituido mediante la aceptación, por el árbitro o árbitros, de su designación (artí-

culo 19, Ley Brasileña de Arbitraje)², el ingreso de terceros dependerá del acuerdo de los árbitros, que verificarán la pertinencia, utilidad y/o necesidad, según el caso, de tal ingreso. En el caso de que el ingreso aportara más complejidad al arbitraje, podrán los árbitros, inclusive, requerir el aumento de sus honorarios.

La Ley Brasileña de Arbitraje no trata expresamente de esa cuestión y se limita a prever, como terceros, solo a los sucesores de la parte en contra de quien la sentencia arbitral producirá todos sus efectos (artículo 31)³. Aun así, no se pueden ignorar figuras del proceso civil judicial ordinario que se relacionan con la eficacia del dispositivo jurisdiccional pretendido y son integralmente aplicables al procedimiento arbitral. La principal de ellas es el llamado “litisconsorcio”, que añade a la triada procesal formada por autor, demandado y juez, la conveniencia o la necesidad de involucramiento de una tercera persona en los polos destinados al primero o al segundo.

En el primer caso, de simple conveniencia de incluirse al tercero en el polo activo o en el polo pasivo (denominaciones que aunque no son muy adecuadas al arbitraje son aquí empleadas para facilitar el entendimiento), se tiene el “litisconsorcio facultativo”, de que trata el artículo 46 del Código de Proceso Civil actual (“CPC”)⁴. En este caso, la inclusión de sujetos en el polo activo o pasivo deriva única y exclusivamente de la voluntad de las partes. Además, en lo que se

² “Artículo 19: Se reputa instituido el arbitraje cuando el árbitro, si fuera uno solo, aceptara su designación, o, si fueran varios, todos la aceptaran.

Párrafo único. Instituido el arbitraje y entendiendo el árbitro o tribunal arbitral haber necesidad de explicitar alguna cuestión prevista en la convención de arbitraje, se formulará, conjuntamente con las partes, una adición, que firmarán todos y formará parte integral de la convención de arbitraje”.

³ “Artículo 31: La sentencia arbitral produce, entre las partes y sus sucesores, los mismos efectos de la sentencia dictada por los órganos del Poder Judicial y, siendo condenatoria, constituirá un título ejecutivo”.

⁴ Ley N° 5.869, del 11 de enero de 1973. Vigente hoy para regir el proceso judicial (y no el arbitral), pero se encuentra a punto de ser derogado por el Nuevo Código de Proceso Civil, que deberá promulgarse, se espera, entre los años de 2012 y 2013, sin que derogue la Ley de Arbitraje.

refiere a la posibilidad de incorporarse, en el arbitraje, al litisconsorte facultativo que no haya firmado la convención de arbitraje, será válido lo expuesto precedentemente sobre la necesidad del acuerdo de las partes originales. En el caso de que ya se hubiera instituido el arbitraje, se requerirá además el acuerdo de los árbitros. En el supuesto de que las partes rechazaran la formación del litisconsorcio, el arbitraje seguirá su curso normal, y la sentencia arbitral producirá sus regulares efectos entre las partes.

Diverso es el caso del llamado “litisconsorcio necesario-unitario”, que sucede, con arreglo a lo que dispone el artículo 47 del CPC, cuando la eficacia de la sentencia depende de la citación de todos aquellos para quienes, por disposición legal o por el carácter de la relación jurídica, el juez tuviera que decidir el litigio de modo uniforme. En el proceso judicial, el juez le ordenará al autor que realice la citación del litisconsorte necesario, bajo la penalidad de extinción del proceso. Una vez citado, el litisconsorte necesario deberá manifestarse y defenderse en los autos, y la sentencia que sea dictada lo vinculará forzosamente.

Sin embargo, en el procedimiento arbitral, el árbitro no está facultado a determinar la citación de terceros, aunque recaiga sobre éste la condición de litisconsorte necesario, no signatario de la convención de que deriva el arbitraje. La capacidad del árbitro de convocar a las partes y vincularlas al proceso (la *vocatio*, uno de los

elementos de la actividad jurisdiccional) se limita a aquellas partes que hayan firmado la convención de arbitraje, según prevé la propia convención. El litisconsorte necesario podrá, como mucho, si así acordaran las partes, ser invitado a integrar el hecho, al lado del demandante o demandado, según el caso, adhiriendo de esta manera a la convención de arbitraje.

No obstante, la recusación del litisconsorte necesario no importará su rebeldía, como sucede en el proceso judicial. Tampoco permitirá que el arbitraje siga entre las partes originarias, como puede ocurrir en el caso de litisconsorcio facultativo. La ausencia del litisconsorte necesario en el arbitraje resultará más bien en la extinción del hecho, y las partes podrán así acudir al Poder Judicial. No hay otra solución posible ante la naturaleza contractual del arbitraje, que impide vincular a alguien que no la haya acordado, y considerando la perspectiva de ineficacia de la sentencia arbitral, justamente por la ausencia de la persona a quien afectaría la institución de la cosa juzgada resultante del proceso arbitral.

De este modo, se espera de la parte que tome conocimiento del suceso del litisconsorcio necesario en la especie que lo ratifique en la primera oportunidad que tenga para manifestarse tras la institución del arbitraje, en conformidad con el artículo 20 de la Ley Brasileña de Arbitraje⁵, considerando que, al menos hasta ese momento, la convención de arbitraje se habrá mostrado

⁵ “Artículo 20: La parte que pretenda proponer cuestiones relativas a la competencia, presunción absoluta o relativa de parcialidad del árbitro o árbitros, así como su nulidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral, deberá hacerlo en la primera oportunidad que tuviera para manifestarse, después de que se instituyera el arbitraje.

§ 1º Aceptada la propuesta de presunción relativa o absoluta de parcialidad, el árbitro será sustituido con arreglo al artículo 16 de esta Ley, reconocida la incompetencia del árbitro o del tribunal arbitral, así como la nulidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral, a las partes se les remitirá al organismo del Poder Judicial competente para juzgar la causa.

§ 2º Si no fuera aceptada la propuesta, el arbitraje seguirá su procedimiento normal, sin menoscabo de que la resolución pudiera ser examinada por el organismo del Poder Judicial competente, en el caso de eventual proposición de la acción tratada en el artículo 33 de esta Ley”.

ineficaz. Habiendo acuerdo entre ambas partes y estando el árbitro o los árbitros convencidos de que se trata efectivamente de un litisconsorcio necesario-unitario, se podrá invitar al litisconsorte para integrar el procedimiento. Si éste aceptara la invitación, el compromiso de arbitraje o su equivalente será suscrito por todos, y el arbitraje seguirá su curso. En el caso contrario, el arbitraje se extinguirá sin juzgamiento del mérito, debiendo las partes acudir al órgano del Poder Judicial que sea competente para juzgar la causa.

Por lo tanto, merece atención la celebración de la convención de arbitraje en contratos de los cuales puedan surgir conflictos cuya solución, en virtud de una disposición legal o de la naturaleza de la relación jurídica, deba necesariamente envolver la participación de terceros. Tal es el caso, por ejemplo, de demandas que versan sobre derechos reales inmobiliarios, en que ambos cónyuges forman un litisconsorcio pasivo necesario por disposición de la ley (artículo 10, § 1, I, del CPC)⁶. Asimismo, podrá resultar ineficaz la convención de arbitraje que se considere en el marco de un contrato de tal naturaleza que sea firmado por un solo cónyuge.

La citación de un tercero igualmente impone serias restricciones al arbitraje. También en ese caso, ante el carácter voluntario del arbitraje, la parte o el árbitro carece de poder para imponerle el arbitraje a quien

no lo haya pactado, aunque se trate de terceros a quien se podría o se debería llamar a juicio. El llamamiento de un tercero al proceso arbitral solo tendrá lugar, por lo tanto, si todos estuvieran de acuerdo, incluyendo, sobretodo, al tercero. Ante la ausencia de acuerdo entre las partes y/o el tercero citado, y tratándose de citación meramente facultativa, el arbitraje deberá seguir normalmente entre las partes signatarias de la convención de arbitraje.

Mayor dificultad nos impone la hipótesis en que la citación del tercero es forzosa, como define el artículo 70 del CPC⁷. Ante la imposibilidad de ingresar al denunciado en el arbitraje, por falta de acuerdo entre todos, se podrá verificar la ineficacia del arbitraje en los supuestos en que la actuación del denunciado al lado del denunciante sea indispensable para asegurar el derecho de evicción (artículo 70, I), su eficacia ante el propietario del bien (inciso II) o el eventual derecho de regreso del que llamó al tercero a juicio o en contra del tercero (inciso III).

La situación más común es la que prevé el inciso III, del artículo 70, del CPC, que establece que se deberá llamar a juicio "el tercero que se encuentre obligado, por ley o contrato, a indemnizarle en acción regresiva los perjuicios de aquél que pierda la demanda". En este caso, una vez que la citación del tercero es obligatoria, podría la parte a quien interesaría tal citación alegar que, ante la

⁶ "Artículo 10: El cónyuge solamente necesitará del acuerdo del otro para proponer demandas que versen sobre derechos reales inmobiliarios. (...) § 1o Ambos cónyuges serán necesariamente citados para las demandas: I - que versen sobre derechos reales inmobiliarios;".

⁷ "Artículo 70: El llamamiento de un tercero al juicio será forzoso:
I - para el enajenante, en una demanda en que el tercero reclame la cosa cuyo dominio se ha transmitido a la parte, para que ésta pueda ejercer su derecho resultante de la evicción;
II - al propietario o poseedor indirecto cuando, en virtud de una obligación o derecho, en casos como el del usufructuario, del acreedor pignoraticio, del locatario, el demandado, citado en su propio nombre, tenga la posesión directa de la cosa demandada;
III - a quien esté obligado, por la ley o el contrato, a indemnizar, en acción regresiva, el perjuicio de quien pierda la demanda."

imposibilidad de llamar al tercero a juicio, el arbitraje no podría seguir, pues existiría el riesgo de que, perdiendo la demanda, no podría ejercer su derecho de regreso. En tal caso se procedería a la extinción del arbitraje sin juzgamiento del mérito, derivándose a las partes al Poder Judicial.

Sin embargo, la jurisprudencia viene considerando que, si bien el *caput* del artículo 70 prevé la obligatoriedad de citación del tercero, el derecho de regreso establecido en el inciso III no se verá afectado si la citación del tercero no se llevara a cabo⁸. Además, hay procedimientos judiciales especiales en que la intervención de terceros está expresamente prohibida, como sucede con los juzgados especiales⁹. Siendo así en el proceso judicial, con razón habrá de serlo en el proceso arbitral, en que no se cita al tercero no por falta de acuerdo de la parte, sino por la imposibilidad de obligarle a la quien no haya suscrito la convención de arbitraje a integrar el hecho. De esta manera, se evita que tal argumento sea empleado indebidamente por quienes no desean la realización del arbitraje, que podrá y deberá seguir normalmente entre las partes originales.

Para las hipótesis que prevén los incisos I y II del artículo 70 del CPC, sin embargo, ante la imposibilidad de citación del

tercero nos parece no haber otra solución que no la de extinguir el arbitraje sin juzgamiento del mérito. Ello se debe a que, en las mencionadas dos hipótesis (llamamiento a juicio del enajenante – inciso I – y llamamiento del propietario o poseedor directo – inciso II – de la cosa demandada), la citación del tercero es efectivamente forzosa¹⁰, ya sea para asegurar el derecho de evicción, sea para garantizar la eficacia de la sentencia ante el propietario de la cosa disputada. De este modo, a no ser que la parte interesada en la citación del tercero renuncie a su eventual derecho de evicción, el arbitraje que se realice según las hipótesis previstas en los incisos I y II del artículo 70 del CPC, en el caso de que no fuera posible la citación del tercero por ausencia de acuerdo entre las partes para su realización, deberá reputarse extinguida sin el juzgamiento del mérito, debiendo las partes remitirse al Poder Judicial.

Evidentemente, existen varias otras situaciones que pueden afectar la relación material en que se insiere la convención de arbitraje de forma a llevar a la modificación de las partes que originariamente celebraron la convención. Es el caso, por ejemplo, de la cesión de un contrato en que se ha incluido la cláusula compromisoria. La autonomía de la cláusula, que se encuentra consagrada en el artículo 8, de la Ley Brasileña de

⁸ "En la hipótesis del artículo 70, III, del CPC, la acción regresiva subsistirá aun en los casos en que el tercero no haya sido citado." (STJ, 2ª T., REsp 78.954/PR, rel. Min. Ari Pargendler, j. 18.08.1997), Theotônio Negrão y José Roberto Ferreira Gouvêa. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 35. ed. São Paulo: Saraiva, p. 171.

⁹ "El procedimiento a que se someten las acciones promovidas bajo las leyes de juzgados especiales – Ley 9.099/95 – no tolera ninguna forma de intervención de terceros (artículo 10) y determina que la parte que se juzga titular del derecho de regreso de ser compensada en virtud de una condena que se le impute como resultado del vínculo material subyacente, si vencida, deberá accionar a la obligada regresivamente en sede autónoma y ante el juicio competente considerando su naturaleza, no afectando de ninguna manera la viabilidad de la disputa promovida" (1ª T. de Recursos de los Juzgados Especiales de lo Civil del Distrito Federal DF – Apelación Civil en el Juzgado Especial 20050110823530).

¹⁰ "El llamamiento de un tercero a juicio resulta obligatorio en la hipótesis de pérdida del derecho de regreso prevista en los incisos I y II del art. 70/CPC; sin embargo, tal obligatoriedad no está presente en el caso del inciso II del mismo dispositivo, en que tal derecho permanece íntegro" (STJ, 2ª T., REsp 38.792/SP, rel. Min. Peçanha Martins, j. 13.12.1996), Op. cit., p. 171.

Arbitraje¹¹. ha llevado a algunos autores a concluir que el cesionario no está obligado por la cláusula compromisoria. Sin embargo, nos parece que la autonomía de que trata la ley no afecta la "accesoriedad" de la cláusula compromisoria al contrato en que esté incluida, de modo que, salvo disposición expresa en contrario, al cesionario se cede el contrato en su totalidad, lo que sí le obliga a la convención de arbitraje – lo que es el entendimiento actual prevalente.

Por otro lado, la subrogación por terceros de derechos de otras personas que deriven de un contrato que contemple la cláusula compromisoria ha recibido un tratamiento distinto de la jurisprudencia por no se tratar de la cesión del contrato mismo y, consecuentemente, de la cláusula compromisoria en él incluida. En el juzgamiento de 11.08.2004, el entonces 1º Tribunal de lo Civil de São Paulo le negó fuerza vinculante, a la aseguradora que se había subrogado en los derechos de la asegurada, de la cláusula compromisoria que la asegurada había firmado en el contrato que resultó en el siniestro:

“Responsabilidad civil – Indemnización. Acción regresiva resultante de contrato de seguro. Cláusula arbitral instituida con la segunda, y no con las aseguradoras. Hipótesis en que la solución de conflictos por arbitraje sólo obliga a las partes contratantes, y no a terceros (...) Subrogación de la aseguradora que se limita al derecho a la acción procesal que tendría la asegurada, pero no del derecho material” (AgIn 1.257.807, Comarca de São Paulo).

El alcance de la eficacia de la cláusula compromisoria es un tema aun más polémico cuando se consideran los contratos abiertos, que permiten su celebración por un gran número de personas. Discusión de la más proficua se viene llevando a cabo acerca del artículo 109, § 3, de la Ley de Sociedades por Acciones, que fue introducida en la reforma de 2001 de dicha Ley, y que dispone lo siguiente: “*Los estatutos de una sociedad pueden establecer que las divergencias entre los accionistas y la compañía, o entre los accionistas controladores y los accionistas minoritarios, podrán solucionarse mediante el arbitraje, según los términos allí establecidos*”. Para algunos autores, la cláusula compromisoria, cuando incorporada en los estatutos, vincula solamente a los fundadores en el acto de constitución de la sociedad, y a los accionistas futuros que manifiesten expresamente su acuerdo con la cláusula compromisoria en el acto de adquisición de las acciones. Otros entienden que la cláusula compromisoria, una vez regularmente incorporada en los estatutos, obliga a todos los accionistas, presentes o futuros, sin depender de su expresa ratificación. La discusión no ha llegado a su fin, y el punto de equilibrio se encontrará en un mecanismo que observe tanto la dinámica del derecho societario como la naturaleza eminentemente contractual y, por lo tanto, consensual del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos.

No suficiente, en el contexto de incorporación de empresas, el Superior Tribunal de Justicia ya ha decidido más de una vez que la cláusula compromisoria es vinculante también a la empresa que incorpora a otra que la firmó; o sea, la empresa

¹¹ Artículo 8: La cláusula compromisoria es autónoma con relación al contrato en el que estuviera inserida, de tal modo que la nulidad de éste no implica, necesariamente, la nulidad de la cláusula compromisoria. Párrafo único. Al árbitro le corresponderá decidir, de oficio o a petición de las partes, sobre las cuestiones relacionadas con la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral y del contrato que contenga la cláusula compromisoria.

sobreviviente asume todos los derechos y obligaciones de la antigua, lo que incluye la cláusula compromisoria. En 2007, por ejemplo, el Superior Tribunal de Justicia expresamente decidió que “*la empresa solicitada, al incorporar la original contratante, asumió todos los derechos y obligaciones de la cedente, incluso la cláusula arbitral en cuestión, insertada en el Acuerdo de Consorcio que quedó por ella incumplido*”¹².

Es cierto que las consideraciones que anteceden no han agotado las varias situaciones en que tiene lugar la discusión sobre el alcance de la jurisdicción arbitral para las partes y para aquellos que de alguna manera puedan estar o venir a estar sujetos a ella. Hasta este punto se ha pretendido aportar un escenario general de como la ley y la jurisprudencia brasileñas vienen abordando el tema.

3. LOS ARBITRAJES ENTRE MÚLTIPLES PARTES EN EL DERECHO COMPARADO: LA CUESTIÓN DEL “ALCANCE” DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

En varias jurisdicciones extranjeras, la

cuestión de quiénes son o pueden venir a ser parte en un arbitraje, o en contra de quiénes se puede ejecutar el laudo arbitral, además de las partes que efectivamente hayan celebrado la convención arbitral original, encuentra un abundante material doctrinario y jurisprudencial. En ese contexto, viene ganando destaque el tema sobre la posibilidad de extenderse los efectos de la convención de arbitraje a una parte que no la haya suscrito, lo que vienen admitiendo la doctrina y jurisprudencia extranjeras en determinadas situaciones excepcionales.

Desde hace mucho se viene estudiando el alcance de los efectos de la cláusula compromisoria sobre las partes que no la hayan firmado, sobretudo con respecto a los arbitrajes de índole internacional, con el intuito de justamente resolver cuestiones delicadas que de ahí vienen surgiendo. De manera general, son diversas las teorías que se invocan para resolver problemas de esta clase, como: teoría del grupo de sociedades¹³, *trust*, de la desconsideración de la personalidad jurídica¹⁴, etc. Se pueden encontrar los más distintos entendimientos a este respecto en todo el mundo, por lo que resulta muy difícil formular conclusiones de carácter general y pacífico.

¹² Superior Tribunal de Justicia. Sentencia Extranjera Contestada .894/UY, Ponente Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, juzgado el 20/8/2008; Sentencia Extranjera Contestada 831/FR, Ponente Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, juzgado el 3/10/2007.

¹³ La doctrina de los grupos societarios se viene desarrollando desde hace mucho tiempo, siendo muy mencionada la decisión en el caso “*Dow Chemical v Isover Saint Gobain*”, de 1982 (CCI), según la cual “*irrespective of the distinct juridical identity of each of its members, a group of companies constitutes one and the same economic reality of which the Arbitral Tribunal should take account when it rules on its own jurisdiction*”. Queda claro que no es suficiente, para que la convención de arbitraje pueda extenderse a otras compañías, la simple existencia del grupo societario. En la mayoría de los casos en que los tribunales extranjeros adoptan esa doctrina, se exige la prueba de la intención de todas las partes de que la compañía o compañías no signatarias del compromiso arbitral actúe o hayan actuado como partes efectivas en el negocio de que derivó la disputa. Nótese que no se indaga, en este punto, si hubo la realización de fraude o simulación, pero si hay otras compañías del mismo grupo societario que, aunque no firmaron el compromiso de arbitrar, participaron activamente en la realización del negocio y, por veces, en su terminación o incumplimiento, llevando la disputa al arbitraje.

¹⁴ En el caso de fraude, abuso de derechos o violación a preceptos legales o estatutarios, suele invocarse la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica (*lifting the corporate veil*), según la cual el tribunal arbitral, a instancia de la parte, puede desconsiderar la personalidad jurídica de la compañía signataria de la convención de arbitraje y llamar a la disputa sus socios o administradores, de forma a “restablecer la verdad jurídica de una realidad travestida”, en las palabras de Thomas Clay.

No obstante, en lo que pese la jurisprudencia –estatal y arbitral– y la doctrina extranjeras, se viene observando una evidente tendencia a ampliar la interpretación subjetiva de la cláusula compromisoria cuando una de las partes expresa su intención de someterse a sus efectos. De forma más simples, aunque no se puede destacar una tesis de aceptación unánime en la actualidad, (sea la teoría de los grupos de sociedad, *trust*, etc.), los tribunales y los estudiosos vienen enunciando una premisa como factor principal para admitirse en el arbitraje a una parte no signataria de la convención arbitral: su conformidad con los términos del contrato –lo que abarca también la cláusula compromisoria–.

Más específicamente, se tiene entendido que está sometida a los efectos de la cláusula compromisoria la parte que, aunque no signataria, haya participado activamente en las negociaciones, la celebración y el cumplimiento del contrato que resultó en la disputa. A este respecto, es menester analizar el relato impecable de ARNOLDO WALD¹⁵, en su aclarador artículo sobre el tema:

“7. Para los tribunales extranjeros, sobretudoo para los franceses, y para los árbitros que han actuado en litigios derivados del comercio internacional, el problema que abarca la cláusula compromisoria y los grupos de sociedad viene ocurriendo en las últimas

décadas del siglo pasado, y para su solución se viene buscando conciliar el alcance de los efectos de la cláusula con la voluntad de las partes y el respecto al concepto de personalidad jurídica, pero también con la realidad económica.

8. Algunas sentencias dictadas en arbitrajes regidos por el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI han admitido, con carácter excepcional, la extensión de la competencia del Juicio Arbitral a compañías que no habían firmado la cláusula compromisoria, por su identificación con una de las partes que había suscrito la cláusula, por pertenecer al mismo grupo societario y por haber participado efectivamente, de alguna forma, en la negociación, ejecución o aun terminación del negocio jurídico que resultó en el conflicto de intereses sometido a los árbitros”.

Además, menciona el referido autor, el “*leading case*” a respecto de la materia en el arbitraje comercial internacional: el caso “*Isover Saint-Gobain vs. Dow Chemical*”¹⁶; en el cual se entendió, a partir de las premisas¹⁷ destacadas en la citación que antecede, que la cláusula compromisoria podría sí vincular a sociedades no signatarias, pero que parecían “*haber sido verdaderas partes en el contrato*”¹⁸.

¹⁵ WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, N° 2, maio-agosto 2004, p. 33.

¹⁶ Arbitraje CCI 4131 (Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985, p. 151).

¹⁷ No se trata de un caso individual. El autor menciona en su artículo distintos casos en que el entendimiento empleado fue el mismo, como: CCI 5103, CCI 6519 y CCI 7604.

¹⁸ Traducción libre del texto transcrito por el Profesor Arnoldo Wald en su artículo, WALD, Arnoldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, maio-agosto 2004, pp. 33/34: “(...) the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them the disputes to which they may give rise” (collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985, p. 151).

Por lo tanto, cuando se verifica la intención de la parte no signataria de participar en el negocio que contempla la convención arbitral, se nota una tendencia a admitir la extensión de los efectos de la cláusula compromisoria. Tal realidad también es descrita por BERNARD HANOTIAU¹⁹, en un trabajo de indispensable lectura a los que desean profundizarse en el tema:

“There seems on the other hand to be an agreement that the existence of a group of companies is not per se a sufficient element to allow the extension to a non-signatory of an arbitration agreement concluded by another member of the group.”

In the most cases, courts and tribunals require proof of the existence of an intention at least implicit of all the parties that the non-signatories be parties to the underlying contract and its arbitration clause. Some courts limit themselves to an awareness of the clause and the requirement that the additional claimant or defendant be concerned by the dispute. But the company concerned must always have played a role in the conclusion and the performance of the agreement and this has to be proved by the party requesting the extension of the clause”.

Con su habitual precisión, ARNOLDO WALD²⁰ enuncia, con base en decisiones extranjeras a este respecto, los principales hechos con base en los que se viene admitiendo la posibilidad de ampliarse los efectos de la cláusula compromisoria:

“a) la sociedad debe haber desempeñado un papel activo en las negociaciones que derivaron del acuerdo del que resulta la cláusula compromisoria;

b) la sociedad debe estar comprometida activa o pasivamente con la ejecución del contrato de que resulta la cláusula compromisoria;

c) la sociedad debe haber sido representada, efectiva o implícitamente, en el negocio jurídico”.

En el marco de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – CCI, con sede en París, los arbitrajes que envuelven múltiples partes o múltiples contratos se designan “arbitrajes complejos”. En el 2002, en casi un tercio de los arbitrajes sometidos a la Corte actuaban múltiples partes²¹. En el 18,4% de estas había múltiples demandantes y múltiples demandados, en el 30,8%, múltiples demandantes y en el 50,8%, múltiples demandados. En ese mismo estudio, se verificó que las principales teorías que invocaron los demandantes para incluir a demandados que no habían firmado la convención de arbitraje fueron: representación (*agency*), cesión, sucesión de compañías, grupos societarios y *alter ego*.

En Estados Unidos, el *Federal Arbitration Act* (FAA) no prevé una norma específica sobre el alcance de la convención de arbitraje a partes no signatarias, pero se ha reconocido la posibilidad de tal alcance, según anota JAMES M. HOSKING, en las siguientes hipótesis²²: *assignment; subroga-*

¹⁹ HANOTIAU, Bernard. Problems Raised by Complex arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues – An analysis. *Journal of International Arbitration*, vol. 18, N° 3, 2001, p. 296.

²⁰ WALD, Arnaldo. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, N° 2, maio-agosto 2004, p. 36.

²¹ Conforme el levantamiento presentado por Anne Marie Whitsell y Eduardo Silva-Romero en el ICC International Court of Arbitration Bulletin – Special Supplement 2003.

tion; third party beneficiary; novation; incorporation by reference; agency; estoppel/equitable estoppel; assumption of obligation; succession; group of companies doctrine; single economic transaction doctrine; and general reliance on equity.

En suma, y en síntesis breve, si bien no pacíficamente, en el ámbito internacional se viene admitiendo la sumisión al arbitraje de una parte no signataria de la convención de arbitraje que haya participado activamente en las negociaciones y el cumplimiento del negocio jurídico objeto del litigio sometido a los árbitros.

4. EL ARBITRAJE ENTRE PARTES MÚLTIPLES EN EL DERECHO BRASILEÑO: LA EVOLUCIÓN DE UNA TENDENCIA

Volviendo al ámbito nacional, si bien algunos autores defienden una interpretación restrictiva de la convención de arbitraje²³, se puede percibir una leve tendencia a admitir que la convención de arbitraje abarque una parte que no la haya firmado prácticamente bajo las mismas condiciones establecidas internacionalmente.

Verdadero caso paradigma en materia de arbitraje en nuestro país, el famoso "*Caso Trelleborg*"²⁴ consiste en la principal demostración de que la intención de las partes viene sobreponiéndose a todo formalis-

mo. En la disputa en cuestión, el contrato del cual resultó el litigio había sido firmado por una empresa "holding" brasileña ("*Trelleborg do Brasil*"), aunque los actos de negociación y performance contractuales fueron realizados por la compañía matriz de su grupo empresarial ("*Trelleborg Industri AB*")²⁵. De hecho, en los autos se reconoció, en breve síntesis, que si bien la compañía matriz no había suscrito el contrato, se podrían extender a ella los efectos de la cláusula arbitral, en virtud de su activa participación en las tratativas relacionadas a la transacción que dio origen al litigio. Véase una parte de la sentencia dictada por la 7ª Cámara de Derecho Privado del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo²⁶:

"Expuestos los hechos, se añade que la apelante 'Trelleborg Industri AB', en distintas oportunidades, viene mostrando su vínculo con la cuestión objeto de los autos, es decir, participó como figurante en la "Carta de Intención", conforme los docs. 4 y 5, de hojas 27; envió una carta escrita en los idiomas portugués e inglés, en la que se abordan los términos de la negociación; el documento N° 6 contiene la carta remitida por "Trelleborg Industri AB", en la que expresa su interés en la realización de los negocios (hjs. 38/39); el documento 11 es nada más que la versión al inglés del contrato, del cual consta "Trelleborg Industri

²² Non-signatories and international arbitration in the United States: the quest for consent. *Arbitration International*, 2004. v. 20, N° 3.

²³ En ese sentido, véase CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9307/96*, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 82-84.

²⁴ Apelación Civil N° 267.450.4/6-00. 7ª Cámara de Derecho Privado del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, Rel. Desembargador Constança Gonzaga, j. 24.5.2006.

²⁵ Más específicamente, "Trelleborg do Brasil", según la sentencia dictada en los autos, era controlada por otra compañía "holding" ("*Trelleborg Holding AB*"), siendo ambas vinculadas a "Trelleborg Industri AB" – "empresa-matriz" que actuó activamente en las negociaciones y en el cumplimiento contractuales.

²⁶ Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo. Sétima Cámara de Derecho Privado, Apelación Civil n° 267.450-4/6-00, Magistrada Relatora Constança Gonzaga, juzgado el 24.5.2006.

AB”, representada por el Sr. Nils Olaf Lennart Nöjd, vertido además al portugués (hojas 103). (...) En el artículo 1º [de la Ley de Arbitraje] está previsto que: “*Las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para resolver disputas relativas a derechos patrimoniales disponibles*”. Del análisis del referido dispositivo se extrae el entendimiento de que se exige capacidad (civil) de las partes para contratar en términos abstractos. Sin embargo, el objeto en sí del arbitraje es solucionar litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles y tales litigios pueden tener como causa eventual el incumplimiento de una obligación derivada o no de un contrato. Es lo que se ve en los autos, en que a pesar de la inexistencia de la firma de la apelante “Trelleborg Industri AB”, es más que evidente, ante la extensiva documentación existente, que hay una relación jurídica entre las partes, la que resulta de los negocios realizados em común, en los cuales se observa la participación activa de la apelante “Trelleborg Industri AB”.

Como se puede observar, el Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo resolvió por extender los efectos de la cláusula compromisoria a una parte que no la firmó, esto es: la empresa controladora sueca (con una extensión por medio de una empresa *holding*) que habría actuado como efectiva contratante desde el inicio de la relación mantenida, a pesar del contrato suscrito so-

lamente por la empresa brasileña.

Las premisas utilizadas en el caso, según se puede notar, son prácticamente las mismas que las que vienen adoptando los tribunales extranjeros, a saber: (i) la participación efectiva de la sociedad controladora en la transacción; y (ii) la demostración de interés en la efectiva consumación del negocio. Así, entendemos que se está ante una evolución del instituto del arbitraje en Brasil que tiene el intuito de alcanzar el nivel que lograron otros países. En este sentido, es al menos interesante la observación de BERNARD HANOTIAU²⁷, al defender que “*se entierre de una vez por todas este obsoleto principio de la interpretación restrictiva de las cláusulas arbitrales, que consiste en una de las últimas reliquias que provienen de la edad del hielo en materia de arbitraje.*”

En esta misma línea y comentando específicamente el “Caso Trelleborg”, CRISTINA SAIZ JABARDO, en su reciente tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo a este respecto, afirma²⁸:

“Si bien la base para la decisión del tribunal no fue propiamente la misma, ella siguió la tendencia, ya verificada en el ámbito internacional, de deducir, de la participación activa en una operación litigiosa, por parte de una compañía que sea miembro de un mismo grupo, el reconocimiento de su responsabilidad en el negocio, aún cuando esa sociedad no haya suscrito

²⁷ HANOTIAU, Bernard. Problems Raised by Complex arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues – An analysis. *Journal of International Arbitration*, vol. 18, N° 3, 2001. p. 255. Traducción libre: “I therefore propose to bury once and for all this obsolete principle of restrictive interpretation of arbitral clauses, one of the last relics of the ice age of arbitration”.

²⁸ JABARDO, Cristina Saiz. Extensão da cláusula compromissória na arbitragem comercial internacional: o caso dos grupos societários. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-06102010-130941/>>.

[el contrato]. Se nota, por lo tanto, que la solución tantas veces empleada en la jurisprudencia internacional ha sido fielmente retomada en este caso.

- Esa sentencia evidencia el reconocimiento, en Brasil, de una tendencia que se inició hace tres décadas en el ámbito internacional: la de admitir la determinación más flexible de la comprensión de la cláusula compromisoria celebrada por sociedades pertenecientes a un agrupamiento de empresas, cuando se constate el involucramiento directo en la operación que dio origen al litigio, de sus coligadas, controladoras, controladas que, a la primera vista, no serían parte de la convención”.

En resumen, la interpretación extensiva de la cláusula compromisoria, aunque en carácter excepcional y con análisis caso a caso, se viene reconociendo en nuestra jurisprudencia, siguiendo el desarrollo del arbitraje internacional en materia arbitral. En ese mismo sentido, vale mencionar la exposición de SELMA MARIA FERREIRA LEMES²⁹, coautora del proyecto de ley que resultó en la Ley Brasileña de Arbitraje, en su artículo en que también se refiere al “Caso *Trelleborg*”:

“En virtud de lo relatado precedentemente es forzoso concluir que, a depender de la situación presente en cada

caso, la interpretación extensiva de la cláusula arbitral sería perfectamente posible, una vez que los negocios jurídicos deben analizarse de buena fe y considerando sus consecuencias, la confianza, la lealtad contractual, etc., que, además, representan la piedra de toque de todas las relaciones jurídicas”.

Hay incluso quiénes refuten el término “extensión” de los efectos de la cláusula compromisoria, vez que no se estaría ampliando subjetivamente el alcance del pacto arbitral, sino que identificando a las partes que efectivamente asumieron formar parte del negocio jurídico, y, así, de la cláusula arbitral³⁰.

Exponiéndolo de forma simple: los tribunales y doctrinadores vienen ateniéndose a lo que de más fundamental hay en el arbitraje: la autonomía de la voluntad de las partes, sin depender de lo que ha sido meramente formalizado en contrato.

5. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, el régimen legal brasileño impone al arbitraje, como regla, una sumisión casi absoluta al acuerdo de las voluntades de quienes y tan solamente de quienes firmaron la convención arbitral, a tal punto de no haber otra solución, en el caso del litisconsorcio necesario-unitario y en el de llamamiento al juicio de un tercero


²⁹ LEMES, Selma Ferreira. “A interpretação extensiva da cláusula arbitral”. Revista *Âmbito Jurídico*. (http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2373).

³⁰ JABARDO, Cristina Saiz. “Extensão da Cláusula compromissória na Arbitragem Comercial Internacional: O Caso dos Grupos Societários”. Orientador: Professor Titular Luiz Olavo Baptista. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 94.: “(...) se viene escribiendo mucho sobre la “ampliación del alcance subjetivo de la cláusula compromisoria”, como si este fuera un problema nuevo que afrontara las bases del arbitraje. Un estudio más detallado de célebres decisiones, emanadas de árbitros o jueces, nos sirve para revelar que, en realidad, no se trata de ampliar la convención arbitral (tal hipótesis es discutible, pues el arbitraje es un instituto de índole voluntaria), sino de identificar, a partir de las circunstancias del caso concreto y del comportamiento de las partes, la voluntad, que no se ha expresado mediante la suscripción de un contrato, de ser parte de la cláusula compromisoria.”.

que no firmó la convención, que no la extinción del arbitraje sin el juzgamiento del mérito, remetiéndose las partes al Poder Judicial.

Sin embargo, en la actualidad, se viene notando una tendencia de flexibilización de ese principio mediante la adopción de teorías que permiten extender la fuerza vinculante de la convención de arbitraje a partes que no la hayan suscrito, pero que comprobadamente hayan contribuido para celebrar el negocio y, por veces, para su ejecución e incumplimiento, beneficiando-

se del mismo. La evolución de Brasil como una jurisdicción favorable al arbitraje, claro, tiene sido un importante factor en este sentido.

No obstante, se debe alertar, en los arbitrajes internacionales cuya sentencia final se pretenda ejecutar en Brasil se requiere mucha precaución para evitar que, al amparo de teorías aun poco desarrolladas en el País, se llegue a un laudo susceptible de impugnación por afectar a quienes no hayan acordado expresamente solucionar sus controversias por la vía arbitral. 

EXTENSIÓN INTERSUBJETIVA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE DE ESTADO

HERNANDO DÍAZ-CANDIA (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Requisito del consentimiento escrito. 3. Diferencia entre transferencia y extensión del acuerdo de arbitraje. 4. El test para determinar la extensión intersubjetiva. 5. Casos de arbitraje entre Estados y arbitraje de inversiones. 6. Situación del arbitraje ordinario. 7. Casos en Estados Unidos e Inglaterra. 8. Grupos de personas jurídicas. 9. Precedentes sobre personas estatales. 10. Intereses difusos y colectivos. 11. Conclusión.



1. INTRODUCCIÓN

Hemos planteado en otros trabajos que el arbitraje no es inferior al Poder Judicial, ni excluible *a priori* para asuntos relacionados con el orden público, incluyendo la revisión de actos administrativos de efectos particulares¹. El arbitraje es admisible para anular actos administrativos cuando las partes de la controversia presente o potencial —es decir, el ente emisor del acto administrativo relevante (o aquellos racionalmente incluidos en su mismo grupo de personas) y el o los legitimados para recurrirlo— así lo consientan de mane-

ra expresa y escrita.

El consentimiento de las partes es el pilar y piedra angular de la jurisdicción-competencia de todo tribunal arbitral y normalmente se requiere que aquél sea expresado en un acuerdo de arbitraje. Modernamente se denomina “acuerdo de arbitraje” al acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, o algunas de éstas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual². Se trata de un conjunto de palabras escritas que contienen el sentido completo

(*) Abogado Cum Laude, Universidad Católica Andrés Bello; *Magistri in Legibus* (LLM), *Fulbright Scholar*, Harvard Law School; Doctor en Ciencias Mención Derecho, Universidad Central de Venezuela; autorizado para ejercer la abogacía en el Estado de Nueva York y en la República Bolivariana de Venezuela; árbitro, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (Cedca), y Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Socio del Escritorio WDA Legal, S.C.

¹ DÍAZ CANDIA, Hernando: *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 70 y ss.

² Según el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial: «El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria».

de otorgar competencia y jurisdicción a un tribunal arbitral.

Con respecto a entes estatales, sean de Derecho Público (como institutos autónomos) o de Derecho Privado (como empresas del Estado), la manifestación del consentimiento puede estar sometida a requisitos especiales, tales como *“la aprobación o autorización por el jerarca para la suscripción del acuerdo [arbitral], y la competencia del funcionario que manifiesta su voluntad en representación del ente público, entre otras”*³. Actualmente en Venezuela, el Decreto Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República contiene disposiciones destinadas a ampliar el marco de la acción asesora del organismo y de intervención en relación a cláusulas de arbitraje contenidas en contratos a ser suscritos por la República⁴.

2. REQUISITO DEL CONSENTIMIENTO ESCRITO

Dado que el consentimiento debe ser manifestado de manera expresa e inequívoca para la anulación de actos administrativos en el marco del Derecho Público

dicho consentimiento, en lo que respecta a la Administración Pública que emite el acto relevante puede, en primer lugar, ser suplido o estar contenido en una ley en sentido formal, o en un acto que tenga su rango y carácter normativo (como un decreto ley o un tratado internacional, bilateral o multilateral), debidamente aprobado por la Asamblea Nacional y publicado en Gaceta Oficial. En segundo lugar, el consentimiento puede estar contenido en una cláusula arbitral (en sentido estricto), es decir, puede ser parte de un contrato referido a un negocio jurídico más amplio, de manera que regule eventuales controversias futuras de forma genérica. En tercer lugar, el consentimiento puede ser manifestado en un compromiso arbitral específico, que se refiere a una controversia individual ya existente.

A nivel de Derecho comparado, ya incluso existen iniciativas legales y tendencias doctrinarias relativamente incipientes que postulan la desmaterialización de la cláusula arbitral, bien sea por admitirla cuando es formulada oralmente, o ya porque se desprenda implícitamente de la actuación o comportamiento de las partes⁵. Tales postulados son serios y atendibles,

Según el artículo 7 de la Ley Modelo (modelo de ley) de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su Opción 1: «El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente».

Consultada en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf en julio de 2010.

³ BADELL MADRID, Rafael: «Medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho Administrativo venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos». En Libro del Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Luis H. Farías Mata, tomo II. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 137.

⁴ Bajo el artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, «cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3)».

⁵ Según el artículo 7 de la Ley Modelo (modelo de ley) de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su Opción 2: «El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no». La Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre el referido artículo 7,

pero no serán analizados aquí por cuanto su extensión a entes estatales probablemente encontrará gran resistencia jurisprudencial en el futuro previsible en América Latina. Asumiremos, por lo pronto, que para el arbitraje de Estado, incluyendo el contencioso-administrativo, la cláusula arbitral debe, conceptualmente, ser escrita. Entre las fuentes normativas internacionales, la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 (conocida como la Convención de Nueva York)⁶ requiere que la cláusula arbitral sea escrita para que el laudo relevante quede protegido o cubierto en cuanto a su ejecución por dicha Convención.

Ahora bien, que sea escrita quiere decir que esté fijada en un soporte físico o material, que preferiblemente pueda ser impreso, con palabras concretas que no sean alteradas ni sustituidas en el tiempo. El requerimiento de escrito se entiende en cuanto busca estabilidad y certeza sobre el contenido y alcance objetivo de la cláusula. Debe entenderse que la cláusula o acuerdo arbitral es escrito, por ejemplo, cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, faxes, telegramas, correos electrónicos u otros medios de telecomunicación que deje constancia del acuerdo y sea accesible para su ulterior consulta en

soporte electrónico, óptico o de otro tipo. Asimismo, también debe considerarse que hay una cláusula o convenio escrito cuando el mismo esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y defensa dentro del procedimiento arbitral, en los cuales la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte y no excepcionada o rechazada expresamente por la otra⁷.

Para dar verdadera prevalencia y vigencia práctica a una institución como el arbitraje, que busca el acceso a la justicia sustantiva, escrito no necesariamente quiere decir firmado, suscrito ni consentido, también por escrito, por todas las partes vinculadas por la cláusula. No se requiere firmar, es decir, no se exige ser signatario del compromiso arbitral. Una parte podría consentir con su conducta inequívoca en sujetarse a una cláusula arbitral escrita, suscrita por otras partes. Más allá de ello, con base en el principio de la buena fe, uno de los pilares del arbitraje, tal vez podríamos plantear este asunto en términos inversos, indagando no quien consintió en la cláusula sino, mejor dicho, a quien no debería permitírsele invocar como defensa su falta de consentimiento bajo principios elementales de una justicia con existencia real, independientemente de asuntos de forma. La interpretación según la buena fe le otorga una importancia capital a la intención de las partes a la hora de es-

expresa: «Los profesionales del arbitraje han señalado que, en varias situaciones, la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica. En los casos en que la voluntad de las partes para someterse a arbitraje no constituye un problema, debería reconocerse la validez del acuerdo de arbitraje. Por ese motivo, y con miras a ajustar mejor su contenido a las prácticas contractuales internacionales, se revisó en 2006 el artículo 7. En ese momento, la Comisión aprobó dos opciones, que reflejan dos formas distintas de abordar la cuestión de la definición y forma del acuerdo. La primera opción mantiene la estructura detallada del texto original de 1985. En ella se confirma la validez y eficacia de un compromiso por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia existente (compromis) o futura (clause compromissoire). Conforme a la Convención de Nueva York se exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, pero se amplía el sentido tradicional de ese concepto al equiparar la forma escrita con todo otro medio "que deje constancia de su contenido en cualquier forma". El acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido». Consultada en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf en julio de 2010.

⁶ Cfr. ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela número 4.832, del 29 de diciembre de 1994.

⁷ Cfr. artículo 7 de la Ley Modelo (modelo de ley) de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

tablecer la extensión de la cláusula arbitral, buscando descubrir cuáles fueron sus verdaderas determinaciones⁸. La buena fe implica lealtad y reciprocidad —es decir, una correspondencia mutua y fidedigna de las personas—, y busca reconstruir el proceso psicológico de la intención común de las partes.

No debe considerarse que el anterior postulado debilita o relaja el requerimiento de inequívoco para el consentimiento al arbitraje⁹. Inequívoco quiere decir que no admite duda o equivocación y tales extremos pueden establecerse racionalmente en casos concretos, si la cláusula es escrita, independientemente de quien la haya suscrito o firmado formalmente.

3. DIFERENCIA ENTRE TRANSFERENCIA Y EXTENSIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

El test antes referido para la extensión de la cláusula arbitral debe aplicarse fuera de lo que se denominaría la transferencia de la cláusula arbitral. La transferencia es menos complicada ya que se aplica si el contrato que contiene la cláusula es cedido, por actos *inter vivos o mortis causa*, bien sea con mención expresa por las partes o, incluso, *ope legis*. Se refiere, por ejemplo, a casos de fusiones de personas jurídicas o compras de derechos contractuales. Son cuestiones que deben, sin duda, analizarse bajo el derecho sustantivo que rige el fondo del acto o negocio jurídico relevante.

La extensión de la cláusula arbitral es distinta a su transferencia. La extensión se refiere a vincular o tener el poder de com-

pelar al arbitraje a personas, naturales o jurídicas, que no hayan consentido por escrito precisamente en la cláusula arbitral (que sí esté escrita). Es un asunto que, como veremos, no puede regirse estrictamente por el derecho sustantivo aplicable al contrato o fondo de la controversia relevante. Ello se debe, en primer lugar, a que el arbitraje, como institución jurídica distinguible de la jurisdicción judicial, implica la aplicación de principios que dan prevalencia a la sustancia sobre la forma y a la justicia sustantiva y real por sobre la seguridad jurídica, en caso de ser necesario. Así lo sugieren la separabilidad de la cláusula arbitral y el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, así como el hecho de que el recurso de nulidad contra el laudo puede, inherentemente, ser regido en cuando a sus causales y procedimiento por el derecho del lugar del arbitraje, que no necesariamente tiene que coincidir con el derecho aplicable al fondo de la controversia.

La posibilidad de desdoblarse o diferenciar Derechos sustantivos ya insinúa que la arbitrabilidad subjetiva puede estar sometida a principios particulares. Esos principios deben tomar como guía persuasiva, pero no estricta ni vinculante, el derecho aplicable al fondo del asunto y el que rige la arbitrabilidad en el lugar del arbitraje, pero teniendo en cuenta que la base histórica y origen del arbitraje tiene características propias, y que cuando en países como Venezuela se reconoce constitucionalmente al arbitraje (artículos 253 y 258 de la Constitución) es precisamente para dar vigencia a esas características y no para dejar la cuestión al libre albedrío del legislador o de los jueces. Dos de esas características son la flexibilidad y

⁸ Sobre este particular, *cf.* laudos arbitrales dictados en el ámbito de la Cámara de Comercio Internacional (caso 4145), en los años 1983, 1984 y 1985, citados por: ARNALDEZ, J.; DERAIS y otros: *Collection of ICC Arbitral Awards -Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1986-1996*. París. Kluwer Law International, 1999, p. 54.

⁹ *Cfr.* sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 192, de fecha 28 de febrero de 2008, caso *Bernardo WEININGER, Hernando DÍAZ CANDIA y Ramón ESCOBAR ALVARADO*, expediente: 04-1134. Esta decisión hace un recuento de precedentes sobre el carácter inequívoco del consentimiento al arbitraje.

el acercamiento a la verdad efectiva como mecanismos de acceso a la justicia sustantiva. Interpretar o aplicar de manera rígida o limitativa las cláusulas arbitrales en asuntos intersubjetivos, sería palmariamente contrario a las mismas.

Puede entenderse que cause recelo que, por un lado, el arbitraje base su esencia y la exclusión de la jurisdicción judicial en el consentimiento de las partes, pero que por el otro se hable de la posibilidad de extender la cláusula arbitral a personas que no han consentido en ella de manera nominalmente precisa. Pero el asunto no se trata de llevar forzosamente al arbitraje a personas que no han consentido en ello. Se trata de dar verdadera vigencia práctica a ese consentimiento, para que el mismo tenga un alcance significativo y trascendental para quien sí lo manifestó y a la vez no se permita que la retención formal del consentimiento por otras personas obstaculice el acceso a la justicia sustantiva. Debemos reconocer, sí, que se trata de un asunto delicado, que debe ser manejado con prudencia y sin excesos, pero no formalistamente, es decir, no con exagerada preocupación por requisitos externos o aspectos de expresión en los actos jurídicos.

4. EL TEST PARA DETERMINAR LA EXTENSIÓN INTERSUBJETIVA

Como vimos, entonces, lo fundamental para determinar la extensión de la cláusula arbitral no es ver qué personas están expresamente mencionadas en ella, sino qué personas se encuentran en una especial situación de hecho, que las hace diferenciables del resto de la colectividad, con

respecto a la cláusula arbitral. Esa situación puede basarse en que las personas tienen –o racionalmente deben tener– un conocimiento privilegiado de la cláusula arbitral, porque poseen una relación corporativa con las personas mencionadas en la cláusula y han participado trascendentalmente en el desarrollo del contrato o los hechos a los que se refiere la controversia; o porque puede concluirse con justicia que la separación formal de la personalidad jurídica está siendo usada abusivamente solo para impedir el acceso al arbitraje¹⁰. Esas personas tienen intereses personales y directos en la controversia a la que se refiere la cláusula arbitral, debido a su especial conexión con las partes y con la controversia. Por tanto, debe considerarse que se encuentran bajo la esfera subjetiva de la cláusula arbitral. Ello puede lograrse o concluirse de dos maneras: primero, permitiendo que en la exclusión de la jurisdicción judicial, el consentimiento se haga extensible a quien es formalmente separado pero sustancialmente muy cercano; y segundo, determinando que la persona formalmente separada manifestó su consentimiento de manera inequívoca (aunque no escrita) o que al menos no puede retenerlo o negarlo legítimamente. Probablemente se trata de una cuestión sobre hechos que deben ser apreciados casuísticamente, lo cual dificulta la formulación de principios absolutos, pero no impide un intento de aproximación a éstos.

Así, debe tenerse presente la manifestación que debe jugar el principio de flexibilidad del arbitraje con respecto al consentimiento en la cláusula arbitral¹¹. La jurisprudencia ha impuesto requisitos severos para los acuerdos o cláusulas arbitrales,

¹⁰ «There is no right, however well established, which could not, in some circumstances, be refused recognition on the ground that it has been abused». Sir Hersch LAUTERPACHT: *Development of International Law by the International Court*. Londres, 1958, p. 164. «No hay derecho, por más que bien establecido, al que no pueda, en algunas circunstancias, negársele reconocimiento por haber sido abusado» (traducción libre).

¹¹ BRIMSMEAD, Simon Winston: *Extending the Application of an Arbitration Clause to Non-Signatories: Which Law Should Apply?* (April 15, 2007). Consultado en: <http://ssrn.com/abstract=980483> en junio de 2010.

entre ellos que la cláusula deba ser escrita e inequívoca. Pero si tales requisitos se cumplen, la subsecuente pregunta de quién puede ser parte –como legitimado activo o pasivo– de un arbitraje puede, y debe, ser determinada sin atención a esos requisitos severos. El arbitraje es una institución destinada a dar prevalencia a la justicia sustantiva por sobre la seguridad jurídica (sin plantearse que tales conceptos deban ser necesariamente contradictorios) y que, por ejemplo, en materia probatoria debe estar destinado a acercarse a la verdad efectiva (no simplemente procesal), con base en la flexibilidad de la carga de la prueba. Ese mismo principio de acceso a la justicia sustantiva implica que las formas jurídicas no deben ser utilizadas rígidamente para evadir el arbitraje, ni siquiera cuando se trate de personas de Derecho Público o de carácter estatal.

5. CASOS DE ARBITRAJE ENTRE ESTADOS Y ARBITRAJE DE INVERSIONES

En el punto concreto de la extensión de la cláusula arbitral, en el arbitraje entre Estados y en el arbitraje de inversiones, los tratados normalmente solucionan el asunto de manera parcial, haciendo o permitiendo que se haga sujeto pasivo del arbitraje a la persona con personalidad jurídica en Derecho Internacional Público, aunque ésta no haya estado directa e inmediatamente involucrada, de manera formal, en los hechos que dieron lugar a la disputa arbitral. La solución, en ese caso, no es llevar al arbi-

traje a la persona jurídica que incurrió en los hechos o celebró el negocio jurídico, sino que se presume que el consentimiento de la persona con personalidad jurídica en Derecho Internacional Público se extiende a su consentimiento para tomar el lugar de otra en el arbitraje, haciéndose a aquélla responsable por los actos de ésta. De esta forma, las denominadas instrumentalidades, bien sea político-territoriales o descentralizadas funcionalmente, crean responsabilidad arbitral para el Estado al que pertenecen. En otros casos, las normas sustantivas crean deberes de vigilancia o supervisión directamente sobre el ente político-territorial con personalidad en Derecho Internacional Público¹².

Concretamente en el arbitraje de inversiones, cuando el consentimiento del ente estatal relevante venga dado o suplido por una ley, decreto ley, o tratado internacional, el consentimiento del particular para acceder al arbitraje estaría contenido en la solicitud de arbitraje o demanda arbitral misma, pues obviamente el particular no puede suscribir la ley, decreto ley, o tratado. Es como si el consentimiento a arbitraje del ente estatal fuese una oferta para acceder a arbitraje, y la solicitud o demanda arbitral del particular una aceptación de la oferta que cierra el negocio y por lo tanto perfecciona la jurisdicción-competencia del tribunal arbitral. En estos casos, a todo evento, si la ley, decreto ley o tratado que ofrezca el arbitraje cubre o resulta aplicable a contratos administrativos o a ciertos negocios o inversiones, el

¹² En este contexto, instrumentalidades (derivado del inglés instrumentality, y cuya más correcta traslación al castellano puede ser instrumento) equivale al conjunto de diversas personas que son combinadas para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de los fines que una constitución ha previsto para el Estado soberano relevante. El Estado tiene interés y es responsable por esas personas, que formalmente gozan de personalidad jurídica propia, es decir, son entes descentralizados de carácter estatal. En Derecho comparado, el concepto de *instrumentalities* parece haberse derivado de lo que en Francia se denominaron *émanations de l'Etat* en varios casos sobre nacionalizaciones en la década de 1970-1979. Cfr. en francés: Pierre-Marie DUPUY: *Les émanations engagent-elles la responsabilité des Etats? Etude de droit international des investissements*. Citado como: EUI Working Paper LAW N° 2006/7. Consultado en: <http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/4294/1/LAW%202006-07.pdf> en julio de 2010.

arbitraje –de completarse la aceptación de la oferta por el particular– incluirá lo relativo a la anulación de actos administrativos de efectos particulares, emitidos por la persona estatal o sus instrumentalidades cuyo consentimiento es suplido, que incidan de manera directa sobre el contrato, negocio o inversión.

6. SITUACIÓN DEL ARBITRAJE ORDINARIO

En el arbitraje ordinario la situación se presenta distinta al arbitraje entre Estados y al arbitraje de inversiones. En el arbitraje ordinario (dentro del cual está el arbitraje comercial), las tendencias modernas apuntan hacia aceptar la posibilidad de llevar al arbitraje a una persona que no haya suscrito nominal y expresamente la cláusula arbitral, bien sea por el levantamiento del velo corporativo (desconocimiento de un atributo de la personalidad jurídica), por principio de agenciamiento, gestión de negocios, de estipulaciones a favor de terceros, u otras teorías tales como la del anglosajón *Estoppel*¹³. Algunas de esas doctrinas o teorías tienen su base en el derecho aplicable al fondo de la controversia, pero, como señalamos *supra*, tal derecho debe ser una guía que no desconozca la separabilidad de la cláusula arbitral ni la vigencia práctica del arbitraje como institución con un origen y características muy particulares. La cláusula arbitral es en sí misma un contrato, pero sujeto a reglas de formación particulares y no formalistas, es decir, que no conciernen a requisitos externos de expresión.

En una especie de lugar especial o categoría particular y autosuficiente para la extensión de la cláusula arbitral se encuen-

tra, en nuestro criterio, el levantamiento del velo corporativo. Este puede aplicarse si se determina, racionalmente, que el suscriptor de la cláusula arbitral es un mero *alter ego* de otra persona o grupo de personas, de manera que el no suscriptor de la cláusula pueda ser compelido al arbitraje. Si en una persona se reconoce, identifica o ve un trasunto de otra, ambas deben considerarse vinculadas por la cláusula arbitral, en caso de que diferenciarlas a efectos de la cláusula arbitral equivalga a facilitar un fraude o una injusticia sustantiva. El caso prototípico de esta situación sería que una compañía subsidiaria figure como la suscriptora de la cláusula arbitral, pero en realidad las acciones sean dirigidas o controladas corporativamente por la accionista matriz, quien además detenta activos patrimoniales importantes para el arbitraje.

Para el levantamiento del velo corporativo con respecto a la cláusula arbitral, basta y es suficiente para extender la cláusula concluir que la personalidad jurídica se está usando como simple pretexto para eludir la justicia sustantiva, real y material. No se requiere analizar si las partes, consideradas formalmente como separadas, han participado en la ejecución del contrato o en los hechos a los que se refiere la controversia. De forma paralela a lo que dispone el Código Civil venezolano para la responsabilidad civil extracontractual por abuso de derecho, puede decirse, sin tener que discernir la existencia formal del consentimiento, que una parte no puede pretender evadir legítimamente un arbitraje excediendo, en el ejercicio de su personalidad jurídica, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferida tal personalidad.

¹³ En Derecho consuetudinario anglosajón, Estoppel es una doctrina o concepto que impide a una persona negar o aseverar algo contrario a lo que, por virtud de la ley, ha sido establecido como la verdad, ya sea por actos de funcionarios estatales o por actos propios o aseveraciones previas, expresas o implícitas. Cfr., 28 AM.JUR.2d Estoppel and Waiver, Sections 1-3, 154-156 (1966). <http://www.nynb.uscourts.gov/usbc/utidec/PJT110388.pdf>.

7. CASOS EN ESTADOS UNIDOS E INGLATERRA

Con respecto a las demás teorías que comparativamente han fundamentado la extensión de la cláusula arbitral, en los Estados Unidos de América el asunto en cuestión es regulado primordialmente por principios consuetudinarios de Derecho contractual y de agenciamiento¹⁴. Se ha sostenido, en concreto, que el arbitraje es contractual por naturaleza, pero que ello no implica que bajo la Ley Federal de Arbitraje¹⁵ la obligación de arbitrar vincule sólo a quien ha firmado personalmente la cláusula arbitral. Se ha establecido claramente que un no suscriptor de la cláusula arbitral puede ser vinculado por la misma si ello se requiere bajo los principios de Derecho contractual y de agenciamiento¹⁶. Pero al regirse por cuestiones de Derecho contractual y de agenciamiento pareciera que en Estados Unidos no se ha reconocido con plenitud la particularidad y autonomía que nosotros abogamos debe darse al asunto de la extensión de la cláusula arbitral, a pesar de que las tendencias, en cuanto amplían esa extensión más allá del formalismo y letra estricta de la cláusula, son positivas. También se ha aceptado en Estados Unidos, desde hace mucho tiempo, la incorporación por referencia, sin transcripción íntegra ni específica, de una cláusula arbitral de un contrato escrito a otro; aunque la especificidad requerida

para la referencia ha variado en algunos casos¹⁷.

En Inglaterra se aceptan incorporaciones por referencia de cláusulas arbitrales, aunque no por referencias genéricas. En una disputa relacionada con un contrato para la venta de material metálico entre una compañía turca denominada Habas y una compañía libanesa denominada Sometal, la Corte Comercial Inglesa (*High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court*) analizó una solicitud de nulidad, bajo la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996, contra un laudo sobre jurisdicción-competencia dictado en el contexto de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration, cuyo nombre comúnmente se abrevia por sus iniciales LCIA*)¹⁸. La compañía turca Habas objetó la jurisdicción del tribunal arbitral con el argumento de que la frase general “todo el resto será igual a nuestros contratos previos” (*all the rest will be same as our previous contracts*) era insuficiente para incorporar por referencia una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado previamente entre las mismas partes. La Corte Comercial Inglesa declaró con lugar el recurso de nulidad contra el laudo, señalando que para la incorporación por referencia de cláusulas arbitrales se debe seguir un criterio restrictivo o riguroso, que no acepta frases generales o no específicas.

¹⁴ El denominado Derecho de agenciamiento (Agency Law o Law of Agency) es una rama del Derecho Comercial estadounidense que se ocupa o trata de relaciones contractuales, cuasi contractuales o extracontractuales en las que un agente está autorizado para actuar por cuenta de otra persona, creando para ésta relaciones legales con terceras personas. Tal pudiera ser el caso de la figura que en Venezuela se denomina la gestión de negocios.

¹⁵ El texto en inglés de dicha ley (U.S. Federal Arbitration Act) fue consultado en <http://www.adr.org/sp.asp?id=29568> en febrero de 2010.

¹⁶ Se ha realizado una paráfrasis no estricta de la decisión judicial emitida en 1995 en el caso: Thomson-CSF, S.A. vs American Arbitration Association and Evans & Sutherland Computer Corp. 63 F. 3d 773, 776.

¹⁷ A nivel estatal, cfr. caso: Frank J. Rooney Inc vs. Charles W. Ackerman of Florida, Inc. 219 So.2d 110 (1969). A nivel federal, cfr. caso: Grundstat vs. Ritt. 106 F.3d 201 (1997).

¹⁸ Decisión del 18 de enero de 2010 en el caso Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri A.S. vs. Sometal SAL. Citado como: [2010] EWCH 29 (comm.). Consultado en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2010/29.html>.

8. GRUPOS DE PERSONAS JURÍDICAS

Volviendo propiamente al asunto de la extensión de la cláusula arbitral (fuera del tema de incorporaciones por referencia), en las jurisdicciones europeas se ha aplicado la doctrina del grupo de compañías. El caso bandera en esta materia es el de *Dow Chemical Group vs. Isover-Saint Gobain*¹⁹, en el cual dos compañías del grupo Dow Chemical celebraron una serie de contratos de distribución. Los cosignatarios de esos contratos cedieron sus derechos a Isover-Saint Gobain. Posteriormente, las dos compañías del grupo Dow Chemical y –adicionalmente– otras compañías de éste que no habían suscrito los contratos iniciaron procedimientos arbitrales contra Isover-Saint Gobain.

Isover-Saint Gobain objetó la jurisdicción del tribunal arbitral, el cual rechazó la objeción y declaró su propia jurisdicción-competencia, así como la legitimación activa arbitral de todas las compañías del grupo Dow Chemical, puesto que una de las compañías Dow Chemical no firmantes de la cláusula arbitral había despachado los productos bajo los contratos y la otra compañía no firmante era la matriz de una firmante y la dueña de todas las marcas comerciales involucradas. Este caso, debe notarse, dio mucha importancia a que las compañías no firmantes no solo estaban relacionadas corporativamente con las firmantes, sino que además habían participado de una forma u otra en la ejecución y desarrollo del contrato.

Pareciera, así, que en Francia se han aplicado, para interpretar la extensión subjetiva de la cláusula arbitral, principios dis-

tintos a los de la ley que rige el fondo del contrato, pues la ley sustantiva francesa obviamente reconoce la personalidad jurídica separada de las sociedades mercantiles. Ello pudiese entenderse, tal vez, bajo la doctrina de la separabilidad de la cláusula arbitral y la autonomía de los principios que rigen la arbitrabilidad subjetiva y la exclusión de la jurisdicción judicial.

9. PRECEDENTES SOBRE PERSONAS ESTATALES

Pasando al punto concreto de los entes estatales, una pregunta que con frecuencia se plantea es si las cláusulas arbitrales celebradas por los entes descentralizados funcionalmente (empresas del Estado e institutos autónomos, principalmente) pueden ser ejecutadas o aplicadas contra el ente político-territorial al nivel correspondiente (en el caso venezolano, la República, los Estados y los Municipios), y viceversa. A nivel internacional, el caso emblemático en esta materia es *S.P.P. (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt*²⁰, conducido en París bajo las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

S.P.P. (Middle East) Limited, una compañía domiciliada en Hong Kong, celebró un contrato con *The Egyptian General Company for Tourism and Hotels (EGOTH)*, una compañía propiedad de la República Árabe de Egipto; y, en adición, con la República Árabe de Egipto propia y directamente. Subsecuentemente, EGOTH celebró otro contrato con S.P.P. que no incluyó expresamente como parte a la República Árabe de Egipto, a pesar de sí haber contenido la firma del Ministro de Turismo de dicha República. El contrato se refería a la cons-

¹⁹ ICC Case N° 413, laudo interlocutorio del 23 de septiembre de 1982 y decisión judicial de la Corte de Apelaciones de París de fecha 21 de octubre de 1983.

²⁰ Caso ICC N° 3493 del año 1983, conocido como «El caso de las pirámides de Egipto».

trucción de dos centros turísticos e incluyó una cláusula arbitral. Junto a la firma del Ministro aparecían las palabras “aprobado” y “ratificado”.

Ante la posterior rescisión del contrato, S.P.P. demandó en arbitraje —en París, ante la Cámara de Comercio Internacional— a ambos, EGOH y la República Árabe de Egipto. Esta última objetó la jurisdicción-competencia del tribunal arbitral, pero éste desechó la objeción señalando que la inclusión de la firma del Ministro había constituido clara evidencia de la intención de la República de vincularse bajo la cláusula arbitral. No obstante, la República de Egipto llevó posteriormente el caso a la Corte de Apelaciones de París, la cual declaró procedente la objeción jurisdiccional de aquélla. En segunda etapa judicial, la Corte Francesa de Casación ratificó la sentencia de la Corte de Apelaciones, bajo la premisa de que la inclusión de la firma del Ministro Egipcio, bajo la ley egipcia, no implicaba necesariamente la vinculación de la República en la cláusula arbitral, sino la aprobación para que EGOH se vinculara en dicha cláusula.

El caso en cuestión, que mantiene vigencia como jurisprudencia persuasiva en el siglo XXI, puso claramente en evidencia que la propiedad o control de una compañía por parte del Estado, e incluso la aprobación del contrato por éste, no son suficientes para vincular o compeler al Estado al arbitraje si quien firmó la cláusula arbitral fue la compañía, ni viceversa. No obstante, no cerró

la puerta para que, de existir otros factores, tales como la interdependencia en la ejecución del contrato o la intención de las partes más claramente expresada, sí pueda servir de base para ello, aun en ausencia de la suscripción expresa de la cláusula arbitral por el Estado.

Un claro ejemplo de ello lo constituye el más reciente caso *Svenska Petroleum Exploration AB vs Government of Republic of Lithuania and AB Geonafta*²¹, en el cual se analizaron tales circunstancias colaterales, junto a la existencia de un documento posterior en el que el Estado lituano había reconocido el contrato y declarado haberse obligado bajo el mismo como si hubiese sido su firmante original.

En todo caso, debe tenerse presente que, en muchas oportunidades, el Estado podría tratar de excepcionarse de la cláusula arbitral invocando leyes emitidas por los órganos legislativos de ese mismo Estado, lo cual debe ser tratado con mucho cuidado, por un lado para no restar vigencia al Derecho existente, y por otro lado para impedir abusos contra la institución arbitral. Como hemos señalado, el principio de interpretación pro arbitraje implica que de existir alguna duda sobre la vigencia, alcance y/o efectos de un acuerdo de arbitraje, ésta debe ser resuelta a favor del arbitraje²². Este principio debe valerse necesariamente de un método interpretativo que le permita alcanzar efectividad práctica y que utilice todas las normas concretas que desarrollan el criterio de interpretación según la buena fe²³.

²¹ Sentencia de la Corte Inglesa de Apelaciones (English Court of Appeal) del año 2006, citada como: EWCA Civ 1529, English App.

²² Véase decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, casos: *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc* y *First Options of Chicago v. Kaplan*, respectivamente. Véase también decisión de la Oberlandesgerichtsof de Munich de 8 de febrero de 1991, citada por BORN, Gary: *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Commentary and Materials. Nueva York. Transnational Publishers-Kluwer Law International, 2001, p. 317.

²³ Un ejemplo bastante tosco, pero a la vez ilustrativo (en el cual el principio de buena fe impediría evadir un arbitraje) sería que un particular que no haya suscrito una cláusula arbitral sea demandado judicialmente y utilice la cláusula arbitral para objetar la jurisdicción judicial, pero luego, al ser demandado en arbitraje, alegue que no consintió en dicha cláusula.

Los lineamientos de los casos *Dow Chemical Group vs. Isover-Saint Gobain* y *Svenska Petroleum Exploration AB vs Government of Republic of Lithuania and AB Geonafra*, a pesar de no decirlo expresamente, se basan –en nuestro criterio– en cuestiones relativas al acceso a la justicia sustantiva, no fundadas estrictamente en el Derecho positivo aplicable al fondo de la controversia. Ambos casos parecen, por tanto, reconocer la autonomía de la cláusula arbitral en la determinación de su aplicación intersubjetiva, siempre buscando la prevalencia de la sustancia sobre la forma. Ambos casos, además, se concentraron mucho en los hechos particulares para establecer esa aplicación subjetiva, más que en normas rígidas como fuente de Derecho.

Ya existen además, en Derecho positivo, normas que de alguna forma tienden, aunque sea indirectamente, a reconocer que el Estado y los entes estatales podrían constituir, para algunos efectos arbitrales, una misma unidad. El artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial de la República Dominicana de 2008 establece, por ejemplo, que tratándose de un arbitraje en el que el Estado dominicano sea parte, la notificación de la demanda arbitral deberá realizarse en manos de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, quienes informarán sobre el mismo, de inmediato, a la Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo. Si la parte demandada es una institución descentralizada o autónoma del Estado, el demandante notificará la demanda arbitral tanto a la institución correspondiente como a la Procuraduría General de la República y a la Contraloría General de la República Dominicana.

En el campo del arbitraje ordinario, en materia de actos administrativos de efectos particulares cuyo objeto o contenido sea o se refiera al ejercicio de una cláusula exorbi-

tante de un contrato administrativo, de existir en el contrato una cláusula arbitral –con base en el principio de su amplitud– ésta cubriría –salvo que su texto expresamente lo excluya– lo relativo a la anulación de dichos actos administrativos, en exclusión de la jurisdicción judicial contencioso-administrativa. Lo mismo es aplicable al caso de los compromisos arbitrales. Debe tenerse presente, sin embargo, que la ley puede requerir formalidades o aprobaciones especiales para cláusulas o compromisos arbitrales celebrados por entes estatales. Pero lo importante es que el arbitraje no debe considerarse excluido de plano en cuanto a la anulación de actos administrativos y que, además, tales formalidades y aprobaciones especiales no deben impedir ni hacer ilusorio el acceso a la justicia sustantiva en la aplicación intersubjetiva de la cláusula arbitral. Contemporáneamente debe reconocerse que el arbitraje se ha ido expandiendo, y tal expansión no debe encontrar límites insuperables en el contencioso-administrativo, pues la justicia en la resolución de conflictos y el requisito de evitar múltiples procedimientos, justifican que la extensión de la cláusula arbitral sea vista con amplitud.

En cuanto al particular legitimado para recurrir contra el acto administrativo, su consentimiento puede estar obviamente contenido o manifestado en una cláusula o en un compromiso arbitral. Cuando existe una cláusula arbitral, la legitimación activa para demandar en arbitraje debe equipararse a la legitimación activa para recurrir contra el acto administrativo. No se requiere que quien pueda solicitar la nulidad del acto sea su destinatario formal y, similarmente, no debe requerirse que quien pueda usar el arbitraje haya sido el suscriptor formal de la cláusula arbitral. En todo caso, es muy probable que pueda sostenerse con seriedad, en la mayoría de las situaciones, que si un particular inicia un arbitraje contencioso-

administrativo es, precisamente, porque ese particular consintió en el arbitraje. En tal supuesto, a la Administración Pública podría permitírsele discutir si consintió o no en ser ella misma vinculada en el arbitraje, pero no necesariamente cuestionar la legitimación activa del particular para acudir al arbitraje.

Repetimos que, sin duda, el arbitraje, y la sustracción parcial de la jurisdicción judicial ordinaria que aquél implica, se fundamentan en un acuerdo de voluntades. Y es por ello, también ciertamente, que hay materias o situaciones en las cuales el arbitraje no es aceptable jurídicamente, precisamente porque a la voluntad de las partes no le está dado adoptar soluciones o consecuencias (bien sea apriorísticas o, inclusive, ex post facto, y bien sea sustantivas o adjetivas) que de alguna manera contraríen la solución o consecuencia preacuñada por el ordenamiento jurídico con carácter imperativo. Es así como el arbitraje encuentra, en mayor o menor medida, limitaciones de aplicación, por ejemplo, en materia de propiedad sobre bienes inmuebles y de estado y capacidad de las personas. Se trata de una zona que puede denominarse –a propósito del análisis– “negra”, en el sentido de que en la misma el arbitraje no es aceptable bajo el principio tuitivo. Pero fuera de esa zona negra, incluso para la anulación de actos administrativos, es aceptable que la voluntad de las partes, aunada a la voluntad de la ley, implique la sustracción de la jurisdicción judicial, siempre y cuando se asegure que la voluntad de las partes sea expresada de manera verdaderamente libre, o al menos con conocimiento de causa y suficiente advertencia. Ello se debe a que el sometimiento a arbitraje se basa, en fin de cuentas, en un consentimiento del que deben estar ausentes los vicios y

en el que debe quedar reflejada la capacidad de las partes para obligarse, como elementos esenciales a su validez.

Pueden existir, tal vez, asuntos en los que se considere que las personas de Derecho Público no pueden consentir en arbitraje. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, la Corte Suprema de ese país ha señalado que bajo la sección 2 de la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act*), los tribunales deben rehusarse a ejecutar compromisos o cláusulas arbitrales que sean irrazonables (*unconscionable*)²⁴ o que impidan la reivindicación de derechos derivados directamente de normas legales expresas²⁵. Pero esos asuntos no deben considerarse expansivamente ni en forma absoluta, sino por el contrario limitada. No existe razón para incluir tajantemente como no arbitrables a todas las cuestiones relacionadas con el orden público, como por ejemplo la anulación de actos administrativos.

10. INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS

Debemos tocar ahora, en lo referente a la aplicación intersubjetiva de las cláusulas arbitrales, el tema de los intereses difusos o colectivos. La jurisdicción que más ha desarrollado este tema es los Estados Unidos de América, bajo los principios de acciones de clase (*class actions*). Las acciones de clase son aquellas en las que se consideran sujetos o partes del litigio, con independencia de que sean o no identificados individualmente al inicio por nombre, a sujetos que son determinados o fácilmente determinables en la fase declarativa del procedimiento. El campo de mayor abundancia de acciones de clase es probablemente el ejercicio de accio-

²⁴ Cfr. decisiones de los casos *Gilmer vs. Interstate Johnson Lane Corp.*, decidido en el año 1991 y citado como 500 U.S. 20 y *Doctors Assoc Inc vs. Casarotto*, decidido en el año 1996 y citado como 517 U.S. 681.

²⁵ Cfr. decisión del caso *Equal Employment Opportunity Comisión v. Waffle House*, decidido en el año 2002 y citado como 534 U.S. 279.

nes en defensa de derechos o intereses patrimoniales de consumidores o usuarios no determinados en la fase declarativa.

En el arbitraje de acciones de clase, la decisión del caso *Stolt-Nielsen S.A. vs. Animalfeeds International Corp.*, emitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América el 27 de abril de 2010, es particularmente relevante²⁶. El *holding* de ese caso dispuso que imponer el arbitraje de acciones de clase a partes que no han consentido en autorizarlo es inconsistente con la Ley Federal de Arbitraje (9 U. S. C. §1 *et seq.*). La Corte señaló que un acuerdo implícito de autorizar el arbitraje de acciones de clase no puede ser inferido por los árbitros solo por el hecho de que las partes consintieron en el arbitraje, debido a que el arbitraje de acciones de clase cambia la naturaleza del arbitraje en grado tal que no puede presumirse que las partes consintieron en aquél simplemente por haber consentido en someter sus disputas al arbitraje.

La Corte observó, además, que el salto del arbitraje normal al arbitraje de acciones de clase tenía varias consecuencias radicales, incluyendo el número de partes en el procedimiento, la pérdida de la presunción de confidencialidad y privacidad, el impacto sobre las partes ausentes, y los riesgos comerciales de la responsabilidad para una multiplicidad de partes. De manera que, al menos en el futuro cercano, el uso del arbitraje para el litigio de intereses difusos o colectivos es cuesta arriba.

En todo caso, nuestro postulado fundamental es que, sin incluir intereses difusos o colectivos y las acciones de clase, a las

cláusulas arbitrales debe dárseles una verdadera eficacia y efectividad práctica o, como se le denomina en el campo de los tratados internacionales, un *effet utile (ut res magis valeat quam pereat)*. Es mejor que la “cosa” (la cláusula arbitral) funcione, en lugar de perecer. Hay que asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios en el Derecho, no interpretando restrictiva ni literalmente las disposiciones relativas a la aplicación intersubjetiva de las cláusulas arbitrales.

A nivel internacional se ha discutido mucho sobre el principio de la buena fe en el acceso al arbitraje, tanto para interpretar cláusulas arbitrales contenidas en tratados bilaterales de protección de inversiones, como para limitar potencialmente los actos o negocios jurídicos de particulares para ganar acceso al arbitraje bajo dichos tratados (por ejemplo, con la creación de entidades jurídicas interpuestas). Se ha hablado y analizado el abuso de la personalidad jurídica, de las formas corporativas, o del sistema de protección de inversiones internacionales, especialmente cuando los Estados soberanos alegan que un particular no es verdaderamente un nacional de otro Estado específico. Es decir, los particulares no pueden abusar de las formas jurídicas para acceder al arbitraje²⁷. La otra cara de ese mismo principio o argumento, sin embargo, es que los entes estatales y los particulares tampoco pueden abusar de las formas jurídicas para evadir el arbitraje. A nivel internacional se habla, así, sobre la aplicación consistente del requisito de buena fe (*bonne foi, good faith*), y de no desviación de poder (*détournement de pouvoir*), como principios básicos que gobiernan la creación y cumpli-

²⁶ Decisión del 27 de abril de 2010, citada como: 130 S.Ct. 1750 (U.S. 2010).


²⁷ Cfr. laudo arbitral (decisión sobre jurisdicción) de fecha 10 de junio de 2010 en el caso Mobil Corporation et al. vs. República Bolivariana de Venezuela, caso CIADI ARB/07/27, p. 34. Consultado en <http://www.worldbank.org/icsid> en agosto de 2010.

miento de obligaciones legales²⁸. Esos mismos principios deben gobernar la extensión intersubjetiva de los acuerdos de arbitraje de Estado.

10. CONCLUSIÓN

El acceso al arbitraje debe fundamentarse en acuerdos o cláusulas arbitrales escritas (aunque ya existen posiciones que abogan por la desmaterialización de las mismas). Que sean escritas, sin embargo, no necesariamente quiere decir que deben ser firmadas, suscritas ni consentidas, también por escrito, por todas las partes vinculadas por la cláusula. Lo fundamental para determinar la extensión intersubjetiva de la cláusula arbitral no es ver qué personas están expresamente mencionadas en ella o en el instrumento que la contiene, sino descifrar qué personas se encuentran en una especial situación de hecho, que las hace diferenciables del resto de la colectividad, con respecto a la cláusula arbitral. Esa situación puede basarse en que las personas tienen —o racionalmente deben tener— un conocimiento privilegiado de la cláusula arbitral, porque tienen una re-

lación corporativa con las personas mencionadas en la cláusula y han participado trascendentalmente en el desarrollo del contrato o los hechos a que se refiere la controversia, o porque puede concluirse con justicia que la separación formal de la personalidad jurídica está siendo usada abusivamente con el único fin de impedir el acceso al arbitraje. Esas personas tienen intereses personales y directos en la controversia a la que se refiere la cláusula arbitral, debido a su especial conexión con las partes y con dicha controversia.

El principio de interpretación pro arbitraje implica que de existir alguna duda sobre la vigencia, alcance y/o efectos de un acuerdo de arbitraje, ésta debe ser resuelta a favor del arbitraje. Este principio debe valerse necesariamente de un método interpretativo que le permita alcanzar efectividad práctica y que utilice todas las normas concretas que desarrollan el criterio de interpretación según la buena fe. Los particulares no pueden abusar de las formas jurídicas para acceder al arbitraje, como tampoco pueden hacerlo para evadir el arbitraje tanto particulares como entes estatales. 

²⁸ ICJ Report 1974. La Haya. Corte Internacional de Justicia, 1974, p. 473.

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL MULTIPARTITO

JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN (*)

SUMARIO: *1. Efectos sustantivos del convenio arbitral. Regla general: Relatividad del convenio arbitral. 2. Supuestos de multilateralidad del convenio arbitral. 2.1. Relaciones multipartitas de carácter vertical: 2.1.1. Arbitraje y grupos de sociedades. 2.1.2. Arbitraje y Estados y personas jurídico-públicas integradas en la organización estatal. 2.2. Relaciones multipartitas de tipo horizontal. 2.3. Problemática de los arbitrajes multipartitos. 3. Diversas concepciones positivas del arbitraje multipartito: Ley Arbitral Peruana. Revisión de 2010 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.*



1. EFECTOS SUSTANTIVOS DEL CONVENIO ARBITRAL. REGLA GENERAL: RELATIVIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral, en cualquiera de sus modalidades reconocidas por el derecho positivo, tiene, como todo contrato, un efecto general de carácter sustantivo, que se manifiesta en la obligatoriedad de lo convenido (*pacta sunt servanda*), y su irrevocabilidad, produciendo eficacia únicamente entre las partes o sus causahabientes (*res inter alios acta*).

El arbitraje consiste, *prima facie*, en una atribución de competencia a los árbitros, que tiene su fundamento y límite en la voluntad de las partes. No sería conveniente, ni siquiera correcto, en el actual estadio

de desarrollo institucional del arbitraje, hacer dejación de una de las componentes, contractual y jurisdiccional, que conforman la institución arbitral. Por ello, la fuerza obligatoria del acuerdo no ha de limitarse a la posibilidad de accionar en base al contrato, para que las autoridades competentes fueren a constituir y establecer el proceso arbitral, que es el efecto primero, particular y privativo del arbitraje. La intervención judicial para hacer cumplir lo pactado supone de hecho el inconveniente que las partes decidieron evitar acudiendo a los árbitros. Es un contrasentido que, queriendo alejar en principio la jurisdicción estatal, ésta tenga que intervenir desde el inicio para constituir la relación o proceso arbitral. Todo ello, trasladado al campo internacional, redoblaría aún más los inconvenientes por la confluencia insoslayable de conflictos.

(*) Letrado de las Cortes y del Consejo de Estado (excedente). Titular de la Cátedra de Derecho Arbitral URJC-IDP. Madrid. Árbitro Internacional.

Es el principio *pacta sunt servanda* o el de la fuerza obligatoria de los contratos el que aparece en primer término como efecto general, sustantivo y positivo del pacto arbitral, por el que se constituye la jurisdicción paccionada que tras el proceso pone fin a la controversia. Se trata de un principio universal, que no necesita convalidarse en relación a un ordenamiento concreto. Pero el principio básico de la fuerza obligatoria de todo contrato, debe ser completado con el de la relatividad, que presenta en el arbitraje connotaciones específicas, como veremos más adelante, que desbordan el concepto tradicional y cerrado del *res inter alios acta*.

El principio *pacta sunt servanda* en el que rige la fuerza obligatoria de los contratos y por el cual nace la obligación recíproca de cada una de las partes intervinientes para someterse al arbitraje pactado, no deja de suscitar importantes consecuencias pero también grandes dificultades en su plena acepción y aplicación sobre todo en el arbitraje internacional en materia de inversiones.

Pero al mismo tiempo el principio de *res inter alios acta* o fuerza relativa de los contratos hace que sólo sea instituido un arbitraje respecto de las partes en un convenio, limitando los efectos frente a terceros. De aquí su importancia en las relaciones internacionales en las que concurren una multiplicidad de partes.

La fuerza obligatoria de los contratos en lo que concierne al convenio arbitral es entendida como una regla material que encuentra su legitimidad en sí misma o en un texto positivo sin acudir a una operación propia de un sistema conflictual. Esta obligación fue reconocida tempranamente por el Derecho convencional del arbitraje. El Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje lo tenía admitido

implícitamente cuando afirma en su artículo 1: “*la validez, entre partes sumisas a la jurisdicción de los Estados contratantes, del compromiso, así como de la cláusula compromisoria*”.

La Convención de Nueva York de 1958, reproduce prácticamente este precepto en su artículo I parágrafo 1, según el cual “*cada uno de los Estados contratantes reconoce la convención escrita por la cual las partes se comprometen a someter a un arbitraje ciertas diferencias que son planteadas o que podrían plantearse entre ellas respecto de una relación jurídica determinada, contractual o no contractual, sobre una cuestión susceptible de ser resuelta por vía de arbitraje*”. Utilizando la misma vía indirecta la Convención de Ginebra de 21 de abril de 1961 lo reconoce ampliamente e incluso en demasía puesto que uno de sus objetivos principales fue el de lograr la constitución de los tribunales arbitrales en caso de desacuerdo de las partes y como primera consecuencia y más directa del convenio arbitral.

Lo cierto es que la convención arbitral así entendida limita sus efectos a las partes y/o sus causahabientes. Y por la misma razón, el proceso arbitral se sigue entre las partes que lo son del contrato. Los terceros carecen de legitimación, como regla general, para concurrir a un proceso que les es ajeno, aunque, indudablemente, pueda darse el caso de que la decisión recaída les afecte más o menos directamente, sin perjuicio de la oposición de tercería en ejecución de sentencia.

No obstante, y como ya hemos advertido, apreciación tan evidente para el Derecho interno, no deja de producir en la práctica inconvenientes serios, sobre todo en aquellas relaciones derivadas de contratos complejos de cooperación internacional

a largo plazo, y de los que, como uno de los aspectos más destacables, cabe señalar su multilateralización. Hemos visto que, en los diversos grados de negociación o de ejecución de estas operaciones, intervienen con diversos títulos, partes asimismo diversas.

En esos casos más que de un contrato, se trata de una constelación de actos y negocios en torno a un núcleo inicial, y al servicio de una idea más o menos determinada de colaboración y cooperación. Es posible concebir pues la extensión de los efectos del convenio respecto de otros sujetos, como de otros contratos conexos al principal.

Semejante manifestación no se compeadece *prima facie* con la naturaleza del arbitraje que encuentra su último fundamento en la voluntad de las partes expresada en un convenio. Constituye sin duda un obstáculo en muchos casos insuperable resolver las dificultades inherentes a la resolución de un litigio con pluralidad de partes en el ámbito del arbitraje internacional, en el que, es frecuente la presencia de partes con distintos cometidos dentro del contrato principal y la presencia asimismo de consorcios sometidos a diversos ordenamientos cada uno de ellos, todo ello enmarcado por la magnitud y complejidad de los contratos base o principales.

La consecuencia de ello ha sido la apertura de un nuevo frente de dificultades en la consideración y regulación del arbitraje internacional, materializado en la denominada existencia de arbitrajes multipartitos o en el levantamiento del velo societario a la hora de hacer llegar a un mismo arbitraje diversas partes y una diversidad de contratos suscritos con una única finalidad. La cuestión es compleja y no permite fáciles soluciones, ya que el origen convencional de la jurisdicción arbitral prima en este aspecto, para limitar cualquier extensión de

los efectos del consentimiento emitido por las partes.

En definitiva, el fenómeno de la *relativización de los efectos de los contratos*, tiene una especial problemática en los atinente al convenio arbitral debido a la naturaleza del comercio internacional, donde es frecuente que una pluralidad de operadores (personas jurídicas, sociedades mercantiles, organismos estatales y otros), se unan en un *joint venture* o consorcio empresarial, con la finalidad de afrontar con éxito una obra o un servicio de grandes proporciones; siendo así que algunas veces se incluye en el contrato base el convenio arbitral explicitándose su eficacia radial sobre el resto de los contratos suscritos en cadena pero atraídos todos ellos por el contrato base o principal; sin embargo, en otras ocasiones solo se contempla el convenio arbitral en el contrato base sin prescribirse nada más sobre sus efectos radiales.

Se trata, en última instancia, de examinar en qué medida los operadores que no han suscrito el convenio arbitral pueden ser llamados y, en su caso, participar en el procedimiento arbitral. Una perspectiva rígida nos daría ya de entrada una contestación: el efecto relativo de los convenios imposibilita que puedan participar en el arbitraje terceros que no lo suscribieron. Sin embargo, la realidad práctica del comercio internacional en el que intervienen grupos de empresas y Estados junto con personas jurídico-públicas integradas en la organización estatal, exige dar una solución práctica a este problema, si bien como expondremos no existe una sola solución, ni esta es sencilla.

Es un dato concluyente que en el comercio internacional sea cada vez más usual, máxime bajo el efecto de la globalización económica y la interdependencia financiera, que en un mismo arbitraje participen diver-

sas partes contratantes o bien que existan varios contratos celebrados entre distintas partes que afecten a las cuestiones controvertidas; y todo ello bajo el paraguas de un convenio arbitral. Esto nos lleva a distinguir entre relaciones multipartitas de tipo vertical y relaciones multipartitas de tipo horizontal, a las que aludiremos más adelante.

La jurisprudencia arbitral, haciendo gala de una impagable creatividad, ha venido reconociendo la posibilidad de extender los efectos del convenio suscrito por una sociedad a otra cuando se verifica la intención real de las partes y la implicación de intereses en el seno de un grupo que permite estimar a los árbitros la presencia de una vinculación real entre ellas, con independencia de la firma efectiva del convenio arbitral. Sirva de botón de muestra los casos *Dutco, Adgas, Abu Dhabi Gas* (vid. *Cass. Civ, Francia 7 de enero de 1992; Tribunal de Apelaciones de Inglaterra en el caso Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd. Vs. Eastern Bechtel Corporation*).

2. SUPUESTOS DE MULTILATERALIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL

Frente al principio general de la relatividad de los contratos se alza, quiérase o no, la inesquivable realidad de las transacciones internacionales en las que gracias a las nuevas modalidades de negociación, surgen contratos en los que aparecen afectados directa o indirectamente una multilateralidad de personas y/o operadores, unidos a veces entre sí por vínculos corporativos y otros conectados por contratos derivados de una relación principal o de base.

Resultado de los anterior es que cuando surge una controversia se involucran varias partes, entendiéndose conveniente y beneficioso disponer que el conflicto pueda

ser resuelto en un mismo proceso en lugar de someterse a procedimientos distintos con hipotéticos resultados diferentes, o lo que es peor, se evita la posibilidad de obtener pronunciamientos contradictorios respecto a unas mismas cuestiones fácticas y jurídicas. Lo cual, únicamente puede lograrse mediante la tramitación de *un único proceso arbitral y ante un mismo tribunal arbitral*, la controversia o controversias suscitadas. Se observa, pues, en estos casos que la relatividad de los contratos cede ante la inevitabilidad de resolver de forma unívoca y simultánea todas las cuestiones atinentes a un conflicto del que son partes dos o más operadores.

Las situaciones en las que en un arbitraje puedan participar —o se vean involucradas— diversas partes puede deberse bien a convenios con pluralidad de partes que resultan de relaciones conexas o derivadas (representación, cesión del contrato, subcontratación y garantía), o bien a convenios con pluralidad de partes que resultan de relaciones estrictamente multilaterales. Estos últimos son conocidos técnicamente como arbitrajes multipartitos. El primer supuesto contemplado, esto es, el que resulta de relaciones conexas o derivadas, no es en puridad un convenio arbitral con pluralidad de partes, puesto que sus diversas manifestaciones como son: la representación, cesión del contrato, subcontratación y la garantía, traen causa de una sustitución en la posición contractual de una de las partes, que por así decirlo queda subrogada en la que suscribió el convenio arbitral. Pero no existe una relación comercial directa o indirecta entre el sujeto que suscribió el convenio en origen y quienes le sustituyen después. Por el contrario en los convenios con pluralidad de partes, propiamente dichos, que resultan de relaciones multilaterales, existe cabalmente un arbitraje multipartito, en el que todas las partes se ven implicadas en un mismo arbi-

traje (un mismo proceso y un mismo tribunal arbitral); y por tanto, de lo que se trata es de garantizar la adecuada intervención procesal, con las debidas garantías, de todas las partes implicadas, con el fin de no fragmentar ni los medios ni los resultados de la justicia impartida. Desde esta perspectiva analizaremos las relaciones arbitrales multipartitas tanto desde su perspectiva vertical como horizontal.

2.1. Relaciones multipartitas de carácter vertical

En este tipo de relaciones, básicamente se prevé la extensión de los efectos del consentimiento dado por la parte principal, o que interviene en primer lugar, hacia otras partes derivadas o vinculadas a la primera por una relación vertical, bien sea por formar parte de un grupo de sociedades o por estar integradas las partes principales y las derivadas dentro de una misma organización estatal.

2.1.1. Arbitraje y grupos de sociedades

Es un tema clásico que revierte en el ámbito del arbitraje internacional y que apunta en cierta medida a soluciones originales respecto de la tradicional doctrina del levantamiento del velo societario.

La cuestión que se plantea es la de conocer si un convenio arbitral firmado por una sociedad en el seno de un grupo es extensible a otras que forman parte del mismo grupo y que no pueden ser consideradas formalmente *a priori* como partes. Tanto la jurisprudencia arbitral, como finalmente la de los tribunales judiciales internos, han venido a reconocer la posibilidad de extensión de los efectos del convenio suscrito por una sociedad a otra cuando se verifica la intención real de las partes y la implicación de intereses en el seno de un grupo

que permite estimar a los árbitros la presencia de una vinculación real entre ellas, con independencia de la firma efectiva del convenio arbitral. El convenio arbitral se entiende, por otra parte, cedido respecto de un grupo de sociedades si las sociedades presentes en el grupo han participado en la operación.

En la jurisprudencia francesa, desde hace algunos años, ésta cuestión ha venido siendo objeto de importantes decisiones de la Corte de Apelación de París. Algunas de las cuales han extendido el efecto del consentimiento a otras partes no directamente implicadas formalmente. Así declarando que un convenio arbitral firmado por una sociedad filial vinculaba a la sociedad madre (*Cour d'appel de Pau, Sponsor ap, 26 de noviembre de 1986*). También el *arrêt Orri* de 11 de enero de 1990 por el que la Cour d'appel de París admitió la extensión de una convención arbitral firmada por una sociedad a la persona que la controlaba, poniendo de relieve la existencia de un «grupo que constituía un conjunto de sociedades vinculadas en una unidad económica sometida a un poder único». En el ya clásico asunto *Kis France contra Société Générale* de la Corte de Apelación de París, de 31 de octubre de 1981, el tribunal arbitral primero y la Corte después, pusieron de manifiesto la doctrina de la vinculación de un grupo de sociedades a través de un convenio marco firmado con el contratante por una sociedad madre declarando que actuaba en nombre y por cuenta de sus filiales. También de forma pionera la CCI, en resoluciones arbitrales seminales, ha reconocido la doctrina de la vinculación entre la matriz y sus filiales (*vid, repertorio de sentencias CCI, 1434 de 1975 y 2375 del mismo año*).

2.1.2. Arbitraje y Estados y personas jurídico-públicas integradas en la organización estatal

En el plano de las relaciones comerciales mantenidas por los Estados con partes privadas se plantea asimismo la cuestión de interpretar el alcance del consentimiento emitido y saber, en definitiva, si el Estado, como persona jurídico pública resulta vinculado por las entidades, empresas públicas, entes desconcentrados o descentralizados que participan en la operación económica y en el convenio arbitral. La cuestión aparece complicada cuando aparecen consorcios interestatales para la ejecución de un único proyecto y generalmente el contrato principal y el convenio arbitral se firman a través de un ente que reagrupa al conjunto de Estados implicados. Ello ha sido objeto de decisiones importantes de la práctica judicial y arbitral internacional.

Así, el conocido asunto *Westland*, ilustra particularmente la cuestión real de las partes, tanto en vía arbitral como judicial de la extensión horizontal y vertical del convenio arbitral en que interviene un Estado. El caso consistía en que en un contrato se oponía una sociedad inglesa, *Westland Helicopters*, a un organismo, la *Arab Organization for Industrialization*, que había sido creado por varios países árabes. Este organismo concluyó con *Westland* un contrato que tenía por objeto la creación de una empresa común para la fabricación y venta de un cierto tipo de helicópteros. Uno de los problemas en principio planteados y que debió resolver el tribunal arbitral era el de saber si la cláusula compromisoria comprometía únicamente al organismo citado o a los Estados que habían fundado esta organización. La cuestión derivaba en saber si la AOI tenía personalidad jurídica o no. Con un razonamiento defectuoso, los árbitros concluyeron por la responsabilidad de los Estados asociados, razón por la cual las jurisdicciones suizas competentes a través de un recurso de anulación tuvieron ocasión de analizar en profundidad y rigurosamente

el estatuto jurídico de la AOI y concluyeron por su independencia jurídica respecto de los Estados fundadores.

En relación a la extensión de los efectos de un convenio arbitral a grupos de Estados o de emanaciones de ellos, se ha pretendido por la jurisprudencia arbitral aplicar la analogía con la doctrina de los grupos de sociedades y la teoría de la unidad económica de grupo, admitiendo la posibilidad de que cuando se den las condiciones adecuadas, puedan extenderse los efectos, tanto en un sentido como en otro, de la siguiente manera:

1. Extensión al Estado del convenio arbitral firmado por un organismo dependiente del Estado. Es el caso del famoso asunto *Plateau des Pyrámides*. (vid, Leboulanger, “*Groupes d’etats et arbitraje*”, RA 1989, pág. 215; y del mismo autor “*L’Etat, politique et arbitraje. L’affaire du Plateau des Pyrámides*”. RA 1986, 3).

2. Extensión al organismo dependiente del Estado del convenio arbitral firmado por el Estado. Es el caso *CCI 4727*, entre la sociedad *Suisse Oil Corporation vs. República de Gabón*.

2.2. Relaciones multipartitas de tipo horizontal

A diferencia del anterior en que se contemplaba la posibilidad de intervenir dentro de un mismo convenio arbitral, a una pluralidad de partes, la cuestión que ahora se plantea es bien distinta. Se trata de vincular a un solo arbitraje diversos convenios suscritos en ocasión de diversos contratos nucleados en torno a un contrato principal, como también respecto de los distintos poderes de los árbitros en relación a distintos aspectos y contenidos de dichos contratos.

Es muy frecuente también en el arbitraje internacional donde el principio de autonomía de la voluntad de las partes puede establecer que sólo determinados aspectos y contenidos del contrato se sometan a la jurisdicción arbitral. También por la necesidad de contar con diversas decisiones sucesivas o superpuestas: unas en concepto de laudo preliminar o interino en relación a la competencia de los árbitros y/o a las medidas cautelares adoptadas; otras decisiones son sobre aspectos sucesivos de la operación contractual: determinación de obligaciones, ejecución, adaptación a nuevas circunstancias, etc.

Las relaciones multipartitas de tipo horizontal admiten, dos situaciones diferentes, que exista una diversidad de litigios relativos a un único contrato; o que concurren un grupo de contratos. Se asiste aquí a una pluralidad de contratos vinculados en razón a su objeto o a las partes que los han concluido y respecto de los cuales sólo algunos de ellos contienen un convenio arbitral. La problemática se plantea horizontalmente, ya que, los grupos de contratos concurren a la realización de una misma operación, o verticalmente cuando se presenta la ejecución y determinación de los contratos en cascada entre las mismas partes.

Bajo este punto de vista conviene recordar que los contratos complejos sobrevenidos en el ámbito internacional contienen con frecuencia toda una pluralidad de partes situadas en distintos niveles, como también con posibilidad de estar emplazadas en diversos países y bajo estatutos jurídicos diferentes. Es normal también que asistamos a una pluralidad de contratos correspondientes a cada una de las fases de desenvolvimiento de la operación en su conjunto: estudios, preparación, ejecución, financiación, etc. La multiplicidad de fórmulas es realmente enorme y no podría ser reconducida aquí salvo para dejar consignada una difi-

cultad añadida en el arbitraje internacional y que ha dado lugar a una intensa literatura sobre los arbitrajes multipartitos. Pueden distinguirse tres hipótesis:

- 1) Únicamente el contrato de base contiene un convenio arbitral a la cual se refieren todos los demás contratos que materializan la ejecución de la operación. En ese caso, bien sea por referencia, bien sea por la voluntad común manifestada y plasmada en el contrato principal, no existe dificultad en admitir la extensión de los efectos del convenio arbitral desde el plano del contrato de base al de los demás contratos particulares.
- 2) Los contratos particulares de realización y ejecución contienen convenios arbitrales diferentes. Aquí la solución apunta hacia la interpretación de la voluntad de las partes. Una reproducción exacta de la cláusula arbitral induce a pensar que la voluntad de las partes no es otra que la de reconducir en una misma operación arbitral y por consiguiente ante un mismo tribunal, todos los litigios surgidos de cada uno de los contratos afectados. Mayor dificultad se presenta cuando las cláusulas arbitrales no son idénticas y conducen a reglamentos y normativas diferentes. A falta de una voluntad explícita de las partes ex-ante o ex-post no parece necesario el subrayar que no corresponde a la institución arbitral ni a los árbitros el proceder a la acumulación de procedimientos, que va más allá de los poderes efectivos dados a la institución o a los árbitros. En algunos países los tribunales judiciales reciben de la

ley el poder de consolidar por motivos de conexidad las instancias arbitrales.

- 3) El tercer caso supone aquellos grupos de contratos que concurren a la realización de la misma operación cuando algunos de ellos contienen cláusula compromisoria y otros no. Se trataría en suma de saber si es posible extender los efectos del convenio de aquellos contratos amparados con un convenio arbitral a aquellos otros que no tienen. La cuestión es compleja y procede la solución por vía de interpretación de la voluntad de las partes hecha valer por la conclusión de determinados actos o conductas en la negociación y ejecución del correspondiente grupo de contratos. También el problema se ha de plantear respecto de contratos sucesivos suscritos entre las mismas partes. En este caso interviene también una regla de interpretación que trata de descubrir la voluntad real de las partes a través de la conducta habitual llegando a considerar habitual asimismo la cláusula compromisoria comprendida en los contratos sucesivos firmados entre ellas (vid, Sentencia CCI, 5117).

2.3. Problemática de los arbitrajes multipartitos

Fácilmente podrá comprenderse ahora que una concepción plana del arbitraje, relativizando sus efectos a las partes estrictamente vinculadas por un solo convenio, chocaría con la realidad de las transacciones comerciales del mundo de hoy en que los contratos complejos con pluralidad de partes, necesariamente involucradas en un pro-

yecto común, constituye un hecho que no necesita ser puesto de relieve. Pluralidad de partes en un contrato o grupos de contratos teleologicamente ordenados e integrados de forma horizontal o vertical, o por combinación de las anteriores, es algo relativamente frecuente en la práctica comercial internacional actual.

La propia evolución del derecho de contratos ha coincidido con la rápida expansión y desarrollo del arbitraje como técnica de solución de conflictos. El problema del arbitraje multipartito surge en consonancia con estas premisas, por lo que resulta relativamente frecuente, singularmente en el campo de las inversiones internacionales.

Es aquí en donde a los problemas específicos del arbitraje multipartito en general —garantías de derechos de defensa, cosa juzgada de la sentencia arbitral, oponibilidad del convenio, acumulación de procedimientos, nombramiento de árbitros por cada parte, etc.— se suman los que son privativos del arbitraje internacional: derecho aplicable y ejecución de la sentencia en otro u otros países.

En relación al primero de ellos la pluralidad de partes integradas en diferentes planos puede yuxtaponer dos series de conflictos: el de leyes y el de procedimientos de acumulación, o como se conoce en la terminología anglosajona, de *consolidation*. En relación a la ejecución de la sentencia arbitral, la aplicación de la Convención de Nueva York puede presentar dificultades en orden al reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral procedente de una «consolidación» forzada conforme a la ley aplicable, en aquellos ordenamientos que lo permiten (hoy por hoy, entre otros, USA, Holanda y Hong-Kong), por considerar que existe vulneración del convenio arbitral o de los derechos de defensa; en otro espec-

to, una insuficiente cobertura convencional del arbitraje multipartito puede ocasionar procesos distintos y por ende sentencias distintas y aún contradictorias entre sí. Las dificultades son evidentes, y para superarlas una animosa doctrina se ha lanzado en los últimos tiempos a la prolija tarea de dar soluciones en las que abunda la fantasía innovadora y un pragmatismo no exento de incoherencia; en muchos casos examinamos sucesivamente la problemática a que dan lugar la pluralidad de partes y las aportaciones que se hacen por la doctrina y el Derecho positivo.

El problema del arbitraje multipartito supone en esencia el encaminamiento de una pluralidad de partes dentro de un arbitraje único. Se trata de llevar todas las partes intervinientes en una operación contractual múltiple a un mismo proceso y a una misma sentencia. Vistas así las cosas, el problema es únicamente de organización, de forma que quede garantizada la postura de cada una de las partes y el ejercicio de los derechos dentro del procedimiento arbitral.

Cabe introducir dos tipos de complicaciones. Por un lado, las relaciones entre las diferentes partes pueden no estar situadas en un mismo lado, ni en un mismo plano; por otro, y aquí radica la dimensión más dramática del problema, no todos los llamados, en su más amplio sentido, a participar e intervenir en el proceso pueden legítimamente ser considerados como parte en sentido estricto. Toda la problemática latente de los arbitrajes multipartitos consiste en lograr transformar en parte a personas que no lo son, que quizá aspiran a serlo, pero que quizá se resisten a ello, o bien que las partes mismas o algunas de ellas quieren dejar fuera; que por consiguiente son terceros con respecto al convenio arbitral, pero que no lo son, o lo son menos, o lo son más o menos respecto del contrato principal sobre el que

se ha venido a implantar la relación arbitral bilateral de origen. Ha de concebirse, pues, el arbitraje multipartito como un arbitraje potencialmente multipartito en el sentido de hacer participar en él a las diferentes partes y a los terceros que pueden considerarse como potencialmente parte. Por ello es necesario proceder ahora a realizar una referencia a los diferentes litigios y las diferentes relaciones entre partes y terceros que pueden dar lugar a arbitrajes multipartitos. Así, atendiendo a los criterios seguidos por VAN DEN BERG, se puede establecer la siguiente clasificación.

- a) Adhesión de un tercero. Éste solicita participar en un procedimiento arbitral para sostener la posición del demandante o del demandado.
- b) Intervención de un tercero. En éste caso un tercero desea intervenir en un procedimiento arbitral para salvaguardar sus propios derechos e intereses, que no tienen porqué coincidir con los del actor ni con los del demandado.
- c) Intervención de un tercero a petición de las partes. El demandante o el demandado desean que el tercero participe en el procedimiento con fines de garantía.
- d) Acumulación a petición de parte. El demandante o el demandado desean que su arbitraje se acumule a otro, considerando que los dos arbitrajes son conexos. Una o ambas partes en el segundo arbitraje no pueden ser los mismos que en el primero, lo que significa que, en su caso, una o ambas partes del segundo arbitraje son terceros respecto del primero. Aquí estamos ante una acumulación de procedimientos o *consolidations*.

3. DIVERSAS CONCEPCIONES POSITIVAS DEL ARBITRAJE MULTIPARTITO: LA LEY ARBITRAL PERUANA, REVISIÓN DE 2010 DEL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI, REGLAMENTO SUIZO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Con lo expuesto hasta aquí podrá constatarse que los arbitrajes multiparte son hoy una realidad en el arbitraje comercial internacional y singularmente en el de inversiones. También puede comprobarse el cúmulo de dificultades que plantea este tipo de arbitrajes al punto de que las instituciones internacionales, han procedido a introducir modificaciones en sus reglamentos y normas internas para dar cabida, sin merma de garantías, a este tipo de arbitraje. Así, el Reglamento de la *American Association Arbitration*, contiene la posibilidad de realizar la acumulación de procedimientos, lo que ha tenido efectos muy favorecedores en materia de inversión y de seguros, en este último caso cuando se han dado situaciones de retrocesión de riesgos entre varias compañías. También, el Reglamento de la *London Court of International Arbitration*, ha acabado admitiendo la acumulación de procedimientos cuando concurren una pluralidad de partes o incluso una pluralidad de contratos y partes. Por su parte, la *CCI*, atenta siempre a las necesidades de las transacciones e inversiones internacionales en materia de arbitraje, ha editado una guía sobre la forma de organizar el arbitraje multipartito, además de disponer de una importante relación de resoluciones arbitrales sobre este particular fenómeno.

Pero más allá de esas esporádicas reglamentaciones, lo cierto es que el tratamiento y la solución a los convenios arbitrales multipartes, tiene un origen jurisprudencial, o si se quiere una plasmación

típicamente de origen pretoriano, esto es, que su planteamiento y solución, ha respondido a las exigencias que en cada caso se han ido presentando, dentro de la porosidad de la relaciones comerciales internacionales, pero siempre bajo la uniformidad que les han ido dando los árbitros internacionales con independencia de las legislaciones internas, y a veces incluso a pesar de ellas (*vid, así CSF S.A.C vs American Arbitration Association; US Court of Appels for de Second Circuits. Procter&Gamble Inc. vs. Agencia Almadana; Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá vs. Estruco Ltda.*).

Las anteriores consideraciones, hace que tome especial trascendencia en los momentos actuales el artículo 14 de la Ley Arbitral Peruana, que hasta donde yo conozco, es la primera norma interna –si se exceptúa la referencia que se hace en la Ley Holandesa– en la que se prevé que el convenio arbitral pueda extenderse a personas diferentes a aquellas que prestaron su consentimiento expreso en el convenio arbitral. Veamos, que dice ese precepto:

“El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

Vaya por delante la afirmación, que estamos ante una norma novedosa y que como ha señalado con razón Santistevan de Noriega, ha de aplicarse de forma excepcional (*Extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias: expresión de*

la inevitabilidad del arbitraje; Revista Peruana de Arbitraje, N° 8, 2009, p. 42, y bibliografía allí citada), puesto que la regla general sigue siendo que el convenio arbitral solo vincula a los firmantes del mismo.

Sin embargo, el mero hecho de que se haya consignado en una Ley interna un precepto como el transcrito, habla muy a las claras no solo del nivel y rigor en que se encuentra el legislador peruano en materia de arbitraje sino también de la atención que se ha prestado a este fenómeno inescapable del arbitraje multipartito.

La extensión que hace el artículo 14 de la Ley Arbitral Peruana a terceros, exige dos condiciones. La primera de ellas, se encuentra explicitada en el texto del precepto, a saber, que concurra la existencia de la buena fe, esto es, la creencia de que el convenio arbitral incorporado a un contrato, pueda ser exigible y oponible por personas que hayan participado directa o indirectamente en la negociación y celebración de dicho contrato o a aquellos que aunque no hayan participado de esa manera puedan obtener beneficios o derechos directos o indirectos del referido contrato. La segunda condición, no explicitada en la redacción del artículo 14, consiste en que pueda demostrarse la existencia de un consentimiento que aunque no exteriorizado, pueda probarse en virtud de los beneficios que el contrato pueda derivar a terceros, bien sea por pertenencia a un mismo grupo de sociedades o porque resulten de relaciones conexas o derivadas con los firmantes del contrato bien por cesión del mismo o bien por haberse originado una situación jurídica en cadena, como la que tiene lugar en los mercados *commodities* o por sucesivas contrataciones a partir de una posición inicial.

En cuanto a la buena fe es obvio recordar que se trata de un principio que funda-

menta y transita por todos los ordenamientos tanto nacionales como internacionales y en cuya virtud los contratantes se encuentran vinculados no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley. En este sentido la jurisprudencia ha venido destacando que la buena fe es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas deducidas de unos hechos; hechos cuya apreciación la realizarán los tribunales teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes (*vid, así, p. ej. STS español de 18 de julio de 2000, 22 de febrero de 2001, 6 de febrero de 2003, y 31 de mayo de 2003*, por todas).

En consecuencia, la buena fe, como principio general del Derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento objetivo y lógico en relación con las circunstancias y el carácter de la transacción. Así pues, el artículo 14 de la Ley Peruana debe interpretarse desde la perspectiva de la buena fe, otorgándose a ésta un efecto objetivamente expansivo de forma que no afecte a la regla *pacta sunt servanda*, entendida ésta no como una regla forense rígida sino como principio de conservación de todos los efectos que se deriven del contrato base o principal.

Por otro lado, como ha indicado JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, en los arbitrajes multipartitos juega un papel axial la doctrina de los actos propios; en el sentido de que si existe una voluntad, aún cuando no se haya expresado el sentimiento de formar parte de un arbitraje en cadena, es evidente que presentado el conflicto no puede manifestarse *venire contra factum proprium*. Aquí la cuestión se decanta hacia un problema de prueba cuya pertinencia y libre valoración corresponderá al árbitro y, en su caso, el juez del Estado.

Debe llamarse la atención que dentro de la complejidad que plantean los arbitrajes multipartitos, las conductas de los no signatarios en el convenio arbitral o incluso en el contrato donde este se inserta, exige una labor de inferencia por parte de los intérpretes y especialmente de los árbitros que les permita en cada caso obtener como resultado la participación directa o indirecta en esos convenios o contratos. Vuelve aquí a suscitarse la imprescindible labor casuística y *pretoriana* que el árbitro internacional debe realizar en los arbitrajes multipartitos para determinar y delimitar su ámbito subjetivo (partes en el procedimiento), objetivo (materias y cuestiones a resolver) y causal (uno o varios laudos resolutorios).

Hasta aquí se ha expuesto la concepción recogida en el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje. Que podemos tipificar como concepción intermedia o ponderada con respecto a la solución que a la intervención de terceros en el arbitraje dan, por un lado, el Reglamento revisado en 2010 de la CNUDMI y, por otro, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional en su artículo 4.2.

En efecto, la revisión del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, adoptado en virtud de la Resolución de la Asamblea General 65/22, admite en su artículo 17.5 la intervención de un tercero en el procedimiento arbitral, en los siguientes términos:

“El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar

perjudicial para alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan en el arbitraje”.

Es evidente que el nuevo Reglamento de la CNUDMI se acoge en esta materia a una concepción estricta, como se deduce de la frase: *“siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje”*. Y aún se hace más rígida la norma si tenemos en cuenta que el texto transcrito exige que el tercero o terceros solo puedan intervenir como partes a instancia de las partes. ¿Qué ocurrirá en aquellos supuestos en que existiendo un derecho o interés legítimo de un tercero solicite al tribunal arbitral autorización para intervenir y las partes se opongan? Pues bien, es claro que aunque el tribunal arbitral pondere la existencia de ese interés legítimo no pueda acceder a la intervención del tercero porque se opongan las partes; lo que obliga a que ese tercero tenga que verse obligado a iniciar por su cuenta un nuevo arbitraje para defender esos derechos e intereses legítimos. En cierta medida la solución dada por el nuevo Reglamento CNUDMI se encuentra a un paso por detrás de las soluciones que la jurisprudencia arbitral había dado ya en esta materia.

Frente a esa concepción rígida y limitativa se alza el Reglamento suizo de Arbitraje Internacional, que preceptúa en su artículo 4.2:

“Si, iniciado un procedimiento arbitral, un tercero solicita participar en el mismo o si una de las partes en un procedimiento arbitral regido por este Reglamento solicita que un tercero participe en él, el Tribunal arbitral decidirá sobre tal solicitud tras consultar con las partes, y teniendo en cuenta todas las circunstancias que considere pertinentes para el caso

concreto”.

Fácilmente se colige sin esfuerzo interpretativo que esa norma representa la concepción más amplia para dar cabida a un tercero en un procedimiento arbitral ya iniciado. A mi juicio este es el modelo que debe imperar en la problemática del arbitraje multipartito, pues, en definitiva, ese precepto del Reglamento arbitral suizo no

es sino el reconocimiento explícito de lo que viene siendo la doctrina jurisprudencial de los árbitros y tribunales arbitrales internacionales. No quiero terminar este trabajo sin afirmar que la solución a los arbitrajes multipartitos constituye uno de los mayores retos que tiene actualmente el arbitraje comercial internacional y de inversiones.



EL NUEVO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL SOBRE ARBITRAJE. EN ESPECIAL, SOBRE LA REVISIÓN JUDICIAL SOLICITADA POR “TERCEROS”

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ (*)

RAFFO VELASQUEZ MELENDEZ (**)

SUMARIO: *1. A modo de introducción. 2. Los precedentes Cantuarias Salaverry y Hernández Hernández. 3. Diseños para la revisión judicial de Arbitrajes. 4. Funcionamiento de la revisión judicial de Arbitrajes. 5. Nacimiento y sentido del precedente María Julia. 6. Sigue. Sentido del precedente María Julia. 7. Los terceros en el precedente María Julia. 8. Autonomía de la voluntad y terceros. 9. Distintas posiciones que pueden tener terceros frente a una controversia. 10. ¿A qué terceros se refiere el precedente María Julia? 11. Eficacia refleja de sentencias y laudos sobre terceros coadyuvantes. 12. Terceros coadyuvantes y Arbitraje. 13. Sigue. Terceros coadyuvantes y Arbitraje. 14. Resumen.*



1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

No es novedad la trascendencia adquirida por el Arbitraje en nuestro país. Importantes controversias y en número significativo han sido sometidas a sus fueros. Sin embargo, muchos problemas se presentan por no tener claro qué es el Arbitraje, cómo debe funcionar o cuál es el nivel de protección que corresponde a las decisiones allí dictadas.

Tales inseguridades a su vez generan el temor que un sincero intento por salvaguardar el Arbitraje traiga consigo un efecto totalmente contrario, restándole las virtudes

que precisamente lo hacen atractivo y que han impulsado su actual desarrollo.

Recientemente nuestro Tribunal Constitucional (“TC”) se ha sumado a esos intentos por salvaguardar el Arbitraje, limitando su revisión judicial de tal modo que no pierda el atractivo de ser una vía rápida de solución definitiva de controversias.

Sin embargo, antes de referirnos al aspecto central de estas líneas, analizaremos primero si efectivamente el TC nos acerca al propósito de limitar la revisión judicial de los Arbitrajes, y luego veremos de qué modo puede ser coherente que los “terceros” soli-

(*) Socio del Estudio Miranda & Amado, Abogados. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) Asociado del Estudio Miranda & Amado, Abogados. Profesor en la Universidad del Pacífico.

citen la revisión judicial de Arbitrajes y en qué supuestos.

2. LOS PRECEDENTES CANTUARIAS SALAVERRY Y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

El pasado 16 de septiembre de 2011, el TC publicó la STC 0142-2011-AA, Caso Sociedad Minera de Responsabilidad limitada María Julia (“Caso María Julia”), donde se estatuye un nuevo precedente vinculante que cambia los criterios anteriores referidos a la posibilidad de revisión constitucional de los procesos arbitrales.

Anteriormente esa materia era regulada por los precedentes vinculantes de la STC 6167-2005-PHC, Caso Cantuarias Salaverry y STC 2513-2007-AA, Caso Hernández Hernández, que preveían que los procesos constitucionales destinados a cuestionar Arbitrajes (el fallo o el trámite) sólo podrían ser activados luego de haberse dictado el Laudo y de haberse agotado la vía previa judicial de revisión, que consistía en el recurso de anulación de laudo.

Con ello el TC, en un primer momento, quiso poner coto al uso y abuso de los procesos de amparo que podían llegar a interrumpir/suspender Arbitrajes aún en trámite y, de otro lado, buscó desincentivar el acceso a los amparos, estableciendo que recién luego de transitado el camino del recurso de anulación, podía iniciarse aquella senda constitucional.

El TC quiso proteger el Arbitraje, pero ello no fue lo que necesariamente ocurrió.

Como es sabido, las razones para optar por el Arbitraje pueden ser de las más variadas, pero la principal es que brinda una efectiva solución de controversias en un tiempo razonable. Sin embargo, bajo el anterior ré-

gimen del TC, quienes pactaron evitar la vía judicial y obtener prontas decisiones de sus controversias, tenían que soportar el plazo del arbitraje, el plazo del trámite judicial de revisión y el plazo del eventual amparo, con el riesgo añadido de que finalmente sean jueces, y no árbitros especializados, quienes diriman sus controversias.

En la práctica, existían hasta cuatro instancias para revisar los Arbitrajes, lo que significaba no sólo que la causa debía seguir un trámite más complejo que los casos en donde no se pactó ir a Arbitraje, sino una insufrible prolongación en la obtención de un fallo definitivo. Ello podía degenerar a tal punto que el Arbitraje interesaría a tan pocos, que correría el riesgo de desaparecer. Éste es el problema que buscó solucionar el precedente María Julia.

3. DISEÑOS PARA LA REVISIÓN JUDICIAL DE ARBITRAJES

Naturalmente, el sistema arbitral se estaba condenando al fracaso si establecía una vía de fácil revisión del proceso arbitral, pues eso haría que la duración de la controversia arbitral se prolongara más de lo previsto originalmente por las partes, teniendo poco sentido su uso.

¿Qué hacer entonces? La primera propuesta aparece de modo lógico: hagamos irrevisable la decisión arbitral. Así, la solución será la que efectivamente se establezca en el Arbitraje y la única demora que deberían soportar los litigantes es la que se necesita para tramitar el proceso arbitral.

Contra tal aserto se pueden lanzar críticas contundentes, pues se postula que ningún juez, por ninguna causa, podría cuestionar una decisión arbitral, de manera que bastaría con pactar un arbitraje para crear una zona exenta de todo control. Tal

posibilidad ha sido proscrita del todo por el Tribunal Constitucional en reiteradas batallas¹ (“no hay zonas exentas de control”). Tal postulado constitucional exige ponderar la propuesta.

La segunda propuesta entonces debe incorporar no sólo la garantía de que no se alterará el acuerdo de las partes de que sus controversias sean resueltas por árbitros y no por jueces, sino, además la garantía de que será posible la revisión judicial del Arbitraje ¿Cómo hacer compatibles tales garantías? La única manera posible que imaginamos sería instaurar una revisión judicial limitada, esto es, solo por vicios de forma o de nulidad, que no habiliten un examen judicial de fondo sobre la decisión de los árbitros².

No obstante, tal propuesta genera interrogantes adicionales ¿cómo justificamos que el Arbitraje, cuya decisión únicamente vincularía en virtud de la autonomía de la voluntad, sea revisado sólo por asuntos limitados? ¿Por qué la revisión judicial del Arbitraje debe ser limitada, si la revisión judicial de los Contratos –cuya vinculación emana también de la autonomía de la voluntad– no lo es? Para superar tales cuestionamientos y legitimar la propuesta de revisión judicial limitada se tenía que hacer que el

Laudo supere el aspecto netamente negocial que caracteriza al Arbitraje, otorgándole efectos de cosa juzgada.

Desde tal perspectiva, será legítimo postular que su revisión es sólo excepcional, tal como ocurre, por ejemplo, con los procesos de amparo contra resoluciones judiciales que tienen autoridad de cosa juzgada.

Lo dicho debe ser ponderado, pues no significa que compartamos la llamada teoría jurisdiccional del Arbitraje. Al contrario, consideramos que el Arbitraje es expresión de la autonomía de la voluntad, pues consiste en un pacto que sustrae los eventuales conflictos del ámbito judicial, para que sean resueltos en un proceso privado previamente acordado y cuyo fallo vinculará también en virtud de tal pacto³. Que a ese fallo se le atribuya efectos de cosa juzgada no significa que el Arbitraje sea ejercicio de poder jurisdiccional, pues esa cualidad las tiene para proteger la autonomía de la voluntad, para asegurar que el fallo acordado por convenio arbitral sea realmente eficaz y difícil de ser incumplido.

Volviendo al tema que nos ocupa, la segunda propuesta contiene el mismo esquema adoptado por nuestro legislador, pues la

¹ Recuérdese los conflictos que tuvo el Tribunal Constitucional con el Consejo Nacional de la Magistratura, el Jurado Nacional de Elecciones y, en su oportunidad, con el Poder Judicial, supuestos en donde a pesar que la Constitución Política establece el carácter “inimpugnable” (artículo 153, inciso 3) o “definitivo” e “irrevisable” (artículo 181) o de “cosa juzgada” (artículo 139, inciso 2) de las decisiones, el Supremo Intérprete de la Constitución abrió las puertas al control judicial con el argumento de que en nuestro sistema ¡no hay zonas exentas de control!

² Son ilustrativas las palabras de PANTALEÓN PRIETO, quien se pregunta: “¿Qué conviene más a aquellos que se benefician del apogeo del arbitraje, un arbitraje contractual – civil o un arbitraje jurisdiccional – procesal? La respuesta me parece obvia; un arbitraje lo más contractual – civil posible (esto es, lo más informal y dispositivo posible), por lo que respecta al convenio arbitral, la designación de los árbitros y el procedimiento arbitral; y lo más jurisdiccional – procesal posible en materia de ejecutoriedad y eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, pero sin un sistema de recursos contra éste propio de una sentencia judicial”. PANTALEÓN PRIETO, Fernando. Notas sobre la Nueva Ley de Arbitraje. Madrid: La Ley, 1989, p. 131.

³ Señala GUASP que “si el árbitro puede imponer su parecer a las partes es porque las partes han aceptado primeramente esa decisión, así el laudo arbitral es el resultado de la libertad de los contendientes, no de su sujeción, porque, si bien el resultado no es para ellos libre ‘in effectu’, ha de ser libre ‘in causa’ y tiene, por lo tanto, fuerza de obligar, porque ellos quisieron que se les obligara”. GUASP, Jaime. *El arbitraje en el derecho español: su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*. Barcelona: Bosch, 1956, p. 22.

Ley de Arbitraje permite que el recurso de anulación de laudo sólo revise vicios de nulidad específicos⁴, disponiendo además que **“está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral” (artículo 62, inciso 2).**

En suma, la revisión mediante el recurso de anulación de laudo es limitada, sólo sustentada en vicios de nulidad, de modo que nunca se revisará el fondo de la controversia.

4. FUNCIONAMIENTO DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE ARBITRAJES

En línea con ello, ocurría que por lo general sólo se activaba el recurso de anulación de laudo por las causales taxativamente previstas y, una vez desestimado aquél y activado el amparo, se “constitucionalizaban” tales argumentos relacionando la causal invocada en la anulación de laudo con algún derecho constitucional o, en todo caso, recién en el amparo se invocaban lesiones o amenazas de derechos constitucionales ocasionadas en el Arbitraje pero que no pudieron ser encuadradas en alguna de las causales de anulación.

Aunque la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje⁵ recoge una suerte de causal abierta para soli-

ciar la tutela de derechos constitucionales en el recurso de anulación de laudo, en la práctica poca eficacia tuvo esa norma, pues por lo general sólo se invocaban las causales taxativas que prevé el artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

En otras palabras, luego de la limitada revisión realizada en el recurso de anulación de laudo se abrían las puertas del amparo que otorgaba un espectro más grande de opciones de revisión, pues era incontrovertible que allí sí se podía solicitar la tutela de todos los derechos constitucionales que se consideraron lesionados en el Arbitraje.

5. NACIMIENTO Y SENTIDO DEL PRECEDENTE MARÍA JULIA

En ese escenario gobernado por los precedentes de los Casos Cantuarias Salaverry y Hernández Hernández, en donde el recurso de anulación de laudo era sólo una etapa previa a un amparo destinado a cuestionar directamente el Arbitraje, cabía preguntarse ¿cómo hacer para que el amparo no suponga un mayor trámite de revisión del Arbitraje? ¿Qué medida haría que el amparo sea coherente con el sistema de revisión judicial limitada que prevé la Ley de Arbitraje? La respuesta del TC vino en el Caso María Julia.

Allí se estableció que la anulación de laudo dejará de ser una vía previa al amparo, es decir, un trámite a agotarse antes de activar este proceso constitucional. En adelan-

⁴ De acuerdo al artículo 63 de la Ley de Arbitraje, se pueden anular laudos sólo por *vicios de nulidad procedimental* (falta de emplazamiento de una de las partes del arbitraje, indebida composición del tribunal arbitral) o por *vicios de nulidad sustantiva* (inexistencia o invalidez del pacto arbitral o materia no arbitrable). Siendo así, la revisión sólo tendrá carácter rescindente, pues los jueces que conozcan del recurso de anulación de laudo no le será posible sustituir la decisión de los árbitros, en cuanto al fondo, por la suya propia.

⁵ “*Duodécima Disposición Complementaria. Acciones de garantía. Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.*”

te, será una vía paralela al amparo, es decir, una vía judicial que brinda el mismo tipo de tutela que otorgará aquél ante la invocación de lesión o amenaza de derechos constitucionales en un Arbitraje.

Para explicar bien este punto conviene precisar qué se entiende por vía paralela. El artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional dispone que el proceso de amparo no será procedente cuando “*existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (...)*”.

El siguiente ejemplo puede explicar cómo opera tal norma: no es necesario hacer mucho esfuerzo para imaginar que un grupo de trabajadores es despedido de modo fraudulento (p.e. falsa imputación de falta). En el sistema procesal existente, tal situación podría ser tutelada tanto a través de un proceso laboral como de un amparo, pues ambos sirven para proteger el derecho fundamental a no ser despedido arbitrariamente. Así, mientras el primero de ellos podría brindar protección a una amplia gama de derechos fundamentales (incluyendo los relacionados con la materia laboral) el segundo fue diseñado precisamente para proteger los derechos de tipo laboral.

Se denominan entonces *vías paralelas* a aquellos procesos judiciales que no obstante ser distintos al amparo también procu-

ran la defensa de derechos fundamentales vulnerados o amenazados. En nuestro ejemplo, el proceso laboral sería una vía paralela al amparo, pues al igual que éste tiene la finalidad de brindar tutela al derecho fundamental en cuestión⁶.

En ese marco, la norma citada del Código Procesal Constitucional dispone que el amparo es improcedente cuando exista una vía paralela que brinde una tutela igualmente satisfactoria que el amparo. De este modo, activar la vía paralela excluye el uso del amparo.

Bajo esa lógica, el TC ha establecido que el recurso de anulación de laudo es una vía paralela al amparo, pues, en adelante, además de resolver las causales de anulación de laudo que se invoquen y que taxativamente prevé la Ley de Arbitraje, brindará protección contra todo tipo de amenazas o agresiones de derechos constitucionales ocasionadas en Arbitrajes, de manera que su uso excluye el amparo destinado a cuestionar Arbitrajes.

6. SIGUE. SENTIDO DEL PRECEDENTE MARÍA JULIA

Cabe destacar que la postura del TC sólo supone un cambio de precedentes y no un cambio en la normativa de la Ley de Arbitraje. Ello por cuanto la Duodécima Disposición Complementaria de la ley recogía ya la idea de que “*el recurso de anulación*

⁶ BIELSA considera que el término *vías paralelas* es inapropiado, pues no se estaría hablando de procesos que corren en dos líneas que no se encuentran por ser paralelas, sino que se trataría de *vías convergentes*, ya que partiendo de puntos distintos y por caminos distintos conducen a un mismo resultado práctico: la protección de los derechos fundamentales. BIELSA, Rafael. *El recurso de amparo*. Buenos Aires, Depalma Editores, 1965, p. 89. En esa línea ha precisado el TC que “[p]ara este Colegiado queda claro que en el caso de autos se presenta lo que la doctrina denomina *vías paralelas*, las que surgen cuando el actor tiene a su disposición dos o más acciones judiciales para reparar el agravio a un derecho constitucional. Si se ejecuta una de las otras acciones judiciales, el amparo deviene improcedente, porque se optó por la vía judicial ordinaria. Es importante precisar que el término “*paralelas*” no significa que se trata de *vías que sigan líneas paralelas*, sino de *vías convergentes*, pues partiendo de puntos distintos, y transitando por caminos también distintos, conducen a un mismo resultado (...)”. RTC 0330-2003-AA, fd. 4, *Caso Tintorería Industrial Santa Luzmila S.A.*

del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo”, es decir, de que es una vía paralela.

No obstante, como señalamos anteriormente, la eficacia de esta norma había sido casi nula.

En todo caso, ha cambiado la visión del recurso de anulación de laudo, pues su lógica de revisión limitada a causales taxativas de nulidad fue dejada de lado para convertirse en una suerte de “amparo arbitral”, dado que hará lo mismo que el amparo pero en instancia única (ése es su diseño procesal ordinario)⁷ de tal suerte que la revisión judicial del Arbitraje será una sola vez.

De modo indirecto, el recurso de anulación de laudo que haría las veces de una especie de “amparo arbitral” permitirá la revisión de las causales de anulación previstas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, más las eventuales infracciones constitucionales cometidas. Ello no significará que los jueces reemplazarán las interpretaciones de los árbitros, sino que a lo sumo podrán advertir significados de derechos constitucionales que no han sido tomados en cuenta en el Laudo o significados que deben ser descartados. Es decir, la eventual decisión de anular un Laudo por contravenir derechos constitucionales consistirá en brindar el marco de valoración constitucional que deberá ser tomado en cuenta por los árbitros para resolver el fondo del caso concreto. No será admisible que los jueces reemplacen la decisión de los árbitros, pues ello desnaturalizaría el propósito original del Arbitraje: que sean árbitros y no jueces quienes diriman la controversia.

Y es que el mismo TC, cuando se refería a los procesos de amparo contra Arbitrajes ha señalado que **“el amparo resulta improcedente cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso. En todo caso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje”** (STC 4195-2006-AA, fd. 4.c). Y es que **“si bien el Tribunal Constitucional ha establecido la posibilidad del control constitucional de un laudo arbitral mediante el proceso de amparo (STC 6167-2005-HC), también es verdad que dicho control no puede constituir en ningún caso un mecanismo de sustitución del juicio arbitral sobre las cuestiones de fondo decididas por los árbitros”** (STC 5771-2007-AA, fd. 4).

Ahora bien, para asegurar que la revisión judicial destinada a cuestionar el Arbitraje sea sólo una sola vez, y no más, se ha establecido que el futuro amparo que se active sólo podrá estar orientado a cuestionar lesiones o amenazas de derechos ocasionados por las resoluciones judiciales dictadas en el recurso de anulación de laudo. En efecto, a diferencia del régimen de los precedentes anteriores, bajo el precedente del Caso María Julia el objeto del eventual amparo no podrán ser el proceso o las decisiones arbitrales, sino que se tratará de un simple amparo dirigido sólo contra las afectaciones provenientes de la resolución dictada por la Corte Superior en la anulación de laudo y nada más.

⁷ Cabe señalar que sólo si el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial cabe la posibilidad de formular recurso de casación (artículo 64, inciso 5).

En resumen, la controversia sobre supuestos vicios o afectaciones provenientes del Arbitraje ya no serán trasladables a las tres instancias del amparo, sino que sólo se tratarán en la instancia única del recurso de anulación de laudo.

Debe advertirse que este nuevo régimen no establece un trato diferenciado que nos lleve a sostener que se está negando el acceso a la justicia constitucional cuando se trate de amenazas o afectaciones generadas en Arbitrajes.

Por el contrario, al igual que todas las causas que se discuten en las vías judiciales igualmente satisfactorias al amparo, en estos casos queda abierta la posibilidad de formular la excepcional demanda de amparo contra la resolución judicial que resuelve el pedido de anulación de laudo. Ello no sólo generará una reducción significativa en el número de amparos, sino que consolidará el carácter vinculante del laudo.

Sin perjuicio de ello, el TC permite el amparo contra arbitrajes en tres supuestos realmente excepcionales: (i) que el Laudo vulnere sus precedentes vinculantes; (ii) que en el laudo se haya realizado control difuso de constitucionalidad; y, (iii) que el laudo afecte a terceros ajenos al convenio arbitral.

En los dos primeros casos es claro que el TC reserva para el amparo asuntos que supongan el ejercicio de competencias de contenido puramente constitucional. Mientras que en el otro caso, el TC abre las puertas al amparo a quienes sin ser parte del convenio, podrían ver afectados sus derechos constitucionales como consecuencia de los efectos del Laudo. Razones constitucionales sustentan también esto último, tal como veremos más adelante.

En cualquiera de los casos descritos, el TC es claro en precisar que los órganos

jurisdiccionales podrán declarar la nulidad de la totalidad o parte del laudo y en ningún caso podrán resolver el fondo de lo resuelto en el laudo. Eso implica que los órganos judiciales sólo deben advertir el vicio; la corrección del mismo corresponderá a los órganos arbitrales. Con ello se ratifica la exclusiva competencia de estos últimos para resolver las controversias y llevar adelante los procesos arbitrales, corrigiendo un error que había cometido anteriormente el TC en el Caso Compañía Distribuidora S.A. - CODISA (STC 5311-2007-PA) y en el Caso Pablo Hugo Torres Arana – Hoteles Meliá (STC 5923-2009-AA) donde se postula la revisión de las interpretaciones legales de los árbitros e incluso la revisión de los medios probatorios valorados por ellos.

7. LOS TERCEROS EN EL PRECEDENTE MARÍA JULIA

Interesa resaltar ahora la posibilidad que “terceros” formulen la revisión de Arbitrajes vía amparo. Al respecto, el Caso María Julia dispone lo siguiente:

“21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5 inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

(...)

c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo 1071 [Ley de Arbitraje].”

En otras palabras, el recurso de anulación de laudo no será una vía paralela al amparo cuando se trate de un “tercero” ajeno

al convenio arbitral pero que es afectado en sus derechos constitucionales por los efectos del laudo. Es decir, que en ese supuesto sí será procedente el amparo para cuestionar directamente el Arbitraje.

Sobre esta regulación cabe preguntarse ¿por qué al tercero se le abren las puertas del amparo y no del recurso de anulación? Porque el recurso de anulación de laudo es de instancia única, de manera que imponerle esa vía imposibilitaría que sus asuntos se resuelvan en doble instancia, asuntos que, por cierto, no ha acordado sustraer del ámbito judicial, tal como sí ocurre con las partes que consintieron el convenio arbitral.

Inevitablemente ello generará que la revisión judicial del Arbitraje se extienda, lo que el sistema constitucional y legal precisamente pretende evitar, de manera que debe ser restrictiva la lectura sobre los tipos de terceros que podrán acudir de modo directo al proceso de amparo para cuestionar Arbitrajes.

En esa línea, el citado precedente constitucional establece que el amparo no será procedente cuando se trate del “tercero” (aunque creemos que no estamos ante un “tercero” propiamente dicho) a que se refiere el artículo 14 de la Ley de Arbitraje que dispone:

“Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.- El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

La lógica del Caso María Julia es sencilla: como el “tercero” antes citado sí está vinculado por el convenio arbitral, deberá seguir el medio de solución de controversias pactado, esto es, deberá usar los mecanismos de defensa que se materializan en el Arbitraje mismo y en el eventual recurso de anulación de laudo.

De acuerdo con lo señalado, es imperativo que primero determinemos quiénes pueden encontrarse dentro del supuesto previsto por el citado artículo 14 de la Ley de Arbitraje, es decir, quienes se encuentran de plano excluidos de activar de modo directo el amparo como mecanismo de revisión judicial del Arbitraje.

8. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y TERCEROS

Debemos recordar que el Arbitraje, manifestación de la autonomía de la voluntad, sólo puede ser ejercido dentro de ciertos límites. Así, por ejemplo, si el contrato sólo vincula a las partes que expresan su voluntad, quien no haya mostrado su conformidad con aquél no puede quedar obligado por lo allí estipulado. Lo mismo sucede en el Arbitraje. Quien no ha manifestado su conformidad para que su controversia sea sustraída del ámbito judicial, no podrá verse obligado a someterse a un proceso privado como el Arbitraje. De ahí que no sea posible admitir la incorporación de un tercero al Arbitraje.

Teniendo presente esto, es posible comprender adecuadamente el artículo 14 de la Ley de Arbitraje que recoge un supuesto de extensión del convenio arbitral a sujetos distintos de quienes aparecen como partes signatarias del mismo.

La norma citada dispone que manifiestan su voluntad de someter las eventuales controversias a Arbitraje quienes participan de modo activo y determinante en la nego-

ciación, celebración o ejecución del Contrato que comprende el convenio arbitral o quienes pretenden derivar beneficios y derechos del mismo Contrato.

Si estamos ante sujetos que, de uno u otro modo, han manifestado su conformidad con el Contrato y, por ende, que se hayan vinculados al mismo, no se tratará de terceros, sino de partes del Contrato aunque no hayan sido signatarias del mismo.

Recuérdese que el artículo 13 de la Ley de Arbitraje prevé la desformalización del convenio arbitral y de su “consentimiento”, admitiendo que éste “*se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos*” (inciso 3). En los casos descritos, puede que no haya una suscripción del convenio arbitral, pero se entiende que la realización de ciertos actos como intervenir en la negociación o exigir ciertos derechos derivados del Contrato supone una manifestación de voluntad de conformidad.

En todo caso, determinar qué comportamiento y bajo qué circunstancias dan lugar a los consentimientos a que se refiere el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, requiere un cuidadoso análisis que deberán realizar los árbitros o jueces caso por caso. Sin embargo, una vez obtenido un examen positivo del consentimiento tácito, no nos queda dudas que se tratará de una parte del Contrato, es

decir, de alguien que será parte y no de un tercero en el Arbitraje, pudiendo incluso ser él quien inicie todo el proceso arbitral como demandante⁸.

La autonomía de la voluntad que gobierna el Arbitraje impone descartar la incorporación de terceros. Ello porque, de un lado, el tercero no ha consentido someterse a Arbitraje renunciando a la competencia de los órganos judiciales y, de otro lado, porque los creadores del convenio arbitral (las partes) no han acordado abrirle la puerta de su proceso privado.

Y es que la misma autonomía de la voluntad exige que tanto las partes como el supuesto “tercero” acuerden el ingreso de este último, en cuyo caso no estaremos ante un tercero propiamente dicho, sino ante una parte adicional del Arbitraje.

De no darse este supuesto, se entenderá que los terceros propiamente dichos son las personas ajenas al convenio arbitral o que están fuera del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. A diferencia del tercero en sede procesal, en el Arbitraje el tercero no se define por carecer de la condición o de las facultades propias de demandante o demandado, sino por su falta de participación en el convenio arbitral⁹, de modo que sólo quienes consintieron en él podrán actuar como parte del Arbitraje.

⁸ Igual parecer expresa BULLARD: “*Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. ese es un error conceptual y escapa a su contenido (...) El artículo 14 permite la incorporación de partes no signatarias, es decir, de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no parece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo la luz del principio de buena fe*”. BULLARD GONZALEZ, Alfredo (2011): “Extensión del convenio arbitral”. En: Id y Carlos SOTO COAGUILA (coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 202-203.

⁹ En el proceso judicial las partes no coinciden necesariamente con los titulares de la relación jurídica material en controversia, ya sea por tratarse de un supuesto de legitimación extraordinaria, o, porque quien dice ser titular del derecho no lo es en realidad. Y es que allí se actúa con independencia de la titularidad del derecho, cuestión que será decidida en la sentencia. Se es parte por ser quien activa el proceso o por ser a quien se acusa debe soportar el pedido formulado. Desde tal perspectiva es que ORTELLS RAMOS señala que será tercero “*quien no formula la pretensión procesal o la petición de tutela judicial y aquél frente al cual la pretensión procesal o la petición de tutela no ha sido formulada*”. ORTELLS RAMOS, Manuel, et al (2007). *Derecho Procesal Civil*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 108.

9. DISTINTAS POSICIONES QUE PUEDEN TENER TERCEROS FRENTE A UNA CONTROVERSIDIA

El hecho que los terceros no participen en los Arbitrajes no significa que su esfera jurídica nunca podrá ser alcanzada de alguna manera por el laudo que allí se dicte. Para justificar tal postulado primero debemos identificar las distintas situaciones en las que se encuentran los terceros frente al fallo (sentencia o laudo), pues dependiendo de su situación, los efectos de aquel son sentidos y recibidos de manera distinta.

MARINONI y CRUZ ARENHART¹⁰ (2004: 684) usan el siguiente ejemplo: la sentencia que decreta el desalojo y pago de rentas pendientes opera efectos, indudablemente, primero, sobre el titular o titulares del bien (que se benefician con la restitución), sobre el arrendatario (que deberá dejar el inmueble y pagar), también respecto a su familia (que lo acompañará), sus amigos (que habrán de reconocer que aquella persona no reside más en aquel local), sus acreedores (que, para cobrar deudas exigibles, deberán gestionarla en su nueva dirección y verán disminuidas sus opciones de cobro), el subarrendatario de una de las habitaciones, etc.

Descartando a los terceros absolutamente indiferentes a esa cuestión, se pueden identificar entonces las siguientes categorías de terceros:

a) *Terceros jurídicamente indiferentes*¹¹, quienes sufren sólo un perjuicio de facto y no de derecho. En el caso propuesto, tendrán esa condición el amigo o el acreedor del locatario. Y es justamente por esa razón que no tienen legitimidad para ingresar al proceso en que se discute el desalojo, mucho menos para activar otro proceso orientado a cuestionar tal desalojo. En tal caso, es innegable que deberán padecer los efectos “naturales” que la sentencia produce sobre su realidad, efectos que serán incuestionables por esos terceros¹².

CHIOVENDA refiere que “*todos, pues, están obligados a reconocer la cosa juzgada entre las partes; pero no pueden ser perjudicados por ella. Por perjuicio se entiende no un perjuicio de mero hecho, sino un perjuicio jurídico. Por ejemplo, el heredero puede ser perjudicado de hecho por los fallos obtenidos por tercero contra su causante; y sin embargo, él está sometido a esos fallos; el acreedor es perjudicado de hecho por la cosa juzgada que reconoce nuevas deudas de su deudor, pero él no puede impedir por ello los efectos que le perjudican*”¹³. En otras palabras, el perjuicio pa-

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme y CRUZ ARENHART, Sérgio (2004): “Manual do Processo de Conhecimento”, Revista dos Tribunais, São Paulo.

¹¹ Frase acuñada por Emilio BETTI.

¹² Señalan LIEBMAN (1946: 177) que “no todos los terceros perjudicados por la sentencia tienen la facultad de rechazar su efecto con la demostración de su injusticia. También ésta, como cualquier otra actividad de una parte en el proceso (...) es admisible sólo si se apoya en un interés jurídico. Por eso, todos los terceros que sufren por la sentencia un simple perjuicio de hecho no tendrán aquella facultad; la cual corresponderá sólo a los que son titulares de un derecho incompatible con la sentencia, estando, por consiguiente, jurídicamente perjudicados por ella. Dentro de tales supuestos están los ‘TERCEROS JURÍDICAMENTE INDIFERENTES’ (ej., todos los acreedores del vencido) que son perjudicados de hecho por la sentencia y que no podrán por consiguiente, alzarse contra ella”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficacia y autoridad de la sentencia*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1946, p. 177.

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 475.

decido por este tipo de terceros es legítimo (no todo perjuicio merece tutela) debiendo soportarlos, pues el interés que pueden tener en el proceso no tiene suficiente relevancia jurídica para permitir su intervención en el mismo.

b) *Terceros de una relación de prejudicialidad-dependencia* con respecto a la relación discutida en el proceso. La sentencia que recae sobre la relación jurídica material de las partes involucradas en el proceso actúa como hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la relación de un tercero, que tiene un nexo de dependencia frente a aquélla.

En el caso propuesto, el subarrendatario no es titular de la relación jurídica discutida en el desalojo, pero es indudable que la relación jurídica de la que sí es titular, depende de aquélla, de modo que la futura sentencia le afectará de modo reflejo. En tal sentido, será posible su intervención en el proceso para coadyuvar a la parte que le interesa sea beneficiada con el fallo.

El artículo 97 del Código Procesal Civil¹⁴ regula esta figura (intervención coadyuvante), exigiendo que el tercero tenga una relación jurídica sustancial con la parte a la que quiere ayudar, de manera que

su vencimiento en el proceso afecta desfavorablemente a su situación jurídica. Cómo es lógico, sólo es posible que en el proceso el tercero defienda los derechos de la parte a quien coadyuva.

c) *Terceros titulares de una relación idéntica a la deducida*. Ocurre cuando aquél señala una posición de cotitularidad sobre la relación controvertida, de manera que actúa en defensa de un interés propio, pudiendo ejercer todas las defensas que corresponden a su condición de parte, pero sin la posibilidad de introducir una pretensión distinta de la que ya se ha postulado¹⁵.

En el ejemplo propuesto, tal sería la situación del copropietario que no demandó el desalojo pero después se integra al proceso, o el caso del acreedor solidario que no demandó o del deudor solidario que no fue inicialmente demandado.

d) *Terceros titulares de una relación incompatible con la deducida en juicio*, lo que ocurre porque el tercero pretende total o parcialmente la cosa o el derecho litigioso, de manera que introduce una pretensión propia contra quienes originalmente figuran como partes del proceso, siendo considerados como litisconsortes necesarios pasivos¹⁶.

¹⁴ "Artículo 97 del Código Procesal Civil. Intervención coadyuvante.- Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella.

Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia.

El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido".

¹⁵ "Artículo 98 del Código Procesal Civil. Intervención litisconsorcial.- Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de ésta.

Esta intervención puede ocurrir incluso durante el trámite en segunda instancia".

¹⁶ "Artículo 99 del Código Procesal Civil. Intervención excluyente principal.- Quien pretenda, en todo o en parte, ser declarado titular del derecho discutido, puede intervenir formulando su exigencia contra demandante y demandado.

Esta intervención sólo será admisible antes de la expedición de sentencia en primera instancia.

El excluyente actuará como una parte más en el proceso. Si ofreciera prueba, ésta se sujetará al trámite propio del proceso en que comparece, otorgándose similares facultades probatorias a las partes.

La intervención del excluyente no suspende el proceso, pero sí la expedición de la sentencia".

Este caso se daría, por ejemplo, en un proceso de otorgamiento de escritura pública entre A, el vendedor y B, el comprador, y en donde aparece un nuevo sujeto C, quien sostiene que A le vendió con fecha anterior el bien en cuestión, de manera que la venta entre A y B es inválida. En tal sentido, decide intervenir en el proceso formulando una pretensión propia contra A y B y solicitando obtener su respectiva escritura pública de propiedad. Es decir, actuando como parte demandante contra A y B como litisconsortes demandados.

10. ¿A QUÉ TERCEROS SE REFIERE EL PRECEDENTE MARÍA JULIA?

Veamos ahora cuáles de estos terceros se podrían encontrar dentro del supuesto de excepción a que se refiere el Caso María Julia, esto es, cuáles podrían formular una demanda de amparo de manera directa contra el Arbitraje porque son ajenos a convenio arbitral que lo sostiene, pero son perjudicados directamente en sus derechos.

Empecemos refiriéndonos a los terceros *titulares de una relación incompatible con la deducida en el Arbitraje*. Este tipo de terceros no podrán cuestionar el Arbitraje de modo directo mediante el proceso de amparo. Ello porque su objetivo es oponer una pretensión idéntica pero incompatible con la pretensión discutida en el Arbitraje y que, de ser así, versará también sobre derechos disponibles. De manera que la pretensión de este tercero no podrá ser atendida en el amparo donde, como se sabe, la materia controvertida sólo puede ser de índole constitucional.

En tal sentido, este tipo de terceros no tendrá el amparo como mecanismo de defensa para formular su pretensión, pero sí

tendrá el proceso civil donde podrá formular su pretensión autónoma contra las partes del Arbitraje, no existiendo impedimento alguno para que tal proceso se inicie incluso estando en trámite el Arbitraje, pues su propósito no es interrumpir su trámite, sino oponer una pretensión contra las partes del mismo.

El caso de los *terceros titulares de una relación idéntica a la deducida* presenta ciertas peculiaridades. Para que se dé esta situación en materia arbitral debería ocurrir lo siguiente: que se suscriba un convenio arbitral para dirimir los eventuales conflictos de una relación jurídica y respecto de la cual existe cotitularidad, pero sólo a algunos cotitulares alcanza tal convenio.

Es difícil imaginar un supuesto de esa naturaleza, pues aun cuando se trate de cotitulares no signatarios del convenio arbitral, éste les sería extensivo si pretenden derivar derechos o han realizado ciertos actos como negociación del Contrato, tal como prevé el artículo 14 de la Ley de Arbitraje antes desarrollado.

En tal caso, no estaremos ante la figura de los terceros, sino de partes del Arbitraje, de manera que estaría excluido el uso del amparo tal como lo prevé el precedente María Julia, de modo que la parte excluida tendría como mecanismo de defensa al recurso de anulación de laudo.

En este punto hay que tener cuidado, pues si los demandantes o demandados consideran que el convenio arbitral se extiende a todos los cotitulares, deberán emplazarlos, pues de no ser así se configuraría la causal que prevé el artículo 63, inciso 1, literal b, esto es, la anulación del laudo porque una de las partes no fue notificada de las actuaciones arbitrales o no ha podido hacer valer sus derechos.

No obstante, la realidad suele superar las hipótesis imaginables, por lo que deberíamos asumir que sería posible que se configure el supuesto antes descrito, es decir, que exista un cotitular de la relación jurídica a quien el convenio arbitral no alcanza.

Si a pesar de ello, esa relación jurídica (y la consecuente situación jurídica del tercero) fue modificada, alterada o dejada sin efecto en virtud de un Arbitraje, podría sostenerse que el cotitular excluido está habilitado para formular un recurso de anulación del laudo, alegando que el convenio arbitral es inválido por no haber sido suscrito por todos los cotitulares de la relación jurídica o que el tribunal arbitral ha resuelto sobre una materia (su situación jurídica) que no podía ser sometida a su decisión, dado que el convenio arbitral no le alcanza.

Estas razones nos harían pensar que este tipo excepcional de tercero sí tendría un mecanismo de tutela para la circunstancia que le tocaría padecer, de manera que no sería necesario permitirle el acceso al proceso constitucional, dado que, como dice SAGÜÉS, *el amparo presupone el desamparo*.

No obstante, en contra juegan otras razones de mayor peso. Pensemos, por un momento ¿Por qué las partes de un Arbitraje sólo pueden solicitar su revisión judicial en el recurso de anulación de laudo que es de instancia única? Porque el convenio arbitral supone una renuncia a que la causa sea vista en el sistema judicial, siendo por ende legítimo que se limite el derecho de doble instancia. Así lo tiene dicho el mismo TC:

“A juicio del Tribunal, la pretensión del recurrente no incide en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia, habida cuenta que: i) la decisión de una persona para someter una contro-

versia determinada al conocimiento de un tribunal arbitral (...) conlleva una renuncia expresa a que dicha litis sea resuelta a través del órgano constitucional investido por la Constitución para ejercer la potestad jurisdiccional y; por tanto, que su desarrollo se realice con determinadas garantías formales que integran el derecho al debido proceso; y ii) además del derecho a ser juzgado por un juez predeeterminado por la ley, cuya renuncia es insita a la decisión de someterse a un tribunal arbitral, otra de las garantías formales del debido proceso a las que se renuncia con dicha decisión lo constituye el derecho a la pluralidad de instancias, cuya titularidad y ejercicio está previsto sólo para el caso de las personas que deciden someter sus diferencias ante el Poder Judicial. En sede arbitral, en efecto, no está constitucionalmente garantizado que una determinada controversia necesariamente tenga que ser resuelta por una instancia plural” (STC 1755-2007-AA, fd. 3 y 5 y STC 3261-2005-AA, fd. 4 y 5).

Siendo así, imponerle al tercero ajeno al convenio arbitral que recurra a la instancia única del recurso de anulación de laudo de instancia única, supondría una lesión de su derecho a la doble instancia y su derecho al juez natural. Se estaría imponiendo al tercero que la resolución de sus asuntos que no ha acordado sustraer del ámbito judicial, se vean en una sola oportunidad y por jueces del recurso de anulación a los cuales no acordó someterse.

En todo caso, el simple hecho de dictarse una decisión que recaerá sobre la relación jurídica de la que se es cotitular y según un procedimiento al cual no se ha convenido someterse, daría indicios claros de una

lesión del derecho constitucional al debido proceso, situación que legitimaría a este “tercero” a acudir a la vía constitucional del amparo.

Por tales motivos consideramos que los *terceros titulares de una relación incompatible con la deducida en el Arbitraje y que no califiquen como partes según el artículo 14 de la Ley de Arbitraje*, son la única clase de terceros a que quiere extender su protección el precedente María Julia cuando abre las puertas del amparo para cuestionar el Arbitraje, dado que no se les puede obligar a transitar por la vía del recurso de anulación de laudo para solicitar la tutela de sus derechos constitucionales.

11. EFICACIA REFLEJA DE SENTENCIAS Y LAUDOS SOBRE TERCEROS COADYUVANTES

No ocurre lo mismo con los terceros de una relación de *prejudicialidad-dependencia*, es decir, con los terceros a quienes la doctrina procesal llama coadyuvantes. Al respecto, debemos señalar que se trata de un supuesto legítimo de eficacia refleja del laudo sobre ellos. Veamos por qué:

IHERING¹⁷ advirtió que como la realidad no está construida por relaciones jurídicas que no viven aisladas unas de otras, no es posible individualizar los efectos que un acto jurídico puede producir a sólo las partes intervinientes, pues tales efectos pueden repercutir de forma refleja sobre terceros. Habrán entonces efectos queridos y previstos por las partes y efectos no previstos ni queridos, pero inevitables. En suma, como el entramado jurídico se nutre de una interdependencia en distinto grado de situaciones individuales, lo que ocurre en una esfera jurídica repercute de uno u otro modo en las demás¹⁸.

Teniendo en cuenta ello, ALLORIO advirtió los vínculos que pueden existir entre relaciones jurídicas, llamando relación prejudicial a “*la relación jurídica que ingresa en el supuesto de hecho de otra relación jurídica*”¹⁹, de modo que ésta será dependiente de la primera, motivo por el cual habla de prejudicialidad-dependencia. Puede ocurrir entonces que el objeto de un proceso sea una *relación de prejudicialidad* en donde intervienen como partes los sujetos titulares de la misma y en donde la sentencia altera tal relación. Ello generará que se alterare tam-

¹⁷ IHERING, Rudolf von. “Des effets réflexes ou de la réaction exercée sur les tiers par les faits juridiques”. E#n: Id. *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*. Vol. 5-9. Traducción al francés de Octave de Meulenaere. París, Librairie A. Maresq, 1903, p. 239.

¹⁸ Trasladando ello a sede procesal, CALAMANDREI distinguía entre los efectos de la sentencia como acto jurídico y sus efectos como hecho jurídico. Así, la sentencia entendida como acto jurídico será una declaración del juez sobre la voluntad de la ley, cuyos efectos queridos y directos serán vincular a las partes del litigio, ya sea constituyendo, declarando o condenando o desestimando, según la pretensión deducida y el sentido del fallo. Pero, la sentencia vista como hecho jurídico generará otros efectos, pues la sentencia se integrará como supuesto de hecho de normas de las que se derivarán efectos reflejos, externos o secundarios con un contenido diverso en cada caso y que se sustentan en la autoridad de la ley y no en la declaración del juez. Cfr. CALAMANDREI, Piero. “La sentencia como hecho jurídico”. En: Id. *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, pp. 539-540.

Tales fueron rechazadas originalmente por SATTÀ quien negaba la categoría de la sentencia como hecho, señalando que en los casos en que se atribuye a la sentencia un efecto no querido, no es la sentencia la que genera tal efecto, sino que es la situación o relación jurídica creada por la sentencia la que genera tales efectos. Se trataría por tanto de efectos mediatos o indirectos. Precisamente, en la actualidad la doctrina es pacífica en sostener que los llamados efectos reflejos son un fenómeno que se deriva del tipo vínculo existente entre la relación enjuiciada y la relación del tercero. SATTÀ, Salvatore. “Gli effetti secondaria della sentenza”. En: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Milán: Giuffrè, 1934, p. 253.

¹⁹ ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milán: Giuffrè, 1935, p. 69.

bién la *relación dependiente* de aquélla que fácilmente puede corresponder a un tercero a quien el proceso le ha sido ajeno. Los alcances de este fallo sobre la realidad del tercero es lo que se conoce como eficacia refleja de la sentencia.

En ese vínculo de prejudicialidad-dependencia descansa la llamada teoría de los efectos reflejos de la sentencia. Explica FABBRINI que los efectos reflejos “*se producen a través de un mecanismo característico, generado en el plano del derecho sustancial y con absoluta automaticidad, en el sentido que, teniendo como presupuesto que la relación entre las partes es un elemento del supuesto de hecho constitutivo de la relación del tercero, a la alteración de aquélla le seguirá, como consecuencia automática, la fijación de uno o más elementos nuevos en el supuesto de hecho constitutivo de la relación del tercero*”²⁰.

Queda claro que una sentencia o, para este caso, un laudo, puede tener efectos reflejos sobre relaciones jurídicas de terceros. Con ello no se sostiene que se haya juzgado la relación jurídica de terceros sin su intervención, sino que se ha juzgado efectivamente las relaciones existentes entre las partes del litigio, pero tal relación actúa como un presupuesto o como un condicionante de la relación jurídica que corresponde a un tercero y, en tal sentido, tendrá la virtualidad de alterar su realidad.

Por ejemplo, si una de las partes del Arbitraje tiene una relación dependiente con

un tercero, ello no significa que la eventual variación de la relación prejudicial no dé lugar a ningún tipo de responsabilidad de una de las partes frente al tercero. Así, si A arrendó a B un departamento, pero luego, en virtud de un Arbitraje, se deja sin efecto tal relación contractual. Si bien el subarrendatario C deberá soportar los efectos reflejos de esa decisión, ello no le impedirá iniciar acciones por responsabilidad contra B.

En ese segundo proceso, lo resuelto en el laudo se presentará como un hecho prejudicial relevante para el caso, pero del cual ya no se tiene incerteza²¹.

12. TERCEROS COADYUVANTES Y ARBITRAJE

A partir de la eficacia refleja de las sentencias, se justifica la intervención de terceros para coadyuvar en los procesos judiciales en donde se discute sobre la relación prejudicial de la cual depende la suya. Pero, como en tales procesos no se discuten sus derechos (pues no se discute su relación jurídica), sólo se les permite intervenir para favorecer la defensa de aquella parte del proceso cuya posición –de imponerse– le resulta beneficiosa o no le genera una situación que considera desfavorable.

No obstante, trasladando ello a la materia arbitral, no será admisible la incorporación de terceros coadyuvantes en el Arbitraje, porque, como señalamos (supra 11§), el tercero no ha consentido en someterse al Arbitraje renunciando a la competencia

²⁰ FABBRINI, Giovanni. *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*. Milán: Giuffrè, 1964, p. 587.

²¹ Como prueba normativa de la eficacia refleja que pueden tener las sentencias, PROTO PISANI (citado por CARPI) hace referencia a un litigio donde se discute la propiedad de un inmueble y en donde se dicta una medida cautelar de anotación de demanda; sin embargo, luego el bien en litigio es transferido por el demandado (titular registral) a un tercero, quien tendrá la indudable calidad de tercero coadyuvante en el litigio. En tal caso, las normas jurídicas que regulan la anotación de demanda prevén que la sentencia que acoja la demanda tenga una eficacia refleja sobre el derecho del tercero. Aquéllas trascenderán el campo de la publicidad registral y expresarán una extensión de los límites subjetivos de la eficacia refleja de las sentencias. CARPI, Federico. La eficacia ‘*ultra partes*’ de la sentencia civil. Traducción de Juan MONROY PALACIOS. Lima: Palestra editores, 2007, p. 352.

de los órganos judiciales y los titulares del convenio arbitral no han acordado abrirle la puerta de su proceso privado.

Esa exclusión de estos terceros del Arbitraje de ningún modo supone una afectación constitucional de derechos. Recuérdese que la justificación para permitir su intervención en los procesos judiciales descansa en un mero interés, el cual sólo le alcanza para ayudar a la defensa de una de las partes, no para defender derechos propios. Es decir, no es que al tercero se haya afectado su derecho al debido proceso o contradictorio si no participa en el citado proceso (¿qué derecho propio ha estado impedido de defender?), ya que éste se seguirá con la defensa que haga la misma parte que al tercero le interesa que venza.

Más aún, permitir a terceros (que no defienden derechos propios sino derechos de una de las partes del Arbitraje) cuestionar y eventualmente dejar sin efecto un Arbitraje porque no se les permitió participar, supone una medida a todas luces desproporcionada.

Pensemos un momento, ¿cuáles serían las consecuencias prácticas que generaría la supuesta lesión de derechos del tercero por no permitirle intervenir en el Arbitraje? Esa hipotética lesión sería reparada llevando a cabo un nuevo Arbitraje (o proceso judicial) para discutir lo mismo, pero esta vez con la “ayuda” del tercero a la defensa de una de las partes. Es decir, todo un trámite nuevo para permitirle que redunde en la defensa que ya ejerció una de las partes. Es evidente entonces que su ausencia no genera un perjuicio que traiga consigo diferencias

prácticas²², de modo que aparece como desproporcionado que tal situación pudiera dar lugar a la anulación de todo el Arbitraje.

En todo caso, se debe tener presente que es perfectamente legítimo limitar las posibilidades de contradictorio del tercero, dado que ningún derecho es absoluto (más aún si tal contradictorio busca reiterar la defensa que un sujeto muy probablemente ya ejerce). Señala LUISO²³ que la restricción del contradictorio estará justificada en la medida que con ello se pretenda evitar la frustración de la tutela jurisdiccional efectiva de otros, lo que incluso puede llegar a permitir la expansión de los efectos de las sentencias.

No nos quedan dudas que permitir que terceros soliciten la revisión judicial de Arbitrajes y eventualmente lo anulen supondría una afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes contratantes, no sólo porque se dilataría la resolución definitiva de la causa, sino, principalmente, porque se instauraría un régimen que haría sencillo evitar la eficacia de los laudos dictados.

En efecto, como se puso de manifiesto antes, el entramado de las relaciones jurídicas está tan nutrido que sería relativamente sencillo encontrar relaciones jurídicas que dependan de la relación que fue objeto del laudo y, por ende, encontrar a potenciales *terceros coadyuvantes* que —en coordinación con la parte vencida— estén dispuestos a solicitar la revisión de lo decidido alegando para ello su exclusión del Arbitraje. Esta facilidad de encontrar ese tipo de terceros, haría también fácilmente revisable el Arbitraje

²² Parafraseando a CHAMORRO BERNAL podríamos sostener que no estamos ante un supuesto de indefensión constitucional del tercero porque la ausencia de su ayuda a una de las partes, no generara consecuencias prácticas porque esa parte ya tuvo oportunidad de defenderse. CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO. *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1994, p. 115. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español señala que “la carencia de secuelas prácticas del amparo que eventualmente pudiera concederse evidencia la falta de contenido constitucional de la demanda en este punto” (ATC 128/1987).

²³ LUISO, FRANCESCO. *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*. Milán: Giuffrè, 1981, p. 20.

y, por tanto, relativamente sencillo eludir la eficacia del laudo al que las partes acordaron someterse.

Por consiguiente, para asegurar la eficacia del laudo (manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva de las partes del Arbitraje), es legítimo restringir el contradictorio de los terceros, contradictorio que ciertamente sólo busca redundar en la defensa de una de las partes. O, con las palabras coloquiales de RUBIO GARRIDO, podemos decir que tan o más necesitado de protección de la tutela jurisdiccional efectiva del tercero, está el mismo derecho que corresponde a las partes del Arbitraje. Y es que la defensa de derechos no puede ser absoluta, sino se correría el riesgo de anular derechos de otros²⁴.

13. SIGUE. TERCEROS COADYUVANTES Y ARBITRAJE

Y es que los distintos presupuestos que inspiran al proceso judicial (de marcado acento público) y al proceso arbitral (de marcado acento privado) generan consecuencias distintas en el tratamiento de los *terceros coadyuvantes*. En el primer caso donde, además de la resolución de la controversia, el juez busca acercarse al valor paz social en justicia²⁵, se permite que terceros interesados en la causa intervengan en ella precisamente para asegurar decisiones lo más justas posibles. En cambio, esa lógica no subyace en los Arbitrajes, pues allí gobierna la autonomía de voluntad que simple

y llanamente busca que los árbitros resuelvan de manera definitiva la controversia. Nada más.

Supongamos que surge una controversia sobre las prestaciones de un Contrato con cláusula arbitral, pero antes de iniciar un Arbitraje, las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad logran ponerse de acuerdo, suscribiendo para ello una Addenda al Contrato. Cabe preguntarse, para que la Addenda sea válida y eficaz ¿era necesaria la participación del *tercero coadyuvante* que tiene una relación dependiente con la relación objeto del Contrato? La respuesta es evidente.

Por estas razones consideramos que es legítimo que un laudo que resuelve la *relación prejudicial* entre A y B tenga efectos reflejos que se extiendan sobre a la *relación dependiente* entre B y C. Tal criterio parece ser compartido por el Tribunal Constitucional español quien, precisamente, en un caso similar al que se propuso para explicar la intervención coadyuvante (efectos de la decisión de desalojo sobre un subarrendatario), señala lo siguiente:

“1. No es contrario al principio de contradicción (...) el que una decisión judicial pueda tener efectos que repercutan en sujetos que no han participado en el proceso y que no han sido llamados a él y que, por tanto, no figuren como condenados en la Sentencia. Tal ocurre respecto a quienes sean titula-

²⁴ RUBIO GARRIDO, Tomás. “Cosa juzgada y tutela judicial efectiva”, en *Derecho Privado y Constitución* Nº 16. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 354. A manera de ejemplo, el mismo autor señala: “Aunque algún paladín [del derecho de defensa] llegó a considerar inconstitucional la sentencia dictada en rebeldía (pues violaría, según él, el sacrosanto derecho de audiencia/contradicción/defensa), la mayoría de sus representantes, partiendo de que, si así fuera, nada sería más fácil que burlar la acción judicial contraria, por lo que se debe aceptar la constitucionalidad de esa eventualidad”. *Ibidem*, p. 369.

²⁵ “Artículo III del Código Procesal Civil. Fines del proceso e integración de la norma procesal.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia (...).”.

res de una situación jurídica dependiente o condicionada por un derecho ajeno sobre la que incide el contenido de esa Sentencia, la cual afecta a ese derecho ajeno que en el proceso de origen se cuestiona directamente y sobre el que decide la Sentencia. Formalmente el tercero, titular de esa situación, no estará afectado por el mandato contenido en la Sentencia, que no se dirige a él, pero su derecho, al depender del derecho de otro, resultará afectado de forma indirecta o refleja por la modificación que de ese último derecho derive de la Sentencia, al igual que también podía quedar alterado por actos de disposición ajenos sobre ese derecho. Tal ocurre en los casos de contratos dependientes o derivados de una situación jurídica contractual de una parte, como son los distintos tipos de subcontratos y, muy en particular, los subarriendos. Por el nexo del subarriendo con el contrato de arrendamiento principal, el subarrendatario ha de «sufrir» los avatares del contrato de arrendamiento principal, cuyas vicisitudes tienen su reflejo necesario en los derechos del subcontratista, por la dependencia permanente de las situaciones sustanciales.

El principio constitucional de contradicción no se opone a que una Sentencia pronunciada frente al arrendatario pueda ser oponible y tener efectos indirectos o reflejos también frente al subarrendatario, pese a no haber sido éste parte en el proceso principal” (STC 58/1988, en similar sentido la STC 171/1991, fd. 6).

Siendo así, se debe excluir a los coadyuvantes de la categoría de terceros a que se refiere el precedente María Julia, ellos no podrían cuestionar con éxito Arbitrajes a través de procesos de amparo, dado

que en tales casos no se configura una afectación de sus derechos constitucionales.

¿Quiere esto decir que el tercero deberá soportar, sin más, las modificaciones que pudieran existir en la situación pre-judicial existente entre A y B y de modo reflejo en su situación jurídica? Aunque consideramos que el *tercero coadyuvante* deberá soportar los efectos reflejos del laudo y que, por tanto, que se deberían desestimar de plano las demandas de amparo que pudieran formular para cuestionar el Arbitraje, el análisis necesario para definir cuándo estamos ante este tipo de terceros requerirá, en ciertos casos, la apertura del proceso de amparo. Por ello debemos concluir que si bien los *terceros coadyuvantes* no son los sujetos a quienes busca proteger el Caso María Julia, tal situación se deberá determinar una vez iniciado el proceso de amparo, lo que no excluye la posibilidad de rechazos liminares cuando la situación antes descrita sea evidente.


¿Qué ocurrirá entonces cuando los terceros coadyuvantes hayan activado el amparo? En tal caso no bastará con que el juez constitucional verifique que se ha alterado por eficacia refleja la relación dependiente del tercero para amparar la demanda, además, y esto es lo más importante, deberá verificar que tal alteración importe la lesión de un derecho constitucional específico. Situación que, por los argumentos antes descritos, no ocurre en el caso típico de terceros coadyuvantes.

En suma, el precedente María Julia no busca tutelar la situación de los *terceros coadyuvantes*.

14. RESUMEN

A manera de resumen sobre la postura planteada líneas atrás, haremos una breve referencia sobre las conclusiones a las que

hemos arribado sobre el nuevo precedente María Julia y su régimen la revisión judicial del Arbitraje.

- El anterior sistema instaurado por el TC (en donde el recurso de anulación de laudo era considerado como una vía previa al amparo), antes que proteger el Arbitraje, lo hacía más vulnerable pues en la práctica terminaba creando hasta cuatro instancias de revisión judicial.
- Los efectos de cosa juzgada que la ley atribuye al laudo se hacen con el firme propósito de proteger la autonomía de la voluntad, de asegurar que la eficacia del fallo acordado por convenio arbitral sea difícil de ser eludida.
- El precedente del caso María Julia convirtió al recurso de anulación de laudo en una vía paralela, esto es, es una vía que actuaría al igual que el amparo para la tutela de todos los derechos constitucionales que pudieran haber sido amenazados o lesionados en el Arbitraje.
- Como primer corolario de ello, el recurso de anulación de laudo se convirtió en una suerte de amparito arbitral, pues haría lo mismo que el proceso constitucional pero en instancia única.
- Como segundo corolario, se admite la posibilidad del proceso de amparo, pero sólo para cuestionar amenazas o lesiones provenientes de la decisión judicial dictada en el recurso de anulación de laudo y no el Arbitraje. Será sólo un amparo contra resolución judicial.
- Las partes o litisconsortes excluidos del Arbitraje, tendrán como medio de tutela judicial al recurso de anulación de laudo.
- En cambio, los terceros a quienes no alcanza el convenio arbitral podrán recurrir directamente al amparo para cuestionar Arbitrajes, porque ellos no han renunciado a la posibilidad de doble instancia, como sí lo han las partes que participaron del citado acuerdo y que sólo tienen la opción del recurso de anulación (de instancia única) para cuestionar las actuaciones arbitrales.
- El artículo 14 de la Ley de Arbitraje no regula la figura de los terceros en el Arbitraje, sino que se refiere a partes que de modo implícito han consentido el convenio arbitral, pero por distintas razones no lo han suscrito.
- No se admite la figura de los terceros en el Arbitraje, dado que la autonomía de la voluntad exige que tanto las partes como el supuesto “tercero” acuerden el ingreso de este último al Arbitraje.
- Los *terceros titulares de una relación idéntica a la deducida* son los terceros a que se refiere el Caso María Julia, pues a pesar de ser ajeno al convenio arbitral se estaría permitiendo que árbitros –a quienes no está sometido– emitan una decisión sobre la relación jurídica de la que se es cotitular.
- Los *terceros coadyuvantes* no son los que busca proteger el Caso María Julia, de manera que no tendrían abierta la puerta del amparo. Sin embargo, en algunos casos, determinar que ocurre tal situación exige admitir y discutir la demanda de amparo, lo que no excluye la posibilidad de que –cuando medien las circunstancias necesarias– se declare la improcedencia liminar de la demanda. 

EL BANCO AVALISTA EN EL ARBITRAJE

JUAN SERRADA HIERRO (*)

No cabe duda que la existencia de arbitrajes multiparte y la de aquellos en los que potencialmente pueden intervenir otros sujetos, constituye una cuestión del mayor interés en los momentos actuales y podría afirmarse que es un verdadero reto para la solución de conflictos en el ámbito arbitral.

En primer lugar, me gustaría referirme en el desarrollo de esta exposición a algún antecedente en España, que finalmente se reflejó en la Sentencia judicial que resolvió la cuestión.

Se trataba de un arbitraje celebrado antes de la entrada en vigor, de la vigente Ley en España, de 2003. En cualquier caso, tiene interés analizar y repasar las razones que se esgrimieron, en aquel caso, por una y otra parte y cuál fue la solución definitiva establecida por los Tribunales de Justicia.

Se trataba de un arbitraje nacional, con arreglo a Derecho español y que tenía su origen en un contrato de distribución suscrito, en el año 1993, entre dos empresas de nacionalidad española. Efectivamente, y de acuerdo con la legislación vigente en la materia, se firmó un contrato de distribución y comercialización de determinados produc-

tos importados de la Comunidad Económica Europea. Era un contrato de distribución comercial por cuenta ajena y en cuya virtud, una de las empresas distribuía el producto en nombre de la otra a todos aquellos consumidores finales, que lo solicitaran indistintamente a cualquiera de ellas. El contrato de distribución tenía una zona geográficamente delimitada. El producto se facturaba por la distribuidora, por cuenta de la otra empresa, al consumidor final y a los precios listados que le indicaba periódicamente está última.

La distribuidora garantizaba que contaba con los medios suficientes para llevar a cabo dicha actividad, así como con todos los permisos y licencias que exigía la legislación vigente en materia de transporte y circulación de productos. Todos los gastos de mantenimiento, mecánicos, de personal o de reparaciones, corrían por cuenta de la distribuidora. Era de su exclusiva responsabilidad garantizar que el producto estaba en perfectas condiciones, desde que lo recibía hasta la puesta a disposición del cliente, siendo responsable de todos los menoscabos, daños o perjuicios que sufriera el producto por su malicia o negligencia, así como los que provinieran de la propia naturaleza del producto, en el caso de no haber reali-

(*) Abogado del Estado. Vicesecretario del Consejo de Administración del INI y SEPI. Letrado Asesor de diversos Grupos de Empresas. Presidente de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje - CIMA.

zado o tomado todas las medidas necesarias para evitar tales daños.

De acuerdo con este marco básico de derechos y obligaciones de las partes, se estableció en el contrato una garantía específica que consistía en la entrega por parte del distribuidor a la otra empresa, de un aval bancario por un importe que se actualizaría periódicamente en función del volumen de operaciones de distribución y/o almacenamiento. El objeto de esta garantía, no era otro que el cumplimiento puntual y exacto de las obligaciones contenidas en el documento contractual.

Finalmente el contrato contenía la siguiente cláusula arbitral:

“Ambas partes, con renuncia al fuero propio que, en su caso, pudiera corresponderles, acuerdan someter a arbitraje cualquier disputa, litigio o controversia que surgiera o pudiera derivarse en relación con el cumplimiento, interpretación o ejecución del presente contrato. El arbitraje lo será de derecho, de conformidad con la ley 36/1998, a impartir por un Árbitro”.

Ante determinados problemas surgidos en el desarrollo del contrato, y básicamente por la generalización de impagos en los suministros de productos, se inició el correspondiente arbitraje contra la empresa distribuidora.

A principios del año 1995, se efectuó una auditoría interna en la Sociedad, con objeto de determinar los diversos saldos acreedores existentes, así como las causas de la morosidad. La auditoría se extendió a la revisión de distintos aspectos societarios y contables de la empresa distribuidora, quién alegaba como única causa de los impagos que los clientes finales, a su vez, no satis-

facían el importe de los suministros que se efectuaban.

Ante la situación descrita, la empresa, luego demandante en el arbitraje, no resolvió el contrato y ofreció, a través de distintos requerimientos notariales, la posibilidad de que se redujera la situación de riesgo con terceros e incluso la posibilidad de pactar calendarios de pago fraccionado de la deuda. Ante la falta de resultados de este planteamiento, se produjo la resolución contractual.

Así las cosas, la actora presentó demanda arbitral contra la empresa distribuidora e igualmente contra el Banco avalista. El último aval prestado por la entidad financiera no alcanzaba el total de la deuda, por lo cual, dado que se había constituido la garantía para responder de la correcta ejecución, cumplimiento y pago del contrato de suministro, el resto de la deuda se reclamaba directamente a la empresa distribuidora.

Esta última empresa requirió al Banco avalista para evitar que se hiciera efectivo el pago a la entidad demandante.

El argumento utilizado por la demandante se centraba en la existencia de un aval solidario en el que el fiador asegura el cumplimiento de la obligación principal, por lo que es un verdadero obligado y no un mero responsable de deuda ajena. De ello deducía su derecho a dirigir la pretensión de pago contra la obligada principal, por la totalidad de la deuda, y contra la entidad fiadora hasta el límite del aval.

La entidad avalista contestó la demanda arbitral y señaló que no era parte en dicho procedimiento, ya que de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Arbitraje, entonces vigente, era necesario el previo convenio entre las partes interesadas para someter las

cuestiones litigiosas a la decisión de un Árbitro. Y en este caso, el convenio lo habían suscrito demandante y demandada. La entidad financiera no había suscrito el convenio arbitral y no había intervenido en el contrato de distribución.

La empresa distribuidora también contestó la demanda y en este punto manifestó que la entidad avalista era únicamente garante del cumplimiento del contrato, pero extraña al procedimiento arbitral. Por ello, alegó incompetencia de jurisdicción además de falta de acción contra el Banco.

El laudo arbitral admitió la intervención del Banco avalista en el procedimiento y estableció que debía responder del pago del contrato de suministro en la forma pretendida por la demandante.

Finalmente, la Audiencia Provincial competente se ocupa de esta cuestión y anula el laudo arbitral, estableciendo finalmente que, en contra de lo señalado por el Árbitro acerca del carácter de obligación accesoria del aval respecto del contrato del que trae causa, lo sustancial en este punto es comprobar si el Banco avalista se sometió al procedimiento arbitral. Entiende que resulta meridianamente claro que dicho Banco no fue parte en el contrato, por lo cual está fuera de lugar pretender establecer la legitimación pasiva del banco para ser parte en el arbitraje.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la aplicación de la cláusula arbitral al Banco avalista se inserta dentro del problema más general de la eficacia de la cláusula arbitral respecto de terceros que no han sido signatarios de la misma.

La cuestión del alcance de la cláusula arbitral respecto de la entidad bancaria avalista nunca puede desconectarse de la volun-

tad de los sujetos de someterse al arbitraje, sobre los que se sustenta toda la institución y, en este caso, lógicamente, de la voluntad del propio Banco avalista, que se verá, en su caso, sometido al procedimiento arbitral.

En este punto, por consiguiente, conviene distinguir, como hizo con toda nitidez, el laudo dictado por la Corte de la CCI en el asunto 8.910, dos problemas diferentes como son *“el de la oponibilidad de una cláusula compromisoria a una persona que no la ha firmado y el de la responsabilidad de esa misma persona en méritos del derecho material aplicable, pero esta responsabilidad no es en sí misma un motivo suficiente para permitir una extensión de los efectos de una cláusula arbitral a una persona que no la ha firmado y en el presente caso a un accionista dominante de la entidad signataria, como así lo demuestra también la jurisprudencia francesa que ha indagado siempre si semejante extensión podría justificarse por la voluntad al menos implícita de las partes”*.

Una cosa es que el Banco tenga que verse involucrado como parte en un proceso arbitral, de manera que sea el árbitro quien decida sobre los derechos y obligaciones de la entidad bancaria y otra cosa muy diferente es que las Resoluciones que dicte el árbitro en el conflicto entre las partes no le afecten como responsable de las obligaciones dimanantes de dicha relación jurídica.

Para que el Banco pueda verse sometido al procedimiento arbitral es necesario que haya aceptado tal sometimiento.

Es decir, se podrán establecer reglas interpretativas de dicha voluntad, se podrá realizar una indagación de cuál ha sido la voluntad del Banco, atendiendo a los criterios generales establecidos por el Derecho o

a otros más concretos, pero lo que no resulta posible es imponerle un sometimiento a arbitraje que prescinda de su voluntad.

Toda la institución arbitral descansa sobre la voluntad de las partes y este pilar esencial no puede ser debilitado. Entendemos que no es posible relativizar el carácter fundamental de la libertad como principio sustentador del arbitraje y que todo lo que vaya en dicha dirección a la postre es perjudicial para la propia institución.

En el caso del Banco avalista se trata de una persona jurídica, claramente diferenciada de los restantes sujetos de la relación jurídica principal, por lo que aquí no se suscitan cuestiones relativas a la determinación de la personalidad, como sucede con la extensión de la cláusula arbitral a las sociedades integrantes del mismo grupo societario, o como ocurre en el caso en el que el afianzamiento sea otorgado, como en la práctica ocurre con frecuencia, por una sociedad filial, matriz o en general del mismo grupo que la afianzada.

Este supuesto, que posee más matices aún que el del Banco avalista, que claramente es un tercero en la relación jurídica entre las partes principales, fue el resuelto por la Decisión 4ª-128/2008 de 19 de agosto de la Corte Suprema suiza, que negó la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad matriz que intervenía como garante de su filial, pero que no había suscrito el convenio arbitral. La Corte Suprema suiza respaldó la decisión del Tribunal arbitral, que negó su competencia para conocer de la reclamación contra la entidad fiadora, indicando que el simple hecho de que una parte expida una garantía no la convierte en parte del convenio arbitral, de manera que para que ello ocurra es imprescindible que el garante acepte expresamente la sumisión a arbitraje.

Coincidimos plenamente con esta postura y entendemos que el arbitraje exige necesariamente la voluntad de todos y cada uno de los sujetos afectados de someterse a arbitraje y que ni los árbitros ni los tribunales deben de suavizar este requisito, que, como decimos, es la base del sistema arbitral. Otra cuestión diferente es la de la interpretación de dicha voluntad, pero esta interpretación no puede resultar artificiosa para imponer una determinada solución, prescindiendo de la realidad de cuál ha sido efectivamente dicha voluntad.

La jurisprudencia española se ha ocupado en muy contadas ocasiones de este asunto.

En líneas generales, la tesis mantenida por los Tribunales españoles, como ya se ha visto con anterioridad, es que es necesario que conste la voluntad del Banco avalista de someterse a arbitraje, si bien existe una sentencia del Tribunal Supremo, que sin abandonar completamente dicho planteamiento, hace una interpretación de la voluntad del Banco avalista que resulta un tanto discutible.

Así, exponente de esta doctrina tradicional de exigir claramente la voluntad del Banco avalista para que el mismo quede vinculado por el arbitraje es la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2003 (RJ 5217).

Esta sentencia del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que admitió la excepción de arbitraje formulada por la sociedad deudora, que había sido demandada en juicio, junto con la entidad financiera avalista. El Tribunal Supremo en su sentencia, revocó la anterior y condenó al Banco avalista, al considerar que al mismo no le afectaba la

cláusula arbitral pactada entre el acreedor y el deudor afianzado, señalando que para que la sumisión a arbitraje sea eficaz es indispensable que conste debidamente expresada la voluntad firme e inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones litigiosas surgidas o que pudieran surgir respecto a relaciones jurídicas determinadas a la decisión de árbitros. La Sentencia, señalaba que las relaciones con el Banco avalista no estaban sometidas a arbitraje, ya que en el contrato de aval no se contenía reserva arbitral alguna, indicando, asimismo, que dicho contrato de aval prestado por la entidad bancaria era anterior al contrato de subrogación entre las partes de la relación jurídica principal, en el que se pactó la cláusula de sumisión a arbitraje y que el Banco no opuso en ningún momento la excepción de arbitraje, argumentos estos últimos que se hacían a mayor abundamiento, hasta el punto de que se mencionan simplemente de pasada y el primero de ellos, se incluye entre paréntesis, al hilo del razonamiento de que no figuraba la sumisión a arbitraje en el contrato de aval.

Este hecho de atender en el arbitraje a la voluntad de las partes como soporte de la institución ha sido puesto de relieve en reiteradas ocasiones por el Tribunal Supremo, que recoge también la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2010 (RJ 3771), que negó la extensión de la cláusula arbitral al administrador de una sociedad, ya que esta se aceptó por la sociedad demandante frente a la sociedad demandada, pero no frente a su administrador, que intervino en el contrato exclusivamente en su calidad de representante orgánico de aquélla, por lo que la cláusula de sumisión a arbitraje contenida en el contrato no podía afectarle, a diferencia de lo que ocurre con la sociedad demandada.

Sin embargo, este criterio de exigir la inequívoca aceptación del Banco avalista para que el mismo quede sometido a arbitraje, se ha visto matizado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005 (RJ 4140), la cual declaró la vinculación del Banco avalista por la cláusula arbitral pactada entre el acreedor y el deudor afianzado y que no se reproducía en el contrato de aval entre este último y el Banco avalista.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005 confirmó la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona y la anterior de un Juzgado de Barcelona que declararon la sumisión de la controversia a arbitraje y consiguientemente la incompetencia judicial para conocer de la demanda presentada por una sociedad contra otra sociedad y contra el Banco avalista de esta última.

El criterio tomado en consideración por la citada Sentencia del Tribunal Supremo para sostener el sometimiento de la entidad bancaria a arbitraje es la extensión de la cláusula arbitral a las cuestiones suscitadas con la ejecución del contrato y a las partes implicadas en dicha ejecución, poniendo de relieve la fecha posterior del aval respecto del contrato principal que garantizaba.

La sentencia del Tribunal Supremo declara que *“en todo momento hay que afirmar que en el presente caso la cláusula o convenio arbitral plasmado en el contrato de 31 de julio de 1992 supone la necesaria extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato”*. Esta declaración resulta desmesurada, ya que al margen de la extensión objetiva de la cláusula arbitral, debe de analizarse la extensión subjetiva de la misma, para lo cual es fundamental la voluntad de los sujetos a los que alcanza dicha extensión, comprobar que efectivamente presta-


ron su consentimiento a la sumisión de la cuestión a arbitraje. Además, desde un punto de vista material, las relaciones jurídicas derivadas del aval son diferentes de las que resultan de la relación principal.

El anterior argumento se completa en la Sentencia con una simple mención de la extensión del arbitraje por virtud de la “cláusula de arbitral de referencia”, citándose como elemento a tomar en consideración el carácter posterior del contrato de aval respecto del contrato principal, en cuya virtud se prestó aquel.

Es indudable que el carácter posterior puede ser un elemento muy importante para sostener la voluntad del Banco avalista de someterse a arbitraje, pero que ello no lo implica *per se* de una manera automática. De hecho en el contrato de aval puede pactarse una consecuencia distinta, estipulándose concretamente el sometimiento a los órganos judiciales de todas las cuestiones relativas a la interpretación del contrato de aval y a la ejecución contra el avalista.

Debe de señalarse, no obstante, que el supuesto de hecho contemplado por la Sentencia de 26 de mayo de 2005 presen-

taba algunas particularidades, que quizás condicionaron la decisión judicial, ya que la presencia del Banco avalista en el procedimiento judicial era puramente procesal, sin ninguna relevancia práctica en la cuestión de fondo suscitada, y así la demandante en su demanda -no sabemos por qué- había solicitado la liberación del Banco avalista de su deudor, incluyendo en el suplico de su demanda la pretensión de que “*se declare la inexigibilidad y resolución del aval de 150 millones de pesetas formalizado por el Banco... a favor ... de la demandada..., condenándose al Banco... a dejarlo totalmente sin efecto*” Y el propio Banco avalista de la demandada, ante dicha petición presentó escrito allanándose a la demanda.

En definitiva, la Sentencia parte de unos presupuestos de hecho y de una realidad que sin duda condicionaron la doctrina recogida en la misma, la cual, aunque constituye un exponente claro del favor con el que el arbitraje se contempla por los Tribunales españoles y de la cultura pro arbitraje que impera en nuestros órganos judiciales, llega a una solución, que resulta discutible, en la medida en que debilita la relevancia del consentimiento del Banco avalista para sostener el sometimiento del mismo a arbitraje. 

LA INCORPORACIÓN DE PARTES NO SIGNATARIAS Y EL CARÁCTER CONSENSUAL DEL ARBITRAJE: ¿CUÁL ES LA POSICIÓN ADOPTADA POR LAS INSTITUCIONES ARBITRALES?

MARTIN HUNTER (*)

JESSICA PINEDA (**)

JAVIER GARCÍA OLMEDO (***)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Supuestos en los cuales se permite la incorporación de una parte no signataria a arbitraje. 2.1. Doctrina del levantamiento del velo corporativo. 2.2. Doctrina del alter ego. 2.3. Doctrina del grupo de sociedades. 2.4. Doctrina del estoppel arbitral. 3. Aspectos procedimentales de la incorporación de partes no signatarias a arbitraje. 3.1. El nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI). 3.2. Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres. 3.3. Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional. 4. Conclusión.*



1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional se caracteriza por su naturaleza consensual, conforme a la cual, sólo pueden vincularse al mismo las partes que hayan expresado su consentimiento a través del convenio arbitral. Dicho convenio es de carácter contractual y genera efectos jurídicos únicamente frente a quienes lo celebraron. En base a lo anterior, resulta imprescindible para los árbitros corroborar que el recurso a arbitraje fue una decisión consentida por los particulares

susceptibles de ser parte en el proceso. El conflicto surge en el supuesto que uno de estos particulares alegue no haber otorgado su consentimiento para ser sometido a la vía arbitral y, por tanto, no reconozca la jurisdicción de los árbitros. La pregunta que se plantea en estos casos es ¿Cómo y cuando se prueba la manifestación del consentimiento a arbitraje?

La forma más común de manifestar el consentimiento a arbitraje es mediante un acuerdo arbitral escrito y firmado por las

(*) Profesor Emeritus de la Universidad de Nottingham Trent en el Reino Unido, es Barrister en ejercicio en el área de Arbitraje Internacional en Essex Court Chambers, Londres.

(**) Master en Leyes de la Universidad King's College London, en el Reino Unido. Es abogada en ejercicio en Venezuela.

(***) Master en Leyes de la Universidad King's College London, en el Reino Unido. Es abogado en España y Reino Unido y trabajó con el Profesor Martin Hunter en Essex Court Chambers.

partes. Por regla general, se considera un requisito obligatorio para probar el consentimiento que el acuerdo arbitral conste por escrito, o que al menos exista algún tipo de constancia que lleve a corroborar su existencia física. Dicho requisito se puede encontrar tanto en ordenamientos jurídicos nacionales como en convenciones internacionales en materia de arbitraje¹.

Respecto a la firma del convenio arbitral, ésta se considera la forma más común de probar la manifestación del consentimiento a arbitraje. Sin embargo, no es un requisito obligatorio para establecer si una de las partes expresó su consentimiento. De hecho, la opinión general es que la firma no es necesaria siempre que el acuerdo entre las partes conste por escrito².

En base a lo anterior, es posible incorporar a arbitraje a partes no signatarias del acuerdo arbitral. A los efectos de establecer los criterios para tal incorporación es necesario distinguir dos tipos de partes no signatarias: (i) partes que aún cuando no firmaron el convenio arbitral, se encuentran de alguna forma vinculadas por el mismo en base a teorías de Derecho contractual, Principios Generales de Derecho Corporativo o a las normas que regulan el procedimiento arbitral, y (ii) partes que no han firmado ni consentido de forma alguna el convenio arbitral³.

Respecto al primer grupo de partes no signatarias, ha sido generalmente aceptada la posibilidad de incorporar a arbitraje a una parte no firmante del convenio arbitral mediante la aplicación de teorías de Derecho Contractual, tales como: (i) la teoría de la agencia y representación⁴, (ii) la transferencia de derechos o contratos que contengan convenios arbitrales y (iii) la incorporación por referencia a un convenio arbitral. Asimismo, es posible vincular a partes no firmantes en base a la aplicación de Principios Generales de Derecho Corporativo, tales como: (ii) la Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo y (ii) la Teoría del Alter Ego⁵.

El segundo grupo, abarca aquellas partes que no han firmado el convenio arbitral ni han consentido de forma alguna a arbitraje, pero que han actuado de manera tal que su consentimiento puede considerarse otorgado de manera implícita. El consentimiento se considera otorgado de manera implícita cuando se desprende de formas distintas a la firma del convenio arbitral o al intercambio de documentos entre las partes, e independientemente de las teorías de derecho contractual y corporativo que resulten aplicables.

En estos casos, el problema radica en la dificultad de encontrar un método que permita determinar y probar con certeza el

¹ En la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985_Model_arbitration.html y en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html.

² REDFERN y HUNTER, M. *International Arbitration*. Oxford University Press; Quinta Edición (2009), p. 241.

³ BREKOULAKIS, Stavros. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 2.

⁴ La teoría de la «agencia» en su sentido más amplio incluye cualquier relación por la cual una persona actúa como representante de otra. Esta teoría es ampliamente aplicada por Tribunales Nacionales e Internacionales a los efectos de permitir que el representado haga valer el acuerdo arbitral firmado por su representante.

⁵ BREKOULAKIS, Stavros. p. 2.

otorgamiento del consentimiento de manera implícita. Conforme a lo anterior, se han desarrollado doctrinas que permiten a los tribunales arbitrales inferir la ‘intención común de todas las partes’⁶ de someter una controversia a arbitraje, tales como: (i) la Doctrina del Grupo de Sociedades (en Europa) y (ii) la Doctrina del Estoppel Arbitral (en los Estados Unidos).

Lo descrito con anterioridad hace referencia a aquellos supuestos, de carácter material o sustantivo, a través de los cuales se puede probar el consentimiento a arbitraje, incorporando así a una parte no signataria al procedimiento arbitral. Sin embargo, la incorporación de partes no firmantes a arbitraje es, ante todo, un asunto de carácter procedimental.

La parte que solicite la incorporación de un no firmante a arbitraje deberá dar cumplimiento a las normas procesales que resulten aplicables al arbitraje en cuestión. En consecuencia, es imprescindible determinar si existen reglas de procedimiento específicas que permitan la incorporación de partes no signatarias. Dichas normas pueden encontrarse tanto en el derecho aplicable al procedimiento como en los reglamentos de algunas instituciones arbitrales.

La exposición del trabajo que presentamos se divide en dos capítulos. En el primer capítulo, se analizan los criterios utilizados por la Doctrina, los Tribunales Arbitrales y la Jurisprudencia Norteamericana e Inglesa para determinar si una parte no signataria del acuerdo arbitral puede ser incorporada al arbitraje.

En el segundo capítulo, se aborda lo relativo al papel desempeñado por las ins-

tituciones arbitrales en cuanto a la incorporación de partes no signatarias al proceso. En particular, se lleva a cabo un análisis comparativo de las normas contenidas en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, en el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y en el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.

2. SUPUESTOS EN LOS CUALES SE PERMITE LA INCORPORACIÓN DE UNA PARTE NO SIGNATARIA A ARBITRAJE

En virtud de la naturaleza contractual del arbitraje, por regla general, el convenio arbitral se celebra por escrito y está firmado por las partes. Sin embargo, como señalamos anteriormente, es posible incorporar al procedimiento a partes no signatarias del acuerdo arbitral.

A los efectos de determinar lo supuestos en los cuales puede permitirse la incorporación de una parte no signataria a arbitraje es necesario analizar algunas de las Doctrinas que han sido utilizadas por los Tribunales Arbitrales y las Cortes Nacionales para tales fines.

2.1. Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo

Las partes no signatarias de un acuerdo arbitral pueden ser incorporadas a arbitraje cuando se encuentran vinculadas de alguna forma a dicho acuerdo en base a la aplicación de Principios Generales de Derecho Corporativo tales como la Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo⁷.

La Doctrina del Levantamiento del

⁶ BREKOULAKIS, Stavros. p. 11.

⁷ BREKOULAKIS, Stavros. p. 2.

Velo Corporativo constituye una excepción al principio de la responsabilidad limitada de las compañías. Esta doctrina, conocida en los Estados Unidos como ‘*Piercing the Corporate Veil*’ ha sido interpretada en el sentido de permitir la imposición de responsabilidad ilimitada a los accionistas de las compañías en relación a las deudas y obligaciones de la persona jurídica⁸.

El levantamiento del velo corporativo se aplica en aquellas situaciones en las que los acreedores de una compañía no pueden determinar correctamente la extensión de las responsabilidades de la misma. Esto ocurre, por ejemplo, cuando los activos de la compañía se encuentran representados de manera incorrecta en los estados financieros para el momento en el que se suscriben las obligaciones⁹. Otro claro ejemplo de la aplicación de esta Doctrina lo constituyen los supuestos de fraude, esto es, cuando no se cumplen a cabalidad las reglas referentes a los reportes contables de las compañías y sus subsidiarias¹⁰. Adicionalmente, encontramos los casos en los que la compañía lleva a cabo transacciones que pueden implicar la disminución del capital social, y por tanto, generan un riesgo inminente de insolvencia¹¹.

Es en estos casos en los cuales se permite quebrantar el principio de la responsabilidad limitada de los accionistas a los efectos de proteger los derechos de los

posibles acreedores¹². En este sentido, es necesario tener en cuenta que la aplicación de esta doctrina constituye una excepción ideada con la finalidad de evitar el fraude a terceros.

Con base en lo anterior, la Jurisprudencia Norteamericana ha establecido cuatro supuestos en los cuales puede proceder el levantamiento del velo corporativo, a saber: (i) Descapitalización considerable de la sociedad en el momento de su formación y durante su vida; (ii) Incumplimiento de formalidades corporativas, tales como inexistencia de gerentes, directores, archivos o registros, o la no repartición de dividendos; (iii) Desvío de fondos de la subsidiaria hacia la matriz o sus accionistas; y (iv) Cuando el reconocimiento de la personalidad jurídica independiente viola el orden público o tiene el efecto de proteger a alguien de responsabilidad criminal¹³.

Asimismo, es posible analizar situaciones tales como: incumplimiento de formalidades societarias; inadecuada capitalización; confusión de patrimonios; superposición de dueños, directores y personal; oficinas y números de teléfono comunes; el grado de discrecionalidad que muestra la sociedad controlante; el funcionamiento como unidades de negocios o de ganancias conjuntas y el establecimiento de garantías por parte de la controlante respecto a deudas

⁸ MILLON, D. *Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of Limited Liability*. 2007.

⁹ POSNER, R. *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*. Universidad de Chicago, 1976 p. 507.

¹⁰ POSNER, R. *Economic Analysis of Law* (7th edn. 2007) p. 438.

¹¹ POSNER, R. p. 438.

¹² MILLON, D. *Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of Limited Liability*. (2007) pp. 1342 – 1348.

¹³ Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos en *United States v. Jon-T Chemicals, Inc.*, 768 F.2d 686, 691-92, 5th Cir., 1985; Southern District of New York Court of Appeal, en *City of New York v. Exxon Corp.*, 112 Bankr. 540, 553, S.D.N.Y., 1990 puede verse en: CAIVANO, Roque. ‘Arbitraje y Grupos de Sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario’. En: *Lima Arbitration* N° 1, 2066, p. 134.

de la subsidiaria¹⁴.

La Cámara de Comercio Internacional ha señalado que el levantamiento del velo corporativo es necesario y permisible sólo si la compañía originalmente responsable esta incapacitada para cumplir con sus obligaciones debido a la insuficiencia de activos o recursos financieros. Sólo en estos casos puede considerarse como un abuso de derechos de los individuos detrás de la compañía el usarla como escudo para proteger sus activos personales¹⁵.

La doctrina del levantamiento del velo corporativo fue originalmente diseñada (y es mayoritariamente empleada en la actualidad) para extender la responsabilidad, en principio limitada, de una compañía más que para vincular a una compañía matriz por el acuerdo arbitral firmado por su subsidiaria. En consecuencia, aún cuando esta doctrina ha sido empleada para determinar la jurisdicción de un tribunal arbitral sobre partes no signatarias del acuerdo arbitral¹⁶, algunos autores consideran que en estos casos existen elementos consensuales a considerar, y por tanto, lo apropiado es la aplicación de la Doctrina del Grupo de Sociedades en lugar de la Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo¹⁷.

2.2. Doctrina del *Alter Ego*

En el arbitraje Internacional, es prác-

tica común solicitar la incorporación de una compañía matriz alegando que dicha compañía es el 'alter ego' de la compañía subsidiaria parte en el arbitraje, y por tanto, debe ser considerada como parte del acuerdo arbitral y del procedimiento¹⁸.

Es de hacer notar que la teoría del alter ego y la del levantamiento del velo corporativo no abarcan exactamente los mismos supuestos. La doctrina del levantamiento del velo corporativo es la teoría general y abarca: (i) la teoría de la instrumentalidad, (ii) la teoría de la identidad y (iii) la teoría del alter ego¹⁹.

La determinación de la existencia de una compañía 'alter ego' se basa en gran medida en el análisis del caso concreto y requiere la consideración de la totalidad de las circunstancias del caso²⁰. Con base en lo anterior, la jurisprudencia Norteamericana ha enumerado algunas de las circunstancias indicadoras de la existencia de una compañía 'alter ego'²¹. En este sentido, se ha señalado que a los efectos de determinar si una parte no signataria es en realidad el 'alter ego' de la parte signataria del convenio arbitral, las cortes deben tomar en cuenta todos los aspectos de la relación existente entre la parte signataria y su supuesto 'alter ego'; siendo el elemento principal a considerar, el control ejercido sobre la parte signataria²².

A los fines de establecer si una

¹⁴ CAIVANO, Roque. 'Arbitraje y Grupos de Sociedades. Extension de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario'. En: Lima Arbitration N° 1, 2066, p. 134.

¹⁵ Caso N° 8163 de la CCI 1986.

¹⁶ *Taca International Airlines v Rolls Royce of England* 15 NY 2d 97, 102 (1965).

¹⁷ BREKOULAKIS, Stavros. p. 170.

¹⁸ BREKOULAKIS, Stavros. p. 169.

¹⁹ BREKOULAKIS, Stavros. p. 169.

²⁰ *Estate of Lisle vs. Commissioner*, 341 F.3d 364, 375-76, 2003 WL 21752801, 8 (5th Cir., 2003).

²¹ *Estate of Lisle vs. Commissioner*, 341 F.3d 364, 375-76, 2003 (5th Cir., 2003); *Markov vs. Alcock*, 356 F.2d 194, 197-98 (5th Cir., 1966); *American Fuel Corp. vs. Utah Energy Dev. Co.*, 122 F.3d 134 (2d Cir., 1997); *MAG Portfolio Consultant, GMBH vs. Merlin Biomed Group LLC*, 268 F.3d 58, 63 (2d Cir., 2001).

²² *Estate of Lisle vs. Commissioner*, 341 F.3d 368, 2003WL21752801 8 (5th Cir., 2003).

compañía matriz es efectivamente el ‘*alter ego*’ de alguna de sus subsidiarias, la Jurisprudencia Norteamericana ha enfocado el análisis en establecer el grado de control ejercido por la matriz sobre la subsidiaria. En este contexto, el control necesario para considerar que estamos en presencia de un caso de ‘*alter ego*’ va más allá del mero control accionario pues resulta necesario que exista una completa dominación en términos de capital, finanzas y políticas de negocios, entre otros²³.

Al respecto, algunos de los elementos utilizados para explorar el contexto de las relaciones matriz-subsidiaria dentro de los casos de ‘*alter ego*’, son los siguientes: (i) la matriz y la subsidiaria tienen directores comunes, (ii) la matriz y la subsidiaria tienen departamentos de negocios comunes, (iii) la matriz y la subsidiaria consignan Estados Financieros consolidados, (iv) la matriz financia a la subsidiaria, (v) la matriz paga los salarios y otras expensas de la subsidiaria, (vi) la subsidiaria no recibe negocios distintos a aquellos otorgados por la matriz, (vii) la matriz utiliza las propiedades de la subsidiaria como propias, (viii) las operaciones diarias de la matriz y la subsidiaria no son llevadas ni archivadas de forma separada y (ix) la subsidiaria no respeta las formalidades corporativas²⁴.

Otros factores a considerar al analizar casos de ‘*alter ego*’ son los siguientes: (i) si los directores de la subsidiaria actúan en función a los intereses de la matriz y le dan preponderancia a los mismos, (ii) si los términos de negociación entre la matriz y la

subsidiaria son los mismos términos y condiciones que aplicarían a un tercero; y (iii) quien es responsable del pago de las deudas de la subsidiaria o de actuar como su fiador²⁵.

En base a lo anterior, las Cortes Nacionales y los Tribunales Arbitrales analizan las circunstancias del caso concreto y deciden sobre la procedencia de la extensión de efectos de una cláusula arbitral a una compañía matriz.

2.3. Doctrina del Grupo de Sociedades

La incorporación a arbitraje de sociedades que forman parte de un grupo económico ha sido otra de las situaciones que ha generado gran polémica en el Arbitraje Internacional. Las sociedades de un grupo económico son consideradas como partes no signatarias del acuerdo arbitral y no vinculadas al mismo de manera alguna, pero que, manifestaron su consentimiento a arbitraje de manera implícita. A los efectos de probar que el consentimiento fue otorgado de manera implícita, los Tribunales Arbitrales Europeos, y en particular la Cámara de Comercio Internacional, han aplicado la denominada Doctrina del Grupo de Sociedades.

Conforme a esta Doctrina, los grupos corporativos multinacionales que operan a través de subsidiarias, afiliadas y/o asociadas deben ser considerados como una unidad para ciertos efectos jurídicos en lugar de ser tratados como entidades legales independientes²⁶. Al referirnos al origen de la Doctrina del Grupo de Sociedades,

²³ United States v John T-Chemicals Inc 768 F 2d 686, 691 (5th Cir., 1995).

²⁴ Estate of Lisle vs. Commissioner, 341 F.3d 375, 2003 WL 21752801 n. 16 (5th Cir., 2003), citando a Oxford Capital Corp. vs. United States, 211 F.3d 280, 284 n. 2 (5th Cir., 2000).

²⁵ Markow vs. Alcock, 356 F.2d 197–98 (5th Cir., 1966); American Fuel Corp. vs. Utah Energy Dev. Co, 122 F.3d 134 (2d Cir., 1997).

²⁶ BREKOULAKIS, Stavros. p. 132.

es necesario hacer referencia al caso *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain* en la Cámara de Comercio Internacional²⁷. En este caso, el tribunal arbitral aceptó la legitimación como demandantes de dos sociedades del Grupo Dow no signatarias del convenio arbitral bajo el argumento de que dicho convenio, expresamente aceptado por algunas sociedades del grupo económico, debe obligar también a aquellas que estuvieron altamente involucradas en el contrato principal y en los conflictos que surgieron del mismo. Este compromiso puede inferirse en base al rol desempeñado por dichas sociedades en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen el convenio arbitral y a la intención común de todas las partes²⁸.

En el caso *Dow Chemical*, las partes no signatarias aceptaron voluntariamente someterse a arbitraje en virtud de tener un interés directo en el mismo. En estos casos, donde es la parte no signataria la que solicita incorporación al procedimiento arbitral, los requisitos que deben cumplirse para la procedencia de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral son más flexibles que en los casos donde se busca traer a una parte no signataria como demandada, toda vez que ésta, no ha prestado su consentimiento a arbitraje²⁹.

Con base en lo anterior, resulta importante analizar desde el punto de vista práctico la frecuencia con la que la apli-

cación de esta doctrina ha sido utilizada, tanto por Tribunales Arbitrales como por Cortes Nacionales, para justificar la extensión de los efectos de un acuerdo arbitral. En este sentido, conforme a la investigación realizada por *POUDRET & BESSON*, sólo en la cuarta parte de los casos en los que esta doctrina fue considerada se decidió permitir la incorporación de la parte no signataria al arbitraje. Los resultados de esta investigación indican que el promedio de efectividad de esta doctrina para lograr la extensión de los efectos del acuerdo arbitral es relativamente bajo³⁰.

Adicionalmente, es de hacer notar que fuera de Francia son pocos los sistemas jurídicos a favor de la aplicación de esta doctrina. Por ello, a continuación analizaremos los términos en los cuales esta doctrina ha sido aplicada en Francia, Suiza, Inglaterra y los Estados Unidos³¹.

Francia

De acuerdo a la aplicación de esta Doctrina llevada a cabo por la Cámara de Comercio Internacional, un grupo de sociedades debe responder conjunta y solidariamente por las deudas de las que sacaron provecho, ya sea directa o indirectamente, cuando es posible reconocer la unidad económica del grupo en base a la participación conjunta de todas las sociedades en una relación contractual internacional compleja donde los intereses del grupo prevalecen sobre los de cada socie-

²⁷ Comentado en CRAIG, Laurence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan: *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceania Publications-Dobbs Ferry, New York, 3ª edición, p. 76.

²⁸ Caso CCI Nº 4131, laudo interlocutorio de fecha 23 de septiembre de 1982, publicado en *Collection of ICC Awards, 1974-1985*, ed. Kluwer, pp. 151 y ss.

²⁹ PARK, William. *Non-Signatories and International Contracts: an Arbitrator's Dilema*. En: *Multiple Parties in International Arbitration*. Oxford 2009. p. 21.

³⁰ POUDRET, Jean-Francois & BESSON, Sebastien 'Droit compare de l'arbitrage international' En: *English as Comparative Law of International Arbitration*. 2007 paras. 253-254.

³¹ PARK, William. p. 24.

dad individualmente considerada³².

En este sentido, la Cámara de Comercio Internacional ha extendido los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias del mismo en aquellos casos en los cuales se puede probar que dichas partes estuvieron representadas de manera efectiva o implícita, jugaron un papel activo en las negociaciones o están implicadas de manera directa en el contrato que contiene el convenio arbitral³³.

Asimismo, la Cámara de Comercio Internacional ha reconocido la extensión de los efectos del convenio arbitral cuando las circunstancias del negocio demuestran la voluntad común de las partes en el proceso de considerar a la parte no signataria como involucrada de forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene el convenio arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que dicha parte aceptó someterse a ese contrato, especialmente si existió un reconocimiento expreso de tal sometimiento³⁴.

Inglaterra

La Jurisprudencia Inglesa ha expresado su manifiesta desaprobación a la aplicación de la doctrina del grupo de sociedades por parte de Tribunales Arbitrales (particularmente en procedimientos ante la Cámara de Comercio Internacional) cuando el acuerdo arbitral, o el contrato en el cual dicho acuerdo se encuentra incluido, están sometidos a la Ley Inglesa³⁵.

En este sentido, en el caso *Peterson Farms Inc C&M Farming Ltd* se estableció que la jurisdicción del tribunal arbitral no debe ser determinada en base a una ley o grupo de normas diferentes a aquellas que las partes han escogido expresamente en el contrato. Con base a lo anterior, se consideró improcedente la aplicación de la Doctrina del Grupo de Sociedades para justificar la jurisdicción del tribunal arbitral sobre una parte no signataria en lugar de aplicar la Ley Inglesa y la Ley de Arkansas que fueron las leyes acordadas por las partes. En consecuencia, no se reconoció la aplicación de la Doctrina del Grupo de Sociedades hecha por el Tribunal Arbitral, con base a la cual se permitió la incorporación al procedimiento de sociedades miembro del grupo C&M no signatarias del acuerdo arbitral³⁶.

Suiza

La Jurisprudencia de los Tribunales Suizos ha rechazado igualmente la incorporación de partes no signatarias al arbitraje con base en la doctrina del grupo de sociedades³⁷.

Sin embargo, ha sido sugerido que el Tribunal Federal Suizo en 2003 expresó cierta simpatía por esta doctrina en un caso donde dos compañías Libanesas se encontraban ejecutando un contrato de construcción en el Líbano y la compañía matriz intervino en la negociación, ejecución y terminación del contrato. No obstante lo anterior, cabe destacar que en este caso el Tribunal Fede-

³² Caso CCI N° 5301, Collection of ICC Awards, 1986-1990, ed. Kluwer, pp. 361 y ss.

³³ Caso CCI N° 6519.

³⁴ Casos CCI N° 7604 y 7610.

³⁵ [2004] 1 Lloyd's Rep. 603, at 604.

³⁶ *Peterson Farms Inc C/M Farming Ltd* [2004] WL 229138 para. 47.

³⁷ *Saudi Butec Ltd. V. Al Vouzan Trading et al*, 14 ASA BULL p.496 (1996) y en *X Ltd. V Y&Z SpA*, Tribunal Federal 19 de agosto de 2008.

ral Suizo no se pronunció manifiestamente a favor o en contra de la Doctrina del Grupo de Sociedades³⁸.

Estados Unidos

La Jurisprudencia Norteamericana, al igual que los Tribunales Suizos, ha rechazado la aplicación de la Doctrina del Grupo de Sociedades a los efectos de lograr la incorporación de partes no signatarias del acuerdo arbitral al procedimiento³⁹.

2.4. Doctrina del *Estoppel* Arbitral

La Jurisprudencia Norteamericana ha enumerado los supuestos en los que puede permitirse que los efectos de un acuerdo arbitral se extiendan a una parte no signataria del mismo. Al respecto, uno de los casos más conocidos es el fallo emitido en el caso *Evans & Sutherland Computer Corporation vs Redifussion Simulation Ltd*⁴⁰ donde el demandante solicitó extender la demanda arbitral a Thomson-CSF, S.A y la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito rechazó la pretensión. En este caso, la Corte enumeró los supuestos en los que consideraba procedente la extensión de los efectos de un convenio arbitral, a saber: (i) en los casos de Incorporación por referencia, es decir, si la parte adicional es firmante de un contrato que hace referencia expresa y directa al convenio arbitral contenido en el otro contrato; (ii) en los casos de Consentimiento Tácito, es decir, si de la conducta de la parte adicional puede desprenderse su aceptación de someterse a arbitraje; (iii) en los casos de Agencia, esto es, si existe entre el firmante

y el no-firmante, una relación de representación o agencia; (iv) en los casos de levantamiento del velo corporativo, esto es, si la relación entre la matriz y su subsidiaria es suficientemente cercana como para justificar el levantamiento del velo corporativo y (v) en los casos de *Estoppel*, esto es, si quien se niega a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral tuvo previamente una conducta contradictoria con dicha negociación.

En su sentido tradicional, la doctrina del *Estoppel* Arbitral refleja el principio general de derecho proveniente del Derecho Romano *Non-venire contra factum proprium*, también conocida como la Teoría de los Actos Propios, conforme a la cual una parte no puede hacer valer sus derechos frente a la otra parte cuando esta última justificadamente confió en la conducta de la primera desmejorando su condición como consecuencia de tal acto de confianza⁴¹.

A través de la Doctrina del *Estoppel* Arbitral se puede vincular a partes no signatarias que se benefician de un determinado contrato pero alegan estar exentas de la obligación de someterse a arbitraje. En consecuencia, la mencionada Doctrina impide a una parte no signataria que está obteniendo beneficios de un contrato evadir las obligaciones del mismo⁴².

En particular, esta doctrina impide a una parte alegar que la ausencia de su firma en un contrato escrito implica que la cláusula arbitral contenida en dicho contrato no le puede ser aplicada, aún cuando dicha parte

³⁸ PARK, William. p. 24.

³⁹ Sarhank Group v. Oracle Corp., 404 F. 3d 657 (2d Cir. 2005).

⁴⁰ US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association, 64 F.3d 773, 776, 2d Cir., 1995.

⁴¹ BREKOULAKIS, Stavros. p. 132.

⁴² TAE, Courtney. 'Binding Non-signatories to International Arbitration Agreements: Raising Fundamental Concerns in the United States and Abroad'. En: Richmond Journal of Global Law & Business. Vol 8:4. 2009. p. 587.

ha obtenido beneficios de otras disposiciones del contrato. En estos casos, permitir que la parte se beneficie de lo dispuesto en el contrato evadiendo las obligaciones contenidas en el mismo se considera contrario a la equidad⁴³.

La Doctrina del *Estoppel* Arbitral ha sido desarrollada principalmente en los Estados Unidos y es empleada en la Jurisprudencia Norteamericana para prevenir tanto que una parte no signataria pueda evadir arbitraje con una parte signataria⁴⁴ como para evitar el caso contrario, esto es, que una parte signataria logre evadir arbitraje con una parte no signataria⁴⁵. Al respecto, las Cortes Norteamericanas han destacado la necesidad de analizar a profundidad los derechos y obligaciones provenientes de los contratos celebrados entre las partes a los efectos de poder aplicar esta doctrina⁴⁶.

En base a lo anterior, las Cortes Norteamericanas han establecido que para la aplicación de esta doctrina deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) que existan lazos corporativos estrechos entre las partes signatarias y la no signataria, y (ii) que la controversia esté relacionada con el contrato principal⁴⁷.

Adicionalmente, se ha señalado que para solicitar la incorporación de una parte no signataria a arbitraje alegando el *Estoppel* Arbitral es necesario que dicha parte haya recibido o esté recibiendo un beneficio

directo del contrato que generó la controversia⁴⁸.

Es de hacer notar, que tanto la Doctrina del Grupo de Sociedades como la Doctrina del *Estoppel* Arbitral buscan identificar la intención común de las partes en los casos donde el consentimiento a arbitraje fue manifestado de manera implícita. Con base en lo anterior, los criterios que permiten identificar esta ‘intención común de todas las partes’⁴⁹ en los casos de manifestación implícita del consentimiento son: (i) De acuerdo a la Doctrina del Grupo de Sociedades, la presencia de una estructura de grupo de compañías y la participación activa de la parte no signataria en la negociación, ejecución y/o terminación del contrato que contiene el convenio arbitral y (ii) De acuerdo a la Doctrina del *Estoppel* Arbitral, que existan lazos corporativos estrechos entre las partes signatarias y la no signataria y relación entre la controversia y el contrato principal.

3. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA INCORPORACIÓN DE PARTES NO SIGNATARIAS A ARBITRAJE

En el capítulo anterior se expusieron los supuestos en los cuales Tribunales Arbitrales y Cortes Nacionales han decidido extender los efectos de la cláusula arbitral a partes no signatarias del contrato original, dejando a un lado consideraciones de carácter procedimental. En este sentido, cabe

⁴³ Avila Group, Inc. vs. Norma J of California, 426 F.Supp. 537, 542 (S.D.N.Y., 1977).

⁴⁴ International Ins. Agency Services LLC v. Reviros Reinsurance U.S., Inc 2007 U.S. Lexis 2229 (N.D.III).

⁴⁵ Brantley v. Republic Mortgage Ins. Co., 424 F. 3d 392, 395-6 (4to Cir. 2005) citando a MS Dealer Serv. Corp v. Franklin 177 F. 2d 94, 947 (11th Cir. 1999).

⁴⁶ Ex parte Isbell 708 So 2d at 577-8 (Ala 1997).

⁴⁷ JLM Industries v Stolt-Nielsen 387 F 3d 163, 2004 (2d Cir 2004) at 178.

⁴⁸ HALL, Robert. ‘Equitable Estoppel: Binding nonsignatories to Arbitration Clauses’ p.5 disponible en: <http://www.robertmhall.com/articles/EquitableEstopArt.pdf>.

⁴⁹ BREKOULAKIS, Stavros. p. 11.

destacar que el asunto relativo a la incorporación de partes no signatarias a arbitraje es una cuestión tanto de fondo como procesal. En base a lo anterior, resulta importante analizar las reglas procesales específicas que deben ser cumplidas a la hora de solicitar la incorporación a arbitraje de partes que no firmaron el convenio arbitral. Este análisis resulta particularmente complejo en virtud de que un arbitraje internacional puede llevarse a cabo de diferentes formas y no existen reglas procesales fijas⁵⁰.

Conforme a lo expuesto en el capítulo anterior, el consentimiento de una parte no signataria del acuerdo arbitral puede derivarse de la aplicación de doctrinas y teorías de derecho contractual o corporativo. Sin embargo, dichas teorías deben aplicarse de conformidad con lo establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales y en las normas impuestas por las instituciones arbitrales (suponiendo que el arbitraje sea institucional). En consecuencia, es posible que la ley nacional de la sede del arbitraje (*lex arbitri*) o una norma incorporada en el reglamento institucional correspondiente no permita la incorporación de una parte no signataria al proceso arbitral sin su consentimiento. Por tanto resulta de vital importancia que, desde el punto de vista procesal, el tribunal arbitral considere la *lex arbitri* y las normas de la institución arbitral.

El arbitraje internacional es un método privado de resolución de controversias que ofrece a las partes una amplia flexibilidad respecto al procedimiento a seguir en caso de conflicto. En base a esto, existen dos tipos de arbitraje: el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional. En el arbitraje *ad hoc* las

partes eligen que el proceso sea conducido únicamente de conformidad con las normas previamente por ellas acordadas o mediante lo establecido por el tribunal arbitral. Por el contrario, en el arbitraje institucional el proceso se lleva a cabo de acuerdo a una serie de reglas impuestas por una institución arbitral especializada. En este último caso, las partes eligen un centro de arbitraje cuya función principal es administrar y organizar el procedimiento, así como también prestar los servicios necesarios para que la disputa sea resuelta con la mayor eficacia. Sobre este particular, FERNÁNDEZ ROZAS señala que:

“El elemento característico del arbitraje institucional es, pues, la intervención de un centro que administra y organiza el arbitraje y si tal opción ha sido efectuada por las partes, al margen de la difusión de cláusulas tipo que conducen dicho resultado, no puede desconocerse que existe un afán de seguridad jurídica por las eventuales garantías que puede ofrecer un determinado centro de arbitraje”⁵¹.

La elección de la institución arbitral se lleva a cabo, por regla general, con carácter previo al surgimiento del conflicto, y suele estar incorporada en el acuerdo arbitral. En la práctica, el número de arbitrajes internacionales donde interviene un centro de arbitraje es mucho mayor que el número de arbitrajes conducidos *ad hoc*. Esto se debe a que la utilización de normas establecidas por instituciones arbitrales reconocidas ha demostrado ser más eficaz.

Como se ha señalado anteriormente, el tribunal arbitral debe considerar la *lex arbitri*

⁵⁰ HUNTER, M. p. 387.

⁵¹ FERNÁNDEZ, J. 'Luces y Sombras del Arbitraje Institucional en los Litigios Transnacionales' Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2776/14.pdf>. p. 327.

tri y las normas recogidas en la institución arbitral. En la práctica, los árbitros y las partes se remiten principalmente a lo establecido en estas últimas.

Visto lo anterior, este capítulo examina los reglamentos de arbitraje institucional que contienen normas de procedimiento respecto a la incorporación de partes no signatarias a arbitraje, a saber: (i) el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, (ii) el Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París y (iii) el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Londres.

3.1. El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI)

El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI entró en vigencia en Enero de 2012 (Reglamento CCI 2012)⁵². Este Reglamento introduce cambios sustanciales respecto a lo establecido en el reglamento vigente desde 1998 ('Reglamento CCI 1998'). Dentro de las innovaciones del Reglamento CCI 2012, cabe destacar la incorporación de normas relativas a arbitrajes con multiplicidad de partes, multiplicidad de contratos, incorporación de partes adicionales y a la consolidación de arbitrajes⁵³.

Conforme a lo establecido en el Reglamento CCI 2012, aquellas partes que deseen incorporar a una parte adicional al proceso arbitral deben enviar a la CCI una 'solicitud de incorporación'. De acuerdo

con la CCI, este procedimiento de adhesión, también conocido como '*Joinder*', hace referencia a aquellas situaciones donde una de las partes (generalmente el demandado) solicita que una parte no mencionada en la cláusula arbitral sea adherida a dicho proceso⁵⁴. El término 'parte adicional' abarca a cualquier particular que aún sin ser parte del contrato original es susceptible de ser afectado por el mismo.

El Reglamento CCI 1998 no contenía normas respecto la incorporación de partes no signatarias, toda vez que, para el momento de su entrada en vigencia, los casos que involucraban múltiples partes no eran lo suficientemente comunes como para justificar la inclusión de normas que regularan la materia. No obstante lo anterior, en el periodo comprendido entre 1998 y 2012 tanto la Corte de Arbitraje de la CCI como tribunales arbitrales decidieron un número considerable de casos donde la incorporación de una parte adicional a arbitraje fue solicitada o por el demandante o por el demandado.

Al acordar someterse a arbitraje según el Reglamento CCI, las partes aceptan que dicho arbitraje sea administrado por la Corte de la CCI⁵⁵. En la administración de los arbitrajes, la Corte de la CCI ha mantenido siempre un enfoque proactivo y orientado a tomar las medidas necesarias y pertinentes para eliminar irregularidades procedimentales que pudieran poner en peligro la ineficacia o ejecutoriedad de los laudos dictados por los Tribunales Arbitrales⁵⁶.

⁵² Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, disponible en: http://www.iccwbo.org/uploads/Files/Court/Arbitration/other/2012_Arbitration%20and%20ADR%20Rules%20SPANISH.pdf.

⁵³ Artículos 7, 8, 9 y 10 del Reglamento CCI 2012.

⁵⁴ GREENBERG, S. FERIS, J. y ALBANESI, C. 'Consolidation, Joinder, Cross-Claims, Multiparty and multi Contract arbitrations: Recent ICC experience'. p. 172.

⁵⁵ Artículo 6.2 del Reglamento CCI 2012.

⁵⁶ GREENBERG, S. p. 161.

La creciente complejidad de las transacciones sometidas a arbitraje en la CCI ha incrementado en los últimos años la necesidad de adoptar un enfoque aun más proactivo en esta materia. En este sentido, es de hacer notar que en el periodo comprendido entre 2001 y 2009 el 28.5% de las disputas sometidas a la CCI involucró a más de dos partes. En particular, en el año 2009, de los 817 casos sometidos a la CCI, 233 involucraban más de dos partes, siendo el caso además, que en seis de estos casos se encontraban involucradas más de 10 partes en el procedimiento arbitral⁵⁷.

Es de hacer notar, que el Reglamento CCI 2012 recoge las prácticas de la Corte en esta materia durante la vigencia del Reglamento CCI 1998. En consecuencia, resulta pertinente examinar brevemente el procedimiento seguido para la incorporación de partes no firmantes antes de la entrada en vigencia del Reglamento CCI 2012.

Antes de la entrada en vigencia del Reglamento CCI 2012, el demandante determinaba las partes a intervenir en el proceso y podía, de este modo, solicitar la incorporación de una parte no signataria en la demanda de arbitraje. Dichas solicitudes eran presentadas, en la mayoría de los casos, con carácter previo a la constitución o nombramiento del tribunal arbitral. Una vez que el demandante enviaba su demanda de arbitraje, la Corte de la CCI realizaba un análisis *Prima Facie* y remitía la solicitud de incorporación al tribunal arbitral si ésta cumplía con lo establecido en el artículo 6(2).

Conforme al Artículo 7 del Reglamento CCI 2012, el nuevo procedimiento es el siguiente:

‘1. La parte que desee incorporar una

parte adicional al arbitraje deberá presentar su solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional (la “Solicitud de Incorporación”) a la Secretaría. Para todos los efectos, la fecha en la que la Solicitud de Incorporación sea recibida por la Secretaría será considerada como la fecha de inicio del arbitraje contra la parte adicional. Toda incorporación estará sujeta a las disposiciones de los Artículos 6(3)–6(7) y 9. Ninguna parte adicional podrá ser incorporada después de la confirmación o nombramiento de un árbitro, salvo que todas las partes, incluyendo la parte adicional, acuerden lo contrario. La Secretaría podrá fijar un plazo para la presentación de la Solicitud de Incorporación.

2 La Solicitud de Incorporación contendrá la siguiente información: a) la referencia del arbitraje existente; b) el nombre completo, descripción, dirección y otra información de contacto de cada una de las partes, incluyendo la parte adicional; y c) la información especificada en el Artículo 4(3) subpárrafos c), d), e) y f).

La parte que presente la Solicitud de Incorporación podrá presentar junto con ella cualquier documento o información que considere apropiado o que pueda contribuir a la solución eficiente de la controversia.

3 Las disposiciones de los Artículos 4(4) y 4(5) se aplicarán, mutatis mutandi, a la Solicitud de Incorporación.

4 La parte adicional deberá presentar una Contestación de conformidad, mutatis mutandi, con las disposiciones de los Artículos 5(1)–5(4). La parte adicional podrá formular demandas en contra de cualquier otra parte de conformidad con las disposiciones del Artículo 8.’

⁵⁷ GREENBERG, S. p. 161.

De acuerdo a lo establecido en este artículo, una parte adicional puede ser incorporada al arbitraje en cualquier momento del procedimiento si todas las partes, incluyendo la parte adicional, así lo acuerdan. Asimismo, es posible incorporar a una parte adicional sin su consentimiento siempre que dicha incorporación se realice antes de la confirmación o nombramiento de un árbitro. Conforme a lo anterior, podría afirmarse que la finalidad de restringir la posibilidad de incorporar a una parte que no ha otorgado su consentimiento a cualquier momento previo a la constitución del Tribunal Arbitral es garantizar que dicha parte pueda ejercer sus derechos. No obstante, la legitimación de la incorporación a arbitraje de una parte sin su consentimiento, aún cuando se lleve a cabo antes de la constitución del Tribunal Arbitral, resulta siempre cuestionable si se toma en cuenta como base fundamental la naturaleza consensual del arbitraje.

3.2. Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres

Tomando en consideración la naturaleza consensual del arbitraje, algunas instituciones arbitrales no permiten la incorporación de partes no signatarias sin su consentimiento. Este es el caso de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, que en el artículo 22.1 (h) de su reglamento de arbitraje establece lo siguiente:

‘Salvo pacto en contrario y por escrito de las partes en cualquier momento, el Tribunal Arbitral, de oficio o a instancia de parte, y, en cualquier caso, previa audiencia de las partes, estará facultado para:

(h) sólo a solicitud de una de las partes, autorizar que uno o varios terce-

*ros sean parte del arbitraje, siempre que cualquier tercero y la parte solicitante de su inclusión en el arbitraje hayan expresado su conformidad a este respecto por escrito y su consentimiento para la emisión de un sólo laudo arbitral conjunto o de tantos laudos como partes estén implicadas en el arbitraje*⁵⁸.

Conforme a lo dispuesto en este artículo del reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, partes no signatarias del convenio arbitral pueden ser incorporadas al procedimiento arbitral siempre que, tanto la solicitante como la no signataria, manifiesten su consentimiento por escrito. En este sentido, cabe destacar que en estos casos no basta con manifestar el consentimiento de manera implícita ya que es requisito obligatorio la manifestación del mismo por escrito.

La *ratio* detrás de esta norma es asegurar que sólo las partes que hayan manifestado su consentimiento a arbitraje puedan verse afectadas como consecuencia de la ‘solicitud de incorporación’, y por tanto, resulten vinculadas al procedimiento arbitral. Como puede observarse, el enfoque adoptado por la Corte de Arbitraje Internacional de Londres en su Reglamento es mucho más conservador que el adoptado por la CCI, toda vez que, no prevé posibilidad alguna de incorporar a arbitraje a una parte no signataria, sin que esta haya otorgado su consentimiento por escrito.

3.1 Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional

Un enfoque ecléctico puede encontrarse en el Reglamento Suizo de Arbitraje

⁵⁸ Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (1ro de Enero de 1998) disponible en Ingles en: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx.

Internacional aplicable a aquellos arbitrajes internacionales en los que el convenio de arbitraje hace referencia a los reglamentos de arbitraje de las Cámaras de Comercio e Industria de Basilea, Berna, Ginebra, Tesino, Vaud, o Zúrich⁵⁹.

En este Reglamento, el procedimiento a seguir para la incorporación de partes no signatarias a arbitraje se encuentra previsto en el artículo 4.2 en los siguientes términos:

‘Si, iniciado un procedimiento arbitral, un tercero solicita participar en el mismo o si una de las partes en un procedimiento arbitral regido por este Reglamento solicita que un tercero participe en él, el tribunal arbitral decidirá sobre tal solicitud tras consultar con las partes, y teniendo en cuenta todas las circunstancias que considere pertinentes para el caso concreto’⁶⁰.

En este caso, la decisión relativa a la procedencia de la incorporación de una parte no signataria al proceso es tomada por el tribunal arbitral. En consecuencia, no existe la división procesal basada en el momento de constitución del Tribunal y no es el órgano administrativo quien determina la jurisdicción del Tribunal Arbitral sobre la parte no signataria. Adicionalmente, no se establece la necesidad del consentimiento como requisito de procedencia para la incorporación de terceros pero se incluye la necesidad de analizar todas las circunstancias del caso concreto.

Conforme a lo anterior, resulta claro que a los efectos de este Reglamento el con-

sentimiento no constituye el requisito esencial para incorporar a una parte a arbitraje, siendo necesario analizar y ponderar todas las circunstancias del caso y no sólo el otorgamiento del consentimiento y la forma y oportunidad en la que éste fue otorgado.

4. CONCLUSIÓN

La incorporación de una parte no signataria a arbitraje se puede llevar a cabo desde el punto de vista sustantivo mediante la aplicación de teorías y doctrinas de derecho contractual o corporativo y, desde el punto de vista procesal, mediante la aplicación de las normas que regulan el procedimiento arbitral.

En ambos casos, un elemento esencial a considerar es la búsqueda de la intención común de las partes de someterse a arbitraje. A pesar de lo expuesto en cualquiera de las normas institucionales o leyes nacionales de arbitraje, el elemento consensual debe estar presente en todo momento, ya sea de manera expresa o de manera implícita.

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta que la creciente complejidad de las transacciones y conflictos sometidos a arbitraje en los últimos años ha generado la necesidad de adaptar las doctrinas y las reglas procedimentales de las instituciones arbitrales a la situación actual. Con base en la complejidad de estas transacciones, establecer como requisito de procedencia para la incorporación de una parte no signataria el consentimiento por escrito parece ser un enfoque muy restrictivo, y por demás, incompatible con la realidad comercial de las disputas sometidas a arbitraje.

⁵⁹ Artículo 1.1 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.

⁶⁰ Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional (Julio de 2004). Disponible en: https://www.sccam.org/sa/download/SRIA_spanish.pdf.

Este requisito excluiría por completo la posibilidad de incorporar a arbitraje a una parte no signataria la cual intenta evadir intencionalmente su posible participación en el procedimiento arbitral en casos donde se beneficia del contrato principal y/o está involucrada, de algún modo, en el conflicto sometido a arbitraje.

Visto lo anterior, resulta claro como las normas procedimentales de ciertas instituciones arbitrales excluyen la aplicación de doctrinas como la doctrina del *Estoppel* Arbitral. En este sentido, si bien es necesario que estas normas reconozcan la necesidad del consentimiento de las partes a los efectos de establecer la jurisdicción del Tribunal Arbitral, también es cierto que el consentimiento implícito es una forma de consentimiento.

El problema fundamental en torno a la incorporación de partes no signatarias a arbitraje viene dado por la dificultad de probar el consentimiento cuando este no ha sido manifestado de forma expresa. Al respecto, si bien resulta complicado tener la certeza de que ciertas conductas constituyen un otorgamiento implícito del consentimiento,

resultaría contrario a la equidad excluir la posibilidad de considerar el consentimiento implícito como una forma válida de otorgar el consentimiento a arbitraje. En este sentido, los Tribunales Arbitrales deben tener la opción de poder considerar todas las circunstancias del caso a los efectos de determinar si la conducta de una parte no signataria refleja o no un consentimiento implícito, y por tanto, si el Tribunal Arbitral debe o no tener jurisdicción sobre dicha parte.

Asimismo, es necesario tener en cuenta la gran variedad de estructuras corporativas que pueden adoptar los grupos societarios multinacionales en la actualidad y el hecho de que en los arbitrajes internacionales se pueden encontrar involucradas normas de derecho corporativo de distintos ordenamientos jurídicos. Con base a lo anterior, es necesario que las reglas procedimentales adoptadas por las instituciones arbitrales sean tan flexibles como para permitir a los Tribunales Arbitrales evitar que la personalidad jurídica de las compañías sea empleada para evadir la vía arbitral, pero no lo suficiente flexibles como para desnaturalizar el carácter consensual del arbitraje. ▣

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE AL CASO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES (*)

PABLO MORI BREGANTE^(**)
GIUSEPPE GALLUCCIO TONDER^(***)

SUMARIO: *1. Artículo 14 del DLA: Una nueva forma de consentimiento al convenio arbitral. 2. Extensión del convenio arbitral en el marco del grupo de sociedades. 2.1. Elementos para la aplicación de la teoría. 2.2. La interpretación de los alcances del convenio arbitral – Deber de buena fe incluido en el mismo. 2.3. ¿Cómo se determina la voluntad fraudulenta en este caso? 3. Consecuencias de la extensión del convenio arbitral. 4. Algunos apuntes para su aplicación práctica.*



1. ARTÍCULO 14 DEL DLA¹: UNA NUEVA FORMA DE CONSENTIMIENTO AL CONVENIO ARBITRAL

El artículo 14 del DLA constituye una de las innovaciones legislativas más importantes que planteaba esta norma. Más aún,

esta disposición constituye una novedad a nivel internacional, que si bien ya gozaba de reconocimiento tanto doctrinario y jurisprudencial, no tenía reflejo legal en alguna norma. Sin embargo, precisamente por lo novedoso de este artículo, consideramos necesario realizar algunas precisiones al respecto, a fin de facilitar su aplicación.

^(*) El presente artículo representa un nuevo análisis de algunas de las principales ideas de la Tesis elaborada por los autores, denominada: “*El Juego de las Máscaras: La extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias en el caso de los Grupos de Sociedades*”. Tesis Ganadora del Primer Lugar en el I Concurso Latinoamericano de Tesis en Arbitraje 2010 “Julio César Treviño Azcué”, organizado por la International Chamber of Commerce de México, el Centro de Arbitraje de México, el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, el International Centre for Dispute Resolution y el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú).

^(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado Asociado en Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor Principal del curso Fundamentos de la Contratación Contemporánea 2 en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Profesor Adjunto del curso Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

^(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado en Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

¹ Decreto Legislativo que norma el Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071.

“Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

Teniendo en cuenta ello, quisiéramos empezar resaltando la dificultad para extender el convenio arbitral a supuestas partes no signatarias. Ello es así, principalmente debido al carácter contractual del convenio arbitral, lo que evidencia las diferencias con el carácter jurisdiccional de los tribunales judiciales.

Como refiere CAIVANO, el tema no es fácil de resolver. “En los tribunales judiciales es generalmente posible incorporar al proceso a múltiples partes y acumular o consolidar varios procedimientos entre las mismas partes. **En el arbitraje, en cambio, la multiplicidad de partes en una o varias relaciones jurídicas vinculadas o la multiplicidad de relaciones jurídicas aun entre dos únicas partes plantean importantes dificultades. En buena medida, esas dificultades se presentan porque, a diferencia de la jurisdicción estatal, de fuente legal y obligatoria, la arbitral es de base contractual** y depende de la existencia de una voluntad inequívoca de todas las partes de someterse a la decisión de los árbitros”². (El énfasis es nuestro).

Ello explica porqué consideramos que en el arbitraje no es posible acudir a mecanismos procesales que admiten la participación de terceros, cuyos intereses puedan verse afectados por el laudo arbitral. Así, la idea de los terceros intervinientes nos resulta ajena y extraña al arbitraje, más aún si tenemos en cuenta que la competencia de los árbitros —a diferencia de la de los jueces— proviene, al menos en el arbitraje comercial clásico, del convenio arbitral y por tanto sólo alcanza a las partes de éste.

Tomando en consideración el carácter intrincado de ello, el avance y desarrollo del arbitraje ha obligado al legislador a plantear soluciones consistentes con dicha institución que, sin desnaturalizar la misma —esto es sin pretender utilizar figuras procesales que no se condicen con esta institución— permita la inclusión de verdaderas partes no signatarias en el proceso arbitral. Por ello, acorde con la amplia jurisprudencia arbitral internacional, consideramos que si el Derecho nacional no hubiera abordado dicho problema, la eficacia del arbitraje hubiera estado seriamente en juego.

En ese sentido, consideramos que en caso la institución arbitral se hubiera mantenido dentro de una impenetrable burbuja privatista y formalista, excluyendo a las partes no signatarias, habría perdido efectividad como mecanismo alternativo de solución de conflictos. En esa línea, junto con SANTISTEVAN, consideramos que “sin la debida consideración de los datos de la realidad (...), de no extender los efectos del convenio arbitral a las partes no signatarias se podría llegar a una verdadera castración de la modalidad de solución de controversias regulada por la ley de arbitraje”³.

Como ya dijimos, consideramos que por ello el actual DLA no buscó la solución en figuras procesales ajenas, como las referidas a la intervención procesal de terceros, a nuestro criterio absolutamente incompatibles con el arbitraje. Ello porque en dicho tipo de casos los terceros intervinientes —litisconsortes, coadyuvantes o excluyentes— no sólo no firmaron ningún convenio arbitral sino que de su conducta no se deriva ningún consentimiento al mismo, elemento

² CAIVANO, Roque J. “Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples”. En: Revista Peruana de Arbitraje. N° 4. Lima: Magna Ediciones, 2007, p. 67.

³ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”. En: Revista Peruana de Arbitraje. N° 8. Lima: Editorial Magna, 2009, p. 28.

indispensable para poder someter una controversia a arbitraje. Debido a la naturaleza contractual del Convenio Arbitral, si en el arbitraje comercial clásico alguien no manifiesta su consentimiento al mismo, no puede ser sometido a un proceso de este tipo, por ello consideramos que la figura de los terceros intervinientes no resulta aplicable a los procesos arbitrales.

Si un tercero desea introducirse como parte del proceso, ya sea porque considera que el resultado del proceso le puede afectar o porque alguno de sus derechos se encontrarían en juego, las partes primigenias del acuerdo arbitral deben manifestar su conformidad con dicha participación, de lo contrario el tercero no podrá introducirse. De igual manera si las partes signatarias consideran necesaria la participación de un tercero en el arbitraje, éste tiene que manifestar su consentimiento a ello. A nuestro criterio, contrariamente a cierta práctica común, ningún Tribunal Arbitral puede obligar a participar a nadie como tercero –en la concepción procesal del término– sin su consentimiento así como sin el consentimiento de las partes.

Sin embargo, es necesario precisar que ello no quiere decir que, al no permitirse la participación de dicho tercero en el arbitraje

se le estarían afectando sus derechos, ya sea de acción o contradicción. Por el contrario, es necesario tener en cuenta que el laudo que ponga fin a dicho proceso arbitral no le podrá ser oponible de ninguna manera, precisamente por no haber sido parte del convenio arbitral. Por ello, si una de las partes del proceso arbitral desea obligar al tercero a cumplir el laudo no podrá hacerlo y tendrá que resolver directamente sus controversias con él a través de la vía regular, esto es la vía judicial⁴.

En ese sentido, en consistencia con el desarrollo jurisprudencial internacional, lo que se buscó con el DLA fue resolver el problema también contractualmente, a través de una mejor definición de qué debemos entender por consentimiento, estableciendo una forma distinta del mismo, no regulada previamente por la anterior Ley General de Arbitraje, y no colocando la posible participación de terceros en el proceso arbitral.

En esa línea, consideramos que el Artículo 14 establece una forma distinta de consentimiento al arbitraje. Ello se encuentra establecido claramente en la primera parte del artículo, donde establece tres premisas básicas, la posibilidad de: (i) derivar consentimiento; (ii) a través de una conduc-

⁴ No obstante, la única excepción a ello la encontramos en el arbitraje por expropiación. Se trata de una figura *sui generis* en la que existe una ley que, a pesar de no estar regulado de dicha manera en el DLA, permite la participación de terceros expresamente en calidad de litisconsortes. Así, la Primera Disposición Complementaria de la Ley que establece medidas para agilizar el procedimiento de expropiación de los inmuebles afectados por la ejecución de obras públicas de infraestructura de gran envergadura – Ley N° 29171 – establece que “en aquellos casos en que exista un tercero con título de propiedad otorgado por el Estado y este último se oponga al título registrado, el titular de este derecho podrá apersonarse como tercero litisconsorte”. En la misma línea la Única Disposición Modificatoria de la Ley General de Expropiaciones – Ley N° 27117 – que modifica el Código Procesal Civil, establece que “si el tercero interviene, su actuación se sujeta, en cuanto sea pertinente a lo dispuesto en el Capítulo VII del Título II de la Sección Segunda de este Código”, capítulo referido precisamente a la intervención de terceros. Sobre el particular, entendemos que ambas leyes tienen como finalidad que los terceros no se vean afectados o perjudicados por un laudo arbitral emitido en un proceso en el que no habrían participado. Sin embargo, en la línea de lo indicado anteriormente, consideramos que dicho laudo no les habría afectado pues no les habría sido oponible por no haber manifestado su conformidad al arbitraje y por tanto no consideramos que haya sido necesario regular dicha posibilidad. Si bien entendemos que dichas leyes han procurado principalmente darle celeridad al trámite con dichos terceros – al obligarlos a participar como tales en el proceso arbitral y no requerir un proceso judicial posterior contra ellos – consideramos que ello no resulta justificante suficiente para permitir y obligar a terceros que se introduzcan en el arbitraje, aún sin su consentimiento previo a arbitrar y también sin la necesidad del consentimiento de las partes del proceso.

ta determinante y; (iii) la misma que debe ser analizada bajo los alcances del principio de buena fe. Así, si en un caso no es posible derivar un consentimiento, no se podrá incorporar a la persona al arbitraje, pero ¿sobre la base de qué criterios puede derivarse dicho consentimiento? El mismo artículo nos responde indicando que se debe derivar de la conducta analizada bajo los alcances del principio de buena fe.

En tal sentido, estamos ante una forma de consentir el contrato de arbitraje de manera distinta a la clásica establecida en el Código Civil, al menos distinta a la establecida en el artículo 1373 que requiere que la oferta sea aceptada para que un contrato quede perfeccionado⁵. Por el contrario, en este caso tenemos un consentimiento derivado, no de la aceptación expresa de las partes, sino únicamente de la conducta de los supuestos terceros.

Así, el hecho que el Código Civil haya definido que el consentimiento a los contratos –entre ellos el convenio arbitral– se presta a través de ciertos mecanismos, como la oferta y la aceptación, no significa que las leyes, en este caso el DLA, no puedan regular otras formas de obtener un consentimiento vinculante. Dicho de otra forma, el solo hecho que alguien no haya firmado el convenio arbitral no impide que pueda considerarse que sí consintió al mismo y por tanto verse obligado por sus efectos. Ello es precisamente lo que hace el artículo 14, reconoce una serie de formas distintas en las cuales se forma un consentimiento vincu-

lante, derivado de cómo debe ser entendida la conducta de los no signatarios en buena fe.

Como vemos, equivalentemente a lo establecido en la última parte del primer párrafo del artículo 141 del Código Civil⁶, el artículo 14 del DLA engloba diferentes formas de manifestación de voluntad tácita, en que por la naturaleza de la operación, la aceptación o el consentimiento al convenio arbitral se deriva de la propia conducta de los supuestos terceros.

Como indica SANTISTEVAN, “lo que ocurre es que, consecuente con la naturaleza flexible del arbitraje, con la opción *ab probationem* de las más modernas legislaciones para la existencia del convenio arbitral y con la necesidad de dar eficacia al arbitraje como solución de controversias, **la extensión del convenio arbitral exige un cuidadoso análisis de los hechos y de todas las circunstancias que rodean al caso, así como las conductas desarrolladas por las partes involucradas que permita descubrir consentimientos implícitos por parte de los no signatarios**”⁷. (El énfasis es nuestro).

Teniendo en cuenta lo anterior, como ya hemos adelantado, el artículo 14 del DLA no debe ser leído como si su intención fuera introducir a un “tercero” al arbitraje, pues como vimos ello es incompatible con la naturaleza contractual del convenio. Por el contrario, el supuesto de dicho artículo consiste en que alguien es parte del conve-

⁵ “Artículo 1373.- Perfeccionamiento del Contrato
El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”.

⁶ Artículo 141.- Manifestación de voluntad
La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. *Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. (...)*”.

⁷ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”. Op. cit., p. 41.

nio arbitral, a pesar de no haberlo firmado y su consentimiento se deriva tácitamente de su propia conducta. A quien se incorpora al arbitraje y se hacen extensivos los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una “*parte no signataria*”. De eso trata el artículo 14, de formas de identificar otras “partes”, distintas a las que firmaron físicamente el convenio arbitral.

En ese sentido, “uno de los más importantes aportes de la ley peruana es la extensión del convenio arbitral a las partes que pese a no haber suscrito el convenio son parte de él, **en tanto, existen circunstancias que así lo permiten**”⁸. Por ello, “en lo que esta interpretación puede considerarse “innovadora” es en hacer flexible la parte formal del principio: a la vista de ciertas circunstancias de hecho particulares, **priorizando el fondo, la realidad, por sobre la forma o la mera apariencia**, considera que la firma puesta en el instrumento no es la única forma de prestar el consentimiento para someterse a arbitraje”⁹ (El énfasis es nuestro).

Ahora bien, ¿qué hechos son los determinantes para ello? ¿Qué conductas son las que deben ser tomadas en cuenta para interpretar un consentimiento en buena fe? En nuestro caso, como veremos más adelante, se trata de la creación o utilización de empresas “de fachada” o “alter ego” de una de ellas y por tanto pertenecientes en realidad a

un mismo grupo económico y dirigidas bajo una única voluntad común, con la finalidad fraudulenta de perjudicar a terceros.

2. EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL MARCO DEL GRUPO DE SOCIEDADES

Si bien la doctrina ha identificado una serie de supuestos en los cuales se puede hablar de partes no signatarias que pueden encuadrarse dentro del supuesto del Artículo 14, en el presente artículo nos centraremos sólo en uno de ellos. Nos referimos a la aplicación de la teoría del “*alter ego*” que no es otra cosa que la aplicación del levantamiento del velo societario al interior de los grupos de sociedades dentro de un proceso arbitral. Si bien dicha teoría no resulta de aceptación pacífica, consideramos que su aplicación sí es posible al amparo del actual Artículo 14.

En efecto, una de las más importantes y a la vez más controversiales figuras es la “aplicación de la teoría del “grupo empresario”, según la cual en determinadas circunstancias los beneficios y deberes surgidos de un acuerdo arbitral pueden extenderse a otros integrantes del mismo grupo de empresas”¹⁰. En este caso, como señala HOSKING, se trata de situaciones de “grupos de compañías” en las que se reclama que las compañías conformantes de la cadena corporativa, distintas a la compañía signata-

⁸ CONEJERO ROOS, Cristian; HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Antonio; MACCHIA, Valeria; y Carlos SOTO COAGUILA. Coordinadores. El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial. Colombia: Legis Editores. Primera Edición, 2009, p. 615.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ REDFERN, Alan; HUNTER, Martín; BLACKABY, Nigel y Partasides CONSTANTINE. Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional. Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. Cuarta Edición en español revisada y adaptada por MARIAGO Noiana y Felipe OSSA. Argentina: Editorial La Ley, 2007, 240.

¹¹ Traducción libre del siguiente texto: “(...) *groups of companies*” *situations in which it is claimed that companies in the corporate chain other than just the signatory company are bound by the arbitration agreement*
 Texto en: HOSKING, James M. *The third party non-signatory’s ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing justice without destroying Consent.* pp. 480-481.

ria, están vinculadas por el acuerdo arbitral (...)"¹¹.

Dicha situación es frecuente en la jurisprudencia arbitral internacional. Sin embargo, es la jurisprudencia arbitral francesa la pionera en estos casos. Precisamente el caso francés "Dow Chemical" (Dow Chemical France v. Isover Saint Gobain) resuelto hace 30 años –en 1982– constituye el caso emblemático en lo que a esta teoría se refiere¹².

Si bien dicho caso trató de la inclusión de empresas subsidiarias –no signatarias de un convenio arbitral– en la parte demandante, se trata del caso más emblemático y a partir del cual la doctrina en cuestión ha sido utilizada y extendida en numerosos casos de la Cámara de Comercio Internacional de París, (CCI) "no sólo para expandir el universo de demandantes, sino para expandir el universo de los demandados, lo cual, por cierto, es más delicado"¹³.

Al respecto, atendiendo a los principios de "unidad y realidad económica" el Tribunal entendió que el grupo de empresas constituía "una única realidad económica" ("*une réalité économique unique*") que debía tomar en consideración al determinar que tenía competencia sobre todas las partes designadas. En tal sentido, el Tribunal Arbitral manifestó que "la cláusula

compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debería obligar a las otras sociedades que, por su rol en la celebración, el cumplimiento o la extinción de los contratos en los que se insertan dichas cláusulas, y de conformidad con la voluntad común de todas las partes involucradas en el proceso, parecen haber sido auténticas partes de dichos contratos o haber sido principalmente afectadas por ellos y por las controversias a las que pueden dar origen"¹⁴.

Posteriormente el caso llegó a la Corte de Apelación de París, cuestionando precisamente la extensión de la cláusula arbitral a las empresas no signatarias del convenio. No obstante dicha Corte se negó a anular la decisión del Tribunal Arbitral, sosteniendo que aún no habiendo suscrito las referidas empresas el convenio arbitral, por encontrarse ante una única voluntad común, el mismo sí les resultaba aplicable.

Como vemos, este caso goza de una riqueza jurídica singular, pues tanto el Tribunal Arbitral como la Corte Judicial de Apelación de París no consideraron a Dow Chemical Francia ni a Dow Chemical USA como "terceros", sino que fueron consideradas como auténticas partes, a pesar de no haber suscrito el acuerdo arbitral. Y más

¹² En dicho caso, la controversia tuvo origen en dos contratos idénticos que vinculaban a Dow Chemical AG (Suiza) y Dow Chemical Europe con Isover Saint Gobain en cada uno de ellos. En la parte pertinente, los contratos establecían que las controversias que surgieran respecto de ellos se someterían a las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Como consecuencia de crecientes discordancias entre las partes, tanto las empresas Dow Chemical Suiza y Europe, como la subsidiaria Dow Chemical Francia e inclusive la matriz Dow Chemical Estados Unidos, iniciaron un procedimiento arbitral contra Isover Saint Gobain. Sin embargo, esta última solicitó la exclusión de la subsidiaria de Francia y la matriz de Estados Unidos, alegando que no eran partes del acuerdo arbitral. No obstante, al analizar las circunstancias en las que se había celebrado el contrato principal, un tribunal arbitral – presidido por el Profesor Pieter Sanders y complementado por los profesores Berthold Goldman y Michel Vasseur – determinó que se había demostrado que Dow Chemical Company (USA) era el eje central de la relación contractual finalmente establecida entre ciertas entidades del grupo y los distribuidores.

¹³ SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. "Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional". En: Revista Internacional de Arbitraje. No. 2. Universidad de Sergio Arboleda: Comité Colombiano de Arbitraje y Legis. Enero-Junio 2005, p. 62.

¹⁴ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKBAY, Nigel y PARTASIDES Constantine. "Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional". Op. Cit., p. 241.

aún, consideraron a todos los involucrados como una misma parte, esto es como una “única realidad económica”.

Teniendo en cuenta ello podemos afirmar, junto con CAIVANO, que “la personalidad de una sociedad puede ser desestimada cuando **está formada con propósitos fraudulentos o impropios, cuando actúa o se comporta como un agente o una “marioneta” de su controlante, cuando está bajo el control de otra a tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento, o cuando es una mera pantalla o un alter ego de la controlante**”¹⁵ (El énfasis es nuestro).

En tal sentido, la figura indicada se presenta cuando una empresa, suscriptora de un convenio arbitral, está vinculada a aparentes terceras empresas de “fachada”, con el objeto de escapar tanto de sus compromisos contractuales, como del alcance del convenio arbitral, determinando ello una clara voluntad de fraude que no puede ser aceptada por los tribunales y menos aún por el Ordenamiento. Por tal motivo consideramos que el artículo 14 del DLA cubre situaciones como la descrita y permite la extensión del convenio arbitral a las referidas empresas de “fachada”.

Según esta teoría, un brazo del Derecho debe borrar el mal uso de otro de sus brazos. El derecho debe ir más allá de las máscaras utilizadas para adentrarse en la realidad y proteger así a quienes, en buena fe, suscribieron un contrato vinculado a un convenio arbitral.

En tal sentido, el artículo 14 autoriza a los Tribunales Arbitrales, entre otros supuestos, a extender el acuerdo arbitral en

este tipo de casos, con el objeto de proteger la buena fe contractual, representada en este caso por la contraparte que se vería perjudicada con tales acciones y a fin de constatar la verdadera voluntad de las empresas involucradas, quienes en realidad son parte del mismo contrato.

Cabe recordar que, como ya hemos mencionado anteriormente y como también se indicó en el Caso Dow Chemical, no se trata de cualquier otra “parte” en el arbitraje; sino por el contrario se trata de la misma parte que ya se encuentra participando, por responder a la misma voluntad –fraudulenta– común, por ser el *alter ego* de la parte suscriptora formada o utilizada únicamente con el fin de escaparse de sus obligaciones contractuales, como la obligación de arbitrar.

2.1. Elementos para la aplicación de la teoría

La aplicación de la doctrina en cuestión, plantea un importante desafío a efectos de su aplicación, ya que no puede realizarse de manera generalizada. Por el contrario, a nuestro criterio deben comprobarse principalmente dos requisitos: (i) Un elemento objetivo referido a la presencia de empresas vinculadas que formen parte de un mismo grupo económico; y (ii) Un segundo elemento subjetivo, representado por una voluntad común de fraude de dichas empresas vinculadas, representada en este caso por el hecho de haberse formado o haber sido utilizadas únicamente como un “*alter ego*”, como una mera empresa de “fachada” de la que suscribió el convenio arbitral, lo cual al amparo de principio de buena fe permite inferir un consentimiento al Convenio.

¹⁵ CAIVANO, Roque J. “Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples”. Op. cit., p. 132.

Respecto al primer requisito, se trata de dos o más empresas que si bien por su formación objetiva representan dos entes o personas jurídicas distintas y aparentemente autónomas, en realidad se comportan como una unidad actuando bajo una única voluntad. Sin embargo, este elemento no es por sí solo suficiente para afirmar la posibilidad de aplicar esta teoría para el levantamiento del velo al interior del arbitraje. Por el contrario, el mismo debe ser complementado con el segundo elemento, configurado por la voluntad fraudulenta de las empresas vinculadas.

Esto último es precisamente a lo que nos referíamos cuando mencionamos anteriormente la necesidad de realizar un análisis de la conducta bajo el alcance del principio de buena fe, establecido expresamente en el artículo 14. En efecto, el aprovechamiento de las formalidades que confieren la autonomía e individualidad jurídica de cada empresa al interior de un grupo de sociedades, es lo que choca directamente con el principio de buena fe.

Como se recordará, anteriormente dijimos que el artículo 14 permite la inclusión de verdaderas partes del convenio que, a pesar de no haber suscrito el mismo, el análisis de su conducta bajo los alcances del principio de buena fe nos permite derivar de ella un verdadero consentimiento. Eso es precisamente lo que se analiza en este elemento, referido precisamente a la voluntad fraudulenta común entre la signataria y las vinculadas no signatarias.

Para entender mejor cómo es que el principio de buena fe y específicamente la violación de dicho principio nos permite la inclusión de no signatarios en el arbitraje, a continuación describiremos cómo la buena fe nos permite interpretar el convenio integrando verdaderas obligaciones y —en esa

misma línea— verdaderas partes del referido convenio.

2.2. La interpretación de los alcances del convenio arbitral – Deber de buena fe incluido en el mismo

En primer lugar, consideramos que es a partir de la interpretación del Convenio Arbitral —dada su naturaleza contractual— que podemos decir que la buena fe no sólo es un principio general del derecho, sino que es una obligación incluida en todos los contratos, inclusive en el convenio arbitral, incluyendo en éste obligaciones implícitas y adicionales a las establecidas expresa y literalmente, permitiendo a su vez la inclusión de verdaderas partes del convenio.

En efecto, si bien el contrato que contiene el convenio arbitral señala literalmente que sólo forman parte del mismo los signatarios de éste, en aplicación del principio de la buena fe, se debe entender que por diversas situaciones ellas no son las únicas que forman parte del mismo. En ese sentido, como ya hemos adelantado, creemos que en los términos en los que está expresado el artículo 14, la buena fe nos permite no sólo incluir obligaciones implícitas —no escritas en los contratos— sino que en la misma línea nos permite incluir también verdaderas partes del convenio que si bien no aparecen expresamente en el mismo, por dicho deber de buena fe se debe entender que forman parte de aquel.

En esa medida, cuando un Tribunal Arbitral se enfrente a la discusión de quiénes son o no verdaderas partes del convenio arbitral, lo que se le está pidiendo realmente es que realice una labor interpretativa, a fin de determinar no sólo las verdaderas obligaciones del contrato —más allá de las expresadas literalmente— sino también determinar las verdaderas partes del mismo, más allá de

las signatarias.

Teniendo en cuenta ello, consideramos pertinente hacer un breve repaso de los métodos de interpretación existentes en el Código Civil, para que se pueda apreciar cómo llegamos a la aplicación de la buena fe en la interpretación de los alcances del convenio arbitral.

Sobre el particular, debemos empezar diciendo que podemos agrupar todos los métodos de interpretación en dos categorías o grupos: los métodos textualistas y los métodos contextualistas.

En primer lugar, toda vez que la labor de interpretación tiene como objetivo el esclarecimiento de la voluntad de las partes, evidentemente el intérprete debe tener como necesario punto de partida la voluntad declarada por ellas al momento de la celebración del contrato. En ese sentido, partiendo de la perspectiva textualista, el primer criterio de interpretación que resulta aplicable es la interpretación basada en la literalidad del contrato o de la cláusula objeto de estudio, en este caso de la literalidad del convenio arbitral.

El llamado contextualismo, por su lado, parte de la premisa que el carácter incompleto o impreciso del texto de los contratos es inevitable. En ese contexto las Cortes (o los árbitros) llenan los vacíos o le dan sentido a las imprecisiones textuales, presumiendo lo que las partes querían, usando como referentes algún estándar externo al texto del propio contrato.

Si asumimos que lo que las partes realmente querían es lo mejor para ellas, saber cuál es tal voluntad parece la mejor opción. Sin embargo, dado que es difícil conocerla porque dicha voluntad forma parte del fuero interno, debe priorizarse el método que per-

mite acercarse más razonablemente a ella, es decir, la lectura de la declaración. Como vimos es ello lo que explica que el punto de inicio sea el textualismo. Ahora, si la lectura de la declaración nos genera dudas, quizás valga la pena hacer el esfuerzo para tratar de descubrir cuál de todas las posibles interpretaciones refleja tal voluntad real.

Esta posibilidad se deriva del principio de buena fe, que permite apreciar la voluntad más allá del texto de la declaración misma. De acuerdo con el principio de buena fe el intérprete deberá tener en cuenta *la confianza y las expectativas que las partes se generaron recíprocamente a través de la voluntad que expresamente declararon* y que consta en el contrato celebrado.

En efecto, la buena fe implica que al interpretarse el contrato, éste debe ser leído como *un compromiso de colaboración mutua dirigido a que ambas partes vean realizados los intereses por los cuales celebraron el contrato*, lo que incluye, en nuestro caso, el interés de las partes de someter sus controversias a la vía arbitral. Por ello, ninguna interpretación debe derivar en una consecuencia por la cual una de las partes no vea satisfecho el interés que motivó el Contrato, es decir, llegar a la conclusión que a pesar que alguien pactó un convenio arbitral, luego pueda desvincularse del mismo a través de una conducta fraudulenta.

Este principio se encuentra expresamente recogido en el artículo 168 de nuestro Código Civil, el cual establece que “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”. Como se puede apreciar, el principio bajo referencia se constituye como un claro límite a la labor interpretativa, en la medida que exige que toda interpretación de un contrato se suscriba a *aquello que las partes han expresado*

como su voluntad, pero a su vez permite ir más allá de ello, en aplicación del principio de la buena fe.

En ese sentido, *el contenido de las obligaciones de un contrato no puede limitarse al sentido literal de los términos recogidos en el mismo*, sino que pueden derivarse estipulaciones implícitas de las que se derivan verdaderas obligaciones cuyo cumplimiento es perfectamente exigible, a la luz de lo que indica la buena fe.

DE LA PUENTE explica sobre cómo el principio de buena fe ayuda a comprender el correcto sentido de los contratos. Así, comentando el artículo 1362 del Código Civil Peruano, también referido a la aplicación del principio en cuestión¹⁶, dicho autor señala lo siguiente:

“Tratándose de la institución del contrato, éste constituye un acuerdo de voluntades que obliga a las partes a ejecutar sus respectivas prestaciones de la manera pactada, pero siendo imperativa la norma que establece que los contratos –se entiende todos ellos– deben ejecutarse según las reglas de la buena fe-lealtad, esta norma se introduce por integración en cada contrato, tal como si fuera una estipulación del mismo.

Es así como se reconoce que la buena fe, en la ejecución del contrato juega un rol “completivo” (complétive) (...)

en virtud del cual, la lealtad y deber de colaboración acrecientan las obligaciones nacidas del contrato”¹⁷.

Como vemos, el principio de buena fe debe guiar toda interpretación y ejecución de los contratos, lo que incluye la interpretación del convenio arbitral. La buena fe es un principio que por disposición del propio Código Civil se encuentra incluida implícitamente entre las obligaciones de los contratos y por ende entre las obligaciones asumidas con el convenio arbitral.

Ello es aceptado además expresamente por la doctrina arbitral. En efecto, sobre el particular FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN han señalado que “los principios de interpretación aplicados a los convenios arbitrales son los mismos principios frecuentemente adoptados con respecto a todos los contratos. Ellos incluyen el principio de interpretación en buena fe”¹⁸. Incluso el propio DLA, en su artículo 38, señala expresamente que “*las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales (...)*”.

Ahora bien, aplicando el marco conceptual expuesto a la interpretación del convenio arbitral, debemos empezar diciendo que en este caso una interpretación literal de los alcances del convenio arbitral nos dice que sólo son parte del mismo quienes lo han suscrito.

¹⁶ “Artículo 1362.- Buena Fe
Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

¹⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La fuerza de la buena fe” En: Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea. *Teoría general y principios*. Tomo 1. Directores: ALTERINI, ATILIO, Anibal; DE LOS MOSOS, José Luis y Carlos Alberto SOTO. Lima y Bogotá: Palestra Editores y Editorial Temis respectivamente, 2000, p. 279.

¹⁸ Traducción libre del siguiente texto:
“*The principles of interpretation applied to arbitration agreements are the same as the general principles frequently adopted with respect to all contracts. They include the principle of interpretation in good faith*”
Texto en: FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold y John SAVAGE. “Fouchard, Gaillard & Goldman On International Commercial Arbitration”. En: *Kluwer Law International Review*. Netherlands, 1999, p. 256.

Sin embargo, como hemos visto, la interpretación literal del convenio es sólo la puerta de entrada para determinar las obligaciones y los obligados por el mismo. En efecto, para interpretar correctamente los alcances del convenio, el Código Civil nos brinda otros mecanismos a través de los distintos métodos de interpretación contextual.

A nuestro criterio, en este tipo casos nos encontramos ante una situación en la cual debemos atender principalmente a la intención real de las partes al suscribir el convenio arbitral, atendiendo a la buena fe de las mismas para así determinar las obligaciones de éstas. En efecto, esta interpretación contextual nos exige tomar en cuenta no sólo la voluntad expresada literalmente en el convenio, sino analizar también la intención así como la conducta de las partes del mismo en la negociación, ejecución y terminación de éste. Como dicen FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, “la extensión de cada convenio arbitral depende de la intención de las partes, la cual solo puede deducirse de todas las circunstancias del caso”¹⁹.

Como ya lo adelantamos, consideramos que en este caso la real voluntad de las partes primigenias del convenio, está dada por el hecho que decidieron voluntariamente que sus controversias sean resueltas en la vía arbitral. En esa medida, en aplicación del principio de buena fe, desean que todas las partes del convenio se comporten conforme con dicha voluntad, esto es que no efectúen conductas que pretendan eludir luego dicha obligación.

Es por ello que el artículo 14 señala expresamente que el consentimiento se debe

derivar de una conducta determinante analizada bajo los alcances del principio de buena fe. Por tanto, si una empresa signataria de un convenio arbitral lleva a cabo conductas tendientes a excluirse de dicho convenio, o es ayudada por otras empresas de su mismo grupo para conseguir dicha consecuencia, el análisis de su conducta teniendo en cuenta lo que esperaba la otra parte, nos permite deducir que todas ellas –tanto la signataria como las no signatarias– con su conducta fraudulenta consintieron en realidad al convenio arbitral y los efectos de éste.

Ello es precisamente lo que hemos denominado como elemento subjetivo para la aplicación de esta figura. Es la voluntad fraudulenta de la signataria, analizada conjuntamente con la voluntad fraudulenta de sus vinculadas, la que nos permite determinar su consentimiento al convenio y por tanto su inclusión al arbitraje.

2.3. ¿Cómo se determina la voluntad fraudulenta en este caso?

En el presente caso nos encontramos ante la presencia de sociedades que conforman un mismo grupo económico, pero que a su vez actúan como una única sociedad, con una sola voluntad de fraude. Es decir, es la propia formación o utilización de sociedades vinculadas, con el fin de evadir las obligaciones contractuales, la que nos permite inferir un consentimiento al arbitraje.

Por ejemplo, estamos ante el caso en que una empresa, signataria de un contrato sometido a un convenio arbitral, con el objeto de contrariar la voluntad aceptada expresamente en el contrato, decide relacionarse

¹⁹ Traducción del siguiente texto:

“the extension of each arbitration agreement instead depends on the intentions of the parties, which can only be deduced from all the circumstances of the case”

Texto en: FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold y John SAVAGE. Fouchard, Gaillard & Goldman On International Commercial Arbitration. Op. cit., p. 288.

con otras nuevas empresas de “fachada” del mismo grupo, que le permitan despatrimonializar a la primera de ellas, transfiriendo a estas últimas un activo importante. Ello no sólo con la finalidad de defraudar una deuda derivada de dicho contrato, sino también de excluirse al convenio arbitral suscrito previamente, a través de la utilización de empresas de “fachada” que no suscribieron el convenio arbitral y que por tanto, aparentemente, no podrían ser consideradas como partes de éste.

Como vemos, de ello se deriva la intención de defraudar a la tercera empresa con la que se contrató, así como la participación de las nuevas empresas en dicha defraudación, quienes recibiendo el activo transferido manifestaron su consentimiento al fraude, pretendiendo evadir conjuntamente los efectos de la relación jurídico obligatoria generada por el contrato, esto es no sólo la deuda derivada del mismo sino también el convenio arbitral al cual se sometieron.

Es la conducta de dichas empresas de “fachada” que al colaborar con la defraudación y consentir la misma implica, al amparo del principio de buena fe, reconocer que deben quedar vinculadas por los efectos de sus actos de mala fe. En ese sentido, el consentimiento a arbitrar se deriva no de su intención declarada de someterse a arbitraje, sino de su intención de mala fe de contribuir conscientemente a tratar de sustraer al obligado de las consecuencias del arbitraje que conocía.

En esa medida dichas empresas no signatarias deben entenderse como partes propiamente dichas en el arbitraje. No sólo por formar parte del mismo grupo económico y responder a una única voluntad común, sino principalmente porque de manera consciente contribuyeron a evadir los

efectos del contrato y del convenio arbitral a él vinculado.

Como vemos, se trata de un caso singular, puesto que el consentimiento a arbitrar se deriva precisamente de una conducta contraria a ello, esto es pretender negarse al arbitraje. Sin embargo, el hecho que dichas empresas de fachada representen en realidad un “*alter ego*” de la signataria debe ser analizado a la luz del principio de buena fe que, como hemos visto, permite incluir obligaciones implícitas en el contrato. Además de ello, el consentimiento no debe ser analizado al interior del proceso cuando evidentemente las no signatarias afirmarán no haber consentido el Convenio Arbitral o incluso no formar parte del mismo Grupo Económico, sino por el contrario, el consentimiento que debe analizarse es el que se dio a partir de su conducta durante la ejecución del Contrato principal, en la cual se puede apreciar su voluntad fraudulenta.

En ese sentido, la buena fe nos permite determinar que una de las obligaciones que asumió la signataria durante la celebración del Contrato que contiene el Convenio Arbitral fue respetar éste último y no pretender sustraerse del mismo creando o utilizando empresas de fachada que en realidad responden a una misma y única voluntad común.

Por tanto, como ya mencionamos, la conducta determinante que debe ser analizada no es la que se manifiesta cuando la signataria pretenda excluirse del arbitraje, sino por el contrario la que se efectúa cuando la signataria asumió la obligación de no sustraerse del mismo, esto es, entre otras cosas, obligándose a no crear mecanismos falsos o aparentes para ello, como crear o utilizar empresas de fachada. Es la propia voluntad fraudulenta de la signataria, conjuntamente analizada con la de las no

signatarias, la que las obliga a formar parte del convenio. Es a partir del análisis de dicha conducta que se entiende que todas ellas consintieron, como una sola voluntad, al arbitraje.

Como vemos, en realidad nos encontramos ante la presencia de una única voluntad –la de la signataria– que disfrazada y enmascarada por aparentes voluntades distintas –las de las vinculadas no signatarias– pretende evadir la obligación asumida de resolver sus controversias vía arbitraje. Por ello, se entiende que la conducta de las no signatarias, analizada en buena fe, permite en realidad derivar el consentimiento de las mismas a la referida obligación de arbitrar, como si fueran la misma parte que suscribió el convenio.

En ese sentido, su actuación como un único ente, con una voluntad única de defraudar, constituye sustento válido para considerar que se trata realmente de una parte del arbitraje. Y como se puede apreciar, al actuar bajo una única voluntad, lo importante no es sólo que se trate de una parte más del convenio, sino que se trata en realidad de una misma y única parte.

Situación similar encontramos en la aplicación de la doctrina de los actos propios, en la cual el principio de la buena fe permite derivar obligaciones implícitas de la conducta de los agentes. En esa medida, el hecho que una parte se comporte de determinada manera, genera en la contraparte una confianza que en efecto se comportará de dicha manera en el futuro y no de una forma contraria. De lo contrario, de efectuar una conducta que se oponga a su conducta primigenia, permitirá desconocer esta últi-

ma y generará en dicha parte la obligación de actuar conforme a la primera.

Al respecto, BULLARD indica que “la doctrina de los actos propios es una especie de negación a la esquizofrenia en la conducta como un acto amparable. De alguna manera prohíbe o establece límites a las partes para que éstas puedan tener una doble personalidad. (...) De considerarse que existe una contradicción en la propia conducta, la consecuencia sería que no serán amparables aquellas pretensiones que contradigan la conducta anterior, toda vez que las mismas atentarían contra el principio de buena fe (...)”²⁰.

Como vemos, se trata también de una derivación de obligaciones implícitas, a partir del comportamiento de los agentes, y en la cual no resultan amparables las conductas que contradigan una conducta anterior. Ello refleja una situación similar a la explicada en el presente artículo, en que no resulta amparable que inicialmente consintió un Convenio Arbitral a través de su firma, posteriormente pretenda excluirse del mismo a través de la utilización de una serie de empresas de “fachada”.

En la línea de lo anterior debemos tener en cuenta que la demostración de la vinculación se encuentra interrelacionada a su vez con la prueba de la voluntad fraudulenta, pues como ya hemos descrito, se trata de la creación o utilización de una o más empresas –relacionadas al mismo grupo– para que actúen como un “*alter ego*” de la empresa firmante, con el objeto de vulnerar la confianza depositada por la otra parte, lo que muestra en sí mismo la presencia del elemento fraudulento.

²⁰ Para mayor abundamiento sobre la aplicación de la Teoría de los Actos Propios en el Perú, ver: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Los fantasmas sí existen: la Doctrina de los Actos Propios”. En: *Ius Et Veritas*. N° 40. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2010, pp. 50-62.

3. CONSECUENCIAS DE LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

Finalmente, habiéndose probado la voluntad fraudulenta y la vinculación de las no signatarias con la signataria, y entendiéndose que todas ellas han actuado como una misma parte, es necesario determinar cuál sería la consecuencia de ello, en relación a la decisión final que los árbitros dispongan en el laudo. Es decir, cómo y en calidad de qué, deben responder todas o cada una de dichas empresas.

Al respecto consideramos que la principal consecuencia es la desestimación de la autonomía jurídica de cada sociedad, puesto que en realidad forman parte – bajo el principio de buena fe, y dada la realidad económica – de una única entidad. En efecto, como entendemos que se trata de una única parte, la responsabilidad se debe imputar a todos los componentes de esa unidad como la verdadera unidad que representan. Por ello, la denominaremos como una “*responsabilidad única*”.

Similar situación podemos encontrar en el derecho laboral, en el cual tanto los Tribunales nacionales, como internacionales han decidido imputar una responsabilidad única en los casos que se demuestre que existe vinculación económica, dado que se entiende que todas las empresas que forman parte del mismo grupo deben responder como una sola.

A manera de ejemplo, en nuestro caso, el Pleno Jurisdiccional Laboral de 2008 señaló expresamente que “existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencia la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores”.

Por su parte, la jurisprudencia arbitral francesa se ha pronunciado en sentido similar: “Las tres sociedades demandantes, luego de la conclusión, ejecución, incumplimiento y renegociación de la relación contractual mantenidas con las demandadas, aparecen, según la voluntad común de las partes, al proceso como verdaderas partes en la totalidad de los contratos. Este análisis se apoya, tanto en forma como en fondo, en una marcada y aprobada tendencia de la jurisprudencia arbitral favorable al reconocimiento, en tales circunstancias, de la unidad del grupo (...). **La seguridad de las relaciones comerciales internacionales exige que sea tenida en cuenta esta realidad económica y que todas las sociedades del grupo sean tenidas como responsables solidarias de las deudas de las que se beneficiaron directa o indirectamente en este caso**”²¹. (El énfasis es nuestro).

Si bien la jurisprudencia citada hace referencia a una supuesta responsabilidad solidaria de las empresas, por formar parte

²¹ Traducción libre del siguiente texto: “*Les trois sociétés demanderes, lors de la conclusion, l'exécution, l'inexécution et la renégociation de relations contractuelles entretenues avec (les défenderesses), apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à l'ensemble des contrats. Cette analyse s'appuie, dans sa lettre et dans son esprit, sur une tendance remarquée et approuvée de la jurisprudence arbitrale favorable à la reconnaissance, dans de telles circonstances, de l'unité du groupe (...). La sécurité des relations commerciales internationales exige qu'il soit tenu compte de cette réalité économique et que toutes les sociétés du groupe soient tenues ensemble et solidairement responsables des dettes dont elles ont directement ou indirectement profité à cette occasion.*” ICC matter N° 5103, award of 1988. Citada en: SANDROCK, Otto. “Arbitration Agreements and Groups of Companies”. En: http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=116200&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=914000.

de un mismo grupo empresarial y por tanto actuar bajo una única voluntad común, consideramos que la utilización de dicho término –“solidaridad”– no es correcto, toda vez que de acuerdo a lo establecido en nuestro Código Civil “la solidaridad no se presume”²².

Por el contrario, como dijimos anteriormente, nos encontramos ante una verdadera responsabilidad única de todas las empresas relacionadas. Dado que todas ellas actúan en realidad como alter ego de la misma y única empresa, en realidad estamos ante una única responsabilidad y por tanto todas ellas deben responder como la única empresa que representan.

Lo cierto es que más que la mal llamada solidaridad, se trata en realidad de una consecuencia natural del levantamiento del velo y de la extensión del convenio en los términos propuestos. Al perforarse la personalidad y autonomía jurídica, se perfora también la limitación de responsabilidad. Como hemos indicado anteriormente, ello es consecuencia de que en realidad las empresas no signatarias creadas o utilizadas con una única voluntad fraudulenta forman en realidad la misma parte de la signataria y por ello todas ellas deben asumir las consecuencias como la única unidad que realmente actúa para estos efectos.

Así, la consecuencia de la extensión del convenio, debido a la voluntad fraudulenta con que han sido creadas las empresas no signatarias, es tratar a todas las empresas, formalmente distintas –incluidas la signataria y las no signatarias– como una sola. Si se considera que las empresas son todas partes de un mismo contrato como si fueran una sola entidad, la denominada “*responsabilidad única*” o mal llamada solidaridad se

deriva de la eliminación de la defensa de la responsabilidad limitada. En ese sentido, no puede haber solidaridad propiamente dicha, puesto que no hay pluralidad de partes; por el contrario, se trata de una única parte representada en una serie de empresas de fachada.

Si se considera que las empresas, en mala fe, se pusieron de acuerdo para causar un daño sustrayendo el patrimonio que iba a utilizarse para el cumplimiento de una obligación, son todas responsables como la única voluntad que representan y por tanto todas causantes del daño. Ello en tanto se entiende que, tratándose en realidad de una misma entidad, las obligaciones de cada empresa supuestamente individual, son en realidad de todas ellas. De una manera o la otra se concluye que todas deben responder por el todo.

4. ALGUNOS APUNTES PARA SU APLICACIÓN PRÁCTICA

A pesar de las pautas generales indicadas anteriormente, consideramos que la decisión de incorporación no es tan simple. Por el contrario, los árbitros únicamente deberán incorporar al proceso a los no signatarios respecto de los cuales el solicitante haya expuesto, lo que denominaremos como, una “*apariencia de derecho*”. Como veremos a continuación, la importancia de probar dicha apariencia permitirá al Tribunal tener elementos de juicio suficientes de que dichos no signatarios en efecto podrían haber consentido el convenio arbitral y, por tanto, la teoría o argumentos expuestos por el referido solicitante tienen alguna apariencia de credibilidad.

Así como en el caso en que se alega la nulidad o invalidez del convenio el

²² “Artículo 1183.- *Carácter expreso de solidaridad*
La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”.

Tribunal tiene como elemento de juicio principal, el hecho que tanto demandante como demandando han suscrito y aparecen expresamente como partes del convenio arbitral supuestamente nulo, en nuestro caso los árbitros también deben contar con algunos elementos de juicio que al menos den la apariencia de que la solicitud de incorporación no ha sido realizada sobre la base de una mera alegación sin sustento alguno.

Sin embargo, recalcamos que nos referimos únicamente a una “*apariencia de derecho*” –y no una completa certeza– que permita sólo un juicio intuitivo por parte del Tribunal Arbitral de que por lo menos existe la probabilidad razonable de que los no signatarios efectuaron algunas conductas que permiten suponer que se beneficiaron del contrato principal o participaron en él.

Al respecto recordemos que, cuando los árbitros reciben la solicitud de incorporación de los no signatarios, lo que ocurre comúnmente con la propia Demanda en este tipo de casos, sólo tienen un conocimiento preliminar de la relación jurídica sustancial y de cómo las partes –signatarias y supuestas no signatarias– habrían participado en dicha relación; esto es, únicamente se tiene una idea de cómo operó ella.

Por el contrario, es en un momento posterior –el de la decisión– cuando los árbitros ya han analizado todas las pruebas y argumentos, que su nivel de conocimiento del caso y de la relación sustancial en controversia será mayor y será ahí únicamente donde podrán tomar una decisión final respecto a la condición o no de partes del *convenio* arbitral de los no signatarios. Sin embargo, como hemos dicho, esa decisión será tomada en un momento posterior. En

el momento inicial nos encontramos sólo ante la decisión de incorporarlos o no como partes del *proceso*. Por tanto, consideramos que es indispensable entender que en este extremo tenemos *dos tipos de partes*: (i) partes del proceso y (ii) partes del *Convenio*.

En esa medida, consideramos que tras una solicitud de incorporación de partes no signatarias, los Tribunales tienen que diferenciar dos momentos de decisión. Por un lado se trata de la incorporación de dichos no signatarios como “partes del *proceso*” –situación que se activa desde el momento en que el Tribunal decide mantenerlas dentro de éste, lo cual deberá ser realizado únicamente ante la presencia de la denominada “*apariencia de derecho*”– y por otro lado su incorporación, propiamente como “partes del *convenio*”, decisión que se deberá tomar únicamente cuando ya se hayan analizado todas las pruebas del caso y se pueda determinar que efectivamente hubo un consentimiento al *Convenio Arbitral*.

Como dice MONROY PALACIOS, “si intentáramos graficar los grados de cognición que alcanza el juez [y en nuestro caso los árbitros] durante la tramitación de un proceso judicial [y arbitral] encontraríamos, en sus extremos, dos etapas claramente definidas. La primera ubicada al inicio de la relación procesal, esto es con la interposición de la demanda. Allí el juez [o árbitro] no tiene conocimiento alguno del objeto en discusión, tanto de las cuestiones procesales como, sobre todo, del derecho material. Por otro lado, encontramos una etapa radicalmente distinta ubicada en el momento en que el juez [o árbitro] expide sentencia [o laudo]. En este caso ocurre todo lo contrario respecto de la primera: el juez [o árbitro] ha formado convicción (certeza) y expide un pronunciamiento que concluye con el grado

de jurisdicción desarrollado bajo su competencia”²³.

Es por ello que, atendiendo a los distintos grados de cognición descritos en ambas etapas, en este extremo nos referimos únicamente a una “apariencia de derecho” para incluir a los no signatarios como partes del proceso, mas no una certeza de éste. Como ya hemos indicado, dicha certeza únicamente se alcanza hacia el final del proceso, después de la valoración de todas las pruebas y argumentos del caso, momento en el cual recién deberá determinarse su consideración o no como partes del Convenio.

La figura expuesta es similar a lo que ocurre en el otorgamiento de medidas cautelares en el que, entre otros requisitos, se requiere la denominada “verosimilitud del derecho”, lo que quiere decir que basta sólo la existencia de una apariencia del derecho invocado para que el juzgador (juez o árbitro) otorgue la medida cautelar.

Al respecto resulta pertinente lo expuesto por la doctrina procesal al señalar que “la verosimilitud no sugiere que el juez [o árbitro] evalúe a futuro la fundabilidad de la pretensión sino que considere, por lo menos, que la pretensión tiene un *sustento jurídico que la hace discutible*”²⁴. En ese sentido, “por tratarse de un mecanismo solicitado durante el transcurso del proceso resulta humanamente imposible que el juez [o Tribunal Arbitral] pueda tener certeza de que la medida solicitada garantizará el futuro derecho a ser considerado por la sentencia”²⁵.

Por ello “el resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad”²⁶.

Ahora, si bien el análisis de la “apariencia del derecho” debe ser realizado por los árbitros en la parte inicial del proceso, es decir cuando se solicita la incorporación de los no signatarios a éste, contando sólo con algunos elementos de juicio que permitan determinar dicha apariencia, ello no quiere decir que la sola solicitud –sin ningún sustento jurídico o fáctico– permita u obligue a los árbitros a incorporar como partes del proceso a cuantos supuestos no signatarios requiera dicho solicitante. Por el contrario, la incorporación de éstos como partes del proceso deberá implicar un análisis responsable del Tribunal, ponderando la justificación que dicho solicitante ha presentado, de tal manera que la incorporación se realice efectivamente cuando exista un nivel de discusión creíble respecto a la participación o beneficio de los no signatarios, y no por la mera alegación de incorporación.

De otro lado, si bien en un momento inicial los árbitros tendrán que decidir si existe “*apariencia de derecho*” para determinar la incorporación de las supuestas partes no signatarias como partes del proceso, podrá –y consideramos recomendable que así sea– postergar su decisión de reconocimiento como partes del Convenio para un momento posterior, lo cual podría suceder

²³ MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Lima: Editorial Comunidad. Primera Edición. Febrero 2001, p. 171.

²⁴ *Ibid.*, p. 173.

²⁵ *Ibid.*, p. 170.

²⁶ CALAMANDREI, Piero. Providencias Cautelares. Buenos Aires: Edición Bibliográfica Argentina. 1945, p. 34.

inclusive al momento de Laudar.


Teniendo en cuenta ello, en la decisión que tome el Tribunal, ya sea a través del laudo final o a través de una resolución previa, el mismo debe ser sumamente cuidadoso en colocar de manera clara y detallada el análisis que ha realizado de los medios probatorios. Debe indicar expresamente cuáles son los medios probatorios, o en su caso los indicios, que lo llevaron a tomar la decisión en cuestión, explicando cómo dichos medios e indicios fueron fundantes de la referida decisión. Ello, a fin de poder graficar el proceso que el Tribunal ha realizado para llegar a la referida conclusión.

Una vez expuestas las conclusiones a las que han permitido llegar las pruebas o indicios en cuestión, el Tribunal debe explicar también de manera detallada cómo dichas conclusiones acreditan la existencia o no de los requisitos mencionados anteriormente, esto es la presencia de distintas empresas de fachada que forman parte de un mismo grupo económico, dirigidas bajo una única voluntad, así como la voluntad fraudulenta detrás de dicho comportamiento. Recién habiendo explicado detalladamente cómo dichos elementos se encuentran acreditados, el Tribunal deberá emitir su decisión, con lo que concluirá el laudo o la Resolución respectiva.

Finalmente, si el Tribunal Arbitral decidiera extender el convenio arbitral a los no signatarios, en la medida que el Tribunal permitió su participación como partes del *proceso* —o al menos se procuró su participación en ese sentido— protegiendo así sus respecti-

vos derechos de defensa y contradicción, no se habría producido ninguna afectación a los mismos. Por ello, precisamente la importancia de la distinción de la decisión acerca de incorporar a los no signatarios primero como partes del proceso y, eventualmente, luego como partes del convenio, a fin que durante el proceso tengan los mismos derechos de cualquier parte del proceso.

De igual forma, en el caso contrario, si el Tribunal decidiera que el convenio arbitral no resulta extensible a los no signatarios —porque el solicitante no logró acreditar la existencia de los elementos exigidos para dicha extensión— el Tribunal lo declarará así y consideramos que además deberá condenar a dicho solicitante al pago de las costas y costos del proceso, a favor de cada uno de los no signatarios que participaron como partes del proceso. Ello, en la medida que tuvieron que incurrir en diversos gastos, debido a la pretendida vinculación fraudulenta alegada por dicho solicitante, la misma que sin embargo no fue acreditada y por tanto, tiene el derecho a que se les reembolse dichos gastos.

En conclusión, debido a la innovación que supone el artículo 14, en el presente artículo hemos querido referirnos brevemente a la aplicación, primero teórica y luego práctica, del artículo 14 en el supuesto bajo estudio. En ese sentido, consideramos que el desarrollo expuesto resulta importante, a fin de que los árbitros y las partes cuenten con algunas pautas para facilitar su aplicación y así evitar que meros formalismos funjan de máscaras con apariencia de derecho y cubran eventuales actos fraudulentos. 

EL DILEMA DE EXTENDER UNA CLÁUSULA DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL A TERCERAS PARTES: PROTEGIENDO LA POLÍTICA FEDERAL MIENTRAS SE VA DESARROLLANDO LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

PEDRO J. MARTINEZ-FRAGA (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Revisitando los trabajos del paradigma actual, sobre la base de los preceptos básicos de derecho contractual y de agencia: Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association, y otros, redefinido. 2.1. La rúbrica ortodoxa basada en “los principios ordinarios del derecho contractual y del de agencia”. 2.2. Revisitando a Thomson-CSF. 2.3. Desarticulando el análisis del segundo circuito en el caso Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association. 2.4. Revisitando la opinión de la corte distrital en el caso Thomson-CSF. 3. Anomalías que resultan de la aplicación del caso Thomson-CSF a casos de arbitraje internacional. 4. Una alternativa a la teoría del estoppel: Explorando la falta de simetría entre una parte no-signataria que pretende vincular a una parte signataria a una cláusula o convenio arbitral y la proposición contraria. 5. Conclusión.*



(*) Socio principal del área de arbitraje internacional y de litigios de la firma de abogados DLA Piper. Habiéndose establecido en la Oficina de Miami de DLA Piper, él detenta dentro de la firma el cargo de Coordinador Internacional de Asuntos Litigiosos para las regiones de Latinoamérica y del Estado de Florida. Él ha representado los intereses de siete países, en calidad de abogado principal. Asimismo, ha participado como árbitro tanto de la CCI, así como en los principales procedimientos arbitrales que se han llevado a cabo ante el CIADI (Banco Mundial). Durante el periodo de 2002-2010 se ha desempeñado como Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la University of Miami; es también profesor visitante a tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra (Pamplona, España); y Profesor Honorario en la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola en Perú.

Tal es el origen y tal es la esencia de la justicia, la cual ocupa un término medio entre el más grande bien, que consiste en poder ser injusto impunemente, y el más grande mal, que es el no poder vengarse de la injuria que se ha recibido.

Platón, *La República*, Libro II, Línea 359¹

1. INTRODUCCIÓN

El estándar legal que regula el ámbito de extensión de una cláusula o convenio arbitral a una parte no-signataria, y que la misma pueda ser sujeto obligado a cumplir un determinado contrato que nunca negoció o firmó, se basa en preceptos simples y clásicos del derecho comercial contractual y de figuras jurídicas como el contrato de agencia². La base de este marco conceptual es totalmente familiar. La recitación que se hace sobre el estándar aplicable encontrado, tanto en los casos jurisprudenciales relevantes como en los materiales bibliográficos, demuestra una narrativa estándar o repetitiva (*boiler-plate*) que es más afín a un mantra o línea de pensamiento mecánico-reflexivo que a la articulación de un precepto legal

específico. El arbitraje comercial internacional, tal como los argumentos lo señalan, es una “criatura que nace del contrato” y por ende, una parte no-signataria de un convenio arbitral podrá totalmente desear estar en la posición afirmativa por la cual pueda interponer cualquier tipo de reclamación legítima sobre los beneficios o cargas que un convenio arbitral comporta, inclusive en ausencia de una relación contractual o en ausencia de una relación de agencia que proporcione el marco apropiado para la relación “privativa” que existe entre las partes³. La cuestión ostensiblemente lógica e intuitiva que este razonamiento presenta es de hecho interesante, contundente y provocativa. La estética actual de este pronunciamiento ontológico, tal como lo ha hecho ya con los pronunciamientos de las cortes judiciales,

¹ PLATÓN, *THE REPUBLIC*, Book II, Line 359 (Paul Shorey ed., Harvard Univ. Press 1982) (ca. 380 BC) (“τό ὑπό τοῦ νόμου ἐπίταγμα νόμιμόν τε καί δίκαιον, καί εἶναι δὴ ταῦτην γένεσίν τε καί οὐσίαν δικαιοσύνης, μεταξύ οὐσαν τοῦ μέν ἀρίστου ὄντος, ἐάν ἀδικῶν μή δίδω δίκην, τοῦ δὲ κακίστου, ἐάν ἀδικούμενος τιμωρεῖσθαι ἀδύνατος ἦ, τὸ δὲ δίκαιον ἐν μέσῳ ὄν τούτων ἀμφοτέρων ἀγαπασθαι οὐχ ὡς ἀγαθόν, ἀλλ’ ὡς ἀρρωστία τοῦ ἀδικεῖν τιμωμενον. ἐπεὶ τὸν δυνάμενον αὐτὸ ποιεῖν καί ὡς ἀληθῶς ἀνδρᾶ οὐδ’ ἂν ἐνί ποτε ξυνηθεία τὸ μῆτε ἀδικεῖν μῆτε ἀδικεῖσθαι.”) (traducción realizada por el autor).

² Véase *Thomson-CSF v. American Arbitration Association*, 64 F.3d 773, 776 (2d Cir. 1995) (“This Court has recognized a number of theories under which nonsignatories may be bound to the arbitration agreements of others. Those theories arise out of common law principles of contract and agency law.”).

³ *Ver Ley Federal de Arbitraje (Federal Arbitration Act – “FAA”), 9 U.S.C. § 4* (“A party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States district court which, save for such agreement, would have jurisdiction under title 28, in a civil action or in admiralty of the subject matter of a suit arising out of the controversy between the parties, for an order directing that such arbitration proceed in the manner provided for in such agreement.”) (énfasis añadido). Véase *E.I. DuPont de Nemours v. Rhone Poulenc Fiber*, 269 F. 3d 187, 195 (3d Cir. 2001) (“Because arbitration is a creature of contract law, when asked to enforce an arbitration agreement against a non-signatory to an arbitration clause, we ask ‘whether he or she is bound by that agreement under traditional principles of contract and agency law.’”). *Bridas SAPIC v. Government of Turkmenistan*, 345 F. 3d 347, 354 note 3 (5th Cir. 2003) (citando *Westmoreland v. Sadoux*, 299 F.3d 462, 465 (5th Cir. 2002) (en la que señala que los convenios arbitrales “must be in writing and signed by the parties”) and may apply to nonsignatories only “in rare circumstances”). *Accord Grigson v. Creative Artists Agency*, L.L.C., 210 F.3d 524, 528 (5th Cir. 2000) (al señalar que “arbitration is a matter of contract and cannot, in general, be required for a matter involving an arbitration agreement nonsignatory”). Cf. *EEOC v. Waffle House, Inc.*, 534 U.S. 279, 294, 122 S.Ct. 754, 151 L.Ed.2d 755 (2002) (“Arbitration under the [FAA] is a matter of consent, not coercion”); *Volt Info. Sciences, Inc. v. Bd. of Trustees of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U.S. 468, 478 (1989) (“[T]he FAA does not require parties to arbitrate when they have not agreed to do so.”).

podría, de manera similar, invitar a doctrinarios y practicantes del mundo jurídico-legal a que concluyan, al menos preliminarmente, que las doctrinas jurídicas del derecho comercial contractual o del contrato de agencia sirven como elementos de fuerza sobre aquella política que favorece el arbitraje, la misma que subyace sobre la rúbrica de la Ley Federal de Arbitraje de los EE.UU. (*Federal Arbitration Act*) y sobre una plétora de opiniones dictadas por la Corte Suprema de los EE.UU. que tratan sobre la ley de arbitraje en general y sobre el arbitraje comercial internacional en particular⁴. Después de todo, una política que favorece el arbitraje y cuyo diseño pretende evitar los prejuicios judiciales que generalmente dilatan directamente a los procedimientos de arbitraje, de manera que los procedimientos arbitrales se encuentran en pari materia con los procedimientos judiciales, no puede servir como una política descontrolada para forzar los procedimientos arbitrales sobre partes no-signatarias de una determinada cláusula o convenio arbitral⁵.

En un sentido muy similar, la jurisprudencia que ha aplicado el “test de inextricabilidad” (*“inextricability test”*), en

virtud del cual una parte *no-signataria* de un convenio arbitral puede acertadamente interponer un procedimiento arbitral contra una parte signataria, puede también representar el aspecto de una simetría racional y consistente⁶. Es decir, dado que una parte signataria de un determinado contrato debe de encontrarse vinculada por los términos y condiciones del acuerdo que suscribe y ratifica, *parece*, por tanto, que una parte no-signataria de un convenio arbitral, pero que cumpla con los requisitos que se encuentran establecidos a medida, podrá contar con las prerrogativas para ejecutar ésta metodología de resolución de controversias contra aquella parte que es signataria del contrato, la misma que presumiblemente ha negociado y aprobado dicho acuerdo. Aquí también, y de una manera apropiada, son *similarmente* aplicables los principios fundamentales del derecho contractual.

En la medida que éste test sugiera que las partes no-signatarias se encuentran favorecidas, en detrimento de las partes signatarias; se tiene que la jurisprudencia se opone a ello, en virtud a que las partes signatarias han sido, supuestamente, participantes activos en la negociación, redacción y ejecu-

⁴ Véase *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1 (1983) (“Section 2 [of the Federal Arbitration Act] is a congressional declaration of a liberal federal policy favoring arbitration agreements, notwithstanding any state substantive or procedural policies to the contrary. The effect of the section is to create a body of federal substantive law of arbitrability, applicable to any arbitration agreement within the coverage of the Act.”). La FAA aplica tanto a arbitraje nacional o doméstico como a arbitraje internacional. De hecho, el propósito explícito del Capítulo 2 y 3 de la FAA es incorporar a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la “Convención de Nueva York”), y a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (la “Convención de Panamá”), respectivamente. Véase, 9 U.S.C. § 201 et seq.

⁵ PEDRO J. MARTINEZ-FRAGA, *THE AMERICAN INFLUENCE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: DOCTRINAL DEVELOPMENTS AND DISCOVERY METHODS* (2009). Los cuatro insignias y huellas de prejuicio conceptual, en virtud del cual la hostilidad judicial se ha dirigido al arbitraje han sido (1) el despojamiento de competencia y jurisdicción de parte de las cortes judiciales a otras jurisdicciones competentes; (2) el punto de vista de que el procedimiento arbitral requiere de supervisión judicial; (3) la convicción de que el arbitraje no se encuentra en la mejor posición para administrar casos complejos, ya sean nacionales o internacionales; y (4) la idea de que el arbitraje no es la metodología de resolución de controversias apropiada para administrar cierto tipo de reclamaciones legales, que otorgan a los demandados con derechos para contrarrestar aquellas situaciones en las que falta un tratamiento igualitario para el arbitraje.

⁶ De acuerdo a este test, una parte no-signataria de un contrato que contenga una cláusula arbitral puede ser vinculada a dicho contrato por una parte signataria, con la finalidad de que se arbitre una determinada controversia, cuyas reclamaciones alegadas se encuentran “inextricablemente entrelazadas” (*“inextricably intertwined”*) con las obligaciones que resultan del referido contrato. Véase por ejemplo, *McBro Planning and Dev. Co. v. Triangle Elec. Const. Co., Inc.*, 741 F.2d 342, 344 (11th Cir. 1984).

ción del contrato sobre el cual subyace la cláusula o convenio arbitral; y por tanto, el argumento de estas partes signatarias no puede y no debería ser escuchado, argumento en el que afirman que el hecho de tener su propia cláusula de resolución de disputas en el contrato, y que dicha cláusula sea ejecutada en contra de ellos cuando es interpuesta por aquellas partes no-signatarias, de alguna manera se torna en perjudicial para ellas (las partes signatarias). Sin embargo, con el deseo de mantener una equidad fundamental entre las partes signatarias y no-signatarias, se tiene que éste argumento deviene en francamente débil. Tal como se explicará más adelante, esta racionalidad para lo que es en efecto un trato diferenciado en el sistema conceptual de controlar la política federal de promoción del arbitraje, se encuentra mal concebido, dado que solo se limita a la aplicación de una análisis sobre una base contractualista de la política sobre la cual subyace el arbitraje. La falta de una proposición que justifique el trato diferenciado entre partes signatarias y no-signatarias es el resultado de un amplio marco de factores, tales como la naturaleza especializada del contrato que es objeto de controversia, la destreza y capacidades de las partes, las presunciones de conocimiento que resultan de un específico sector industrial que es materia de análisis, y el contexto económico que rodea a la transacción controvertida.

No obstante, la elegancia simétrica de ésta proposición es menor al resistir un análisis sustancial, es decir, cuando es materia de observación que la misma parte signataria de un convenio arbitral se encuentra jurídicamente prohibida de vincular de manera idéntica a la parte *no-signataria* sobre la base del mismo tipo de test de “inextricabi-

lidad”⁷. De acuerdo a esta última configuración, la capacidad de las partes signatarias para ejecutar la cláusula arbitral contra una parte *no-signataria* debe de encontrarse regulado por un *diferente* paradigma legal que conjuntamente excluye la aplicación de la doctrina de la inextricabilidad. La ausencia total de una base política o doctrinal que sustente presumiblemente la justificación a ésta anomalía, nos obliga a realizar una profunda examinación y análisis al respecto.

En este sentido, debería de ser materia de posterior sugerencia que la existencia de jurisprudencia, tal como se encuentra fundamentalmente articulada por la Corte de *Apelaciones del Segundo Circuito* en el originario caso⁸ relativo a la extensión del convenio arbitral a partes *no-signatarias*, y todos los derivados de este caso, conlleven al desarrollo doctrinal sustancial, de manera que se adecúe con la necesidad de preservar y fomentar los principios básicos en los que el arbitraje comercial internacional se basa: autonomía de parte, uniformidad, transparencia de los estándares, y predictibilidad. De hecho, el arbitraje internacional comercial busca salvaguardar y fomentar estos principios, mientras que simultáneamente se reafirman las exigencias legales y económicas que esta realidad económica actual demanda por parte de las metodologías de resolución de controversias internacionales.

El arbitraje internacional sirve como un puente temporal hasta la fecha en que las cortes transnacionales de procedimientos civiles se conviertan en un foro común para resolver las controversias comerciales que surjan en el contexto del derecho internacional privado⁹. La proliferación exponencial de controversias arbitrales co-

⁷ Véase por ejemplo, *E.I. DuPont*, S.A.S., 269 F. 3d at 199-202.

⁸ *Thomson-CSF*, 64 F.3d at 773.

⁹ Véase por ejemplo, ALI/UNIDROIT, *PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE* (Cambridge Univ. Press 2006).

merciales internacionales resulta de tres causas principales. En principio, el arbitraje comercial internacional es el homólogo legal de la globalización económica en el campo del derecho internacional privado, y particularmente más en el campo de la resolución de controversias transnacionales. Así también, el arbitraje comercial internacional es un recurso que evita a los demandantes el hecho de tener que litigar en jurisdicciones extranjeras y ante potenciales tribunales judiciales que sean hostiles y se encuentren parcializados. Finalmente, como resultado prácticamente de las veces en que se dan los insuperables escollos que son intrínsecos al reconocimiento y ejecución de sentencias, los beneficios por ejecutar un laudo arbitral extranjero de acuerdo a la rúbrica establecida por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del año 1958 (comúnmente referida como la “Convención de Nueva York”), proporciona una metodología probada y eficiente para ejecutar laudos extranjeros que hace atractivo para los demandantes el arbitraje internacional, e inmensamente superior que buscar la ejecución de una sentencia final ante un tribunal judicial extranjero¹⁰.

El doble objetivo que abarca (i) evitar la interposición de controversias ante tribunales extranjeros, y (ii) poder ejecutar laudos arbitrales extranjeros en aquellas jurisdicciones que son signatarias de la Convención de Nueva York; se encuentra materialmente reducido por el régimen legal que gobierna la práctica de vincular a partes no-signatarias a una determinada cláusula o convenio arbitral, de manera que una determinada controversia pueda ser interpuesta ante tribunales arbitrales, en vez de interpo-

nerse ante un foro judicial extranjero, ya sea de una o más de las partes que tienen algún interés en el asunto controvertido.

Específicamente, la presente contribución se encuentra dividida en tres partes distintas, pero con secciones profundamente interdependientes que aspiran traer una mejor cohesión conceptual y una aplicación práctica uniforme de las consideraciones que actualmente regulan la extensión de una cláusula o convenio arbitral vinculante a una parte *no-signataria* del mismo. Así también, el presente artículo busca estructurar un estándar que regule la práctica de partes no-signatarias que cumplen con las demandas que la globalización económica ha puesto en la configuración de las relaciones de índole contractual, así como en las corporaciones y organizaciones empresariales que realizan negocios internacionalmente en la forma de corporaciones multinacionales y entidades de tipo similar. La primera parte analiza la huella imprimante del Segundo Circuito, basando el análisis en el caso *Thomson CSF v. American Arbitration Association*. Como parte del presente esfuerzo, se debe otorgar una particular atención a los considerandos y razonamientos legales de las cortes distritales de los EE.UU., cuestión que la presente contribución analiza con mayor rigor y que se focaliza en los principios fundamentales bajo los cuales el arbitraje comercial internacional subyace. De manera similar, se sugiere que el marco de análisis realizado por las cortes distritales es aún más amplio que el realizado por la autoridad de referencia del Segundo Circuito, al mantener los desarrollos y expectativas que la globalización económica ha impuesto en el campo de la resolución de controversias internacionales dentro del derecho internacional privado.

¹⁰ Los Estados Unidos, por ejemplo, a la fecha de redacción del presente artículo, no ha suscrito tratado alguno con ningún país, en relación al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Gary Born, *Planning for International Dispute Resolution*, 17 J. INT'L ARB. 61, 71 (2000).

La segunda parte del presente artículo analiza la jurisprudencia que regula las reclamaciones arbitrales que surjan de un convenio arbitral por el lado de una parte no-signataria en contra de una indiscutible parte signataria de dicho convenio arbitral. En relación con esto es menester anticipar que tanto las partes *no-signatarias* como las partes *signatarias* de un convenio de arbitraje comercial internacional deben de ser tratados de manera similar, por no decir que conjuntamente deben de ser tratados de manera idéntica, dentro del marco de un determinado estándar, en vez de aplicar el actual test defectuoso que se encuentra fundamentalmente basado en el derecho contractual y en la figura jurídica del contrato de agencia, que en un escenario más práctico y relevante que responda a un escenario actual de globalización económica.

La tercera parte de ésta contribución analiza las diferencias materiales que existe entre la jurisprudencia de índole estatal y federal en los Estados Unidos, y en relación con dos de las cinco teorías que forman parte del “test *Thomson CSF*”: (i) incorporación por referencia y (ii) equitabile estoppel (figura jurídica que en términos generales vincula a una determinada persona por los actos propios que ha realizado o viene realizando)¹¹. Aquí, debería de sugerirse que tanto la jurisprudencia estatal como federal de los Estados Unidos debe de ser objeto de conciliación, bajo pena de sanción en caso de incumplimiento con los principios más fundamentales del arbitraje comercial internacional. Esta sección debe focalizarse sobre la selección de jurisprudencia de las cortes estatales que critican y rechazan seguir la autoridad de las deci-

siones federales, principalmente en lo que atañe a la cuestión estricta del test que ha de ser aplicado en la determinación de si un convenio arbitral puede ser materia de extensión a partes no-signatarias. En el contexto de esta discusión, una alternativa es desarrollar un argumento común que pueda servir para unificar la significativa y esencial diferencia existente en la construcción analítica que es aplicada por las Cortes Federales y por las Cortes Estatales.

2. REVISITANDO LOS TRABAJOS DEL PARADIGMA ACTUAL, SOBRE LA BASE DE LOS PRECEPTOS BÁSICOS DE DERECHO CONTRACTUAL Y DE AGENCIA: *THOMSON-CSF, S.A. V. AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION*, Y OTROS, REDEFINIDO

2.1. La rúbrica ortodoxa basada en “Los principios ordinarios del derecho contractual y del de agencia”

La génesis del arbitraje comercial internacional y sus raíces normativas de larga data en el derecho y en la jurisprudencia contractual¹² proporcionan mucho más que una elegancia simétrica e histórica a la proposición que establece que el arbitraje es una criatura que nace del contrato y que por tanto debería estar in pari materia con los tribunales judiciales, de manera que también debe de serlo las cláusulas o convenios arbitrales al ser estructurados de forma tímidamente amplia que involucre la exclusión de reclamaciones y de partes que no estaban previstas por los signatarios al momento de suscribir el contrato primi-

¹¹ Véase *Thomson-CSF*, 64 F.3d at 777-780.

¹² Véase, por ejemplo., *United Steel Workers of America v. Warrior and Golf Navigation Co.*, 363 U.S. 574, 582, 4 L. Ed. 2d 1409, 80 S. Ct. 1347 (1960).

genio¹³. La dogmática rigidez que limita el ámbito y la aplicación de una cláusula o convenio arbitral exclusivamente a las partes signatarias, inevitablemente genera una disonancia entre esta construcción limitada y la creciente gama de escenarios comerciales que pudieran surgir, en virtud de los cuales las cargas, beneficios, y consecuencias que resulten de la intención originaria de las partes signatarias, se conecten o se relacionen con aquellas de las partes no-signatarias¹⁴. En el intento de conciliar los principios dogmáticos que limitan la aplicación de una cláusula o convenio arbitral sólo a las partes signatarias del contrato subyacente, a la vez que se trata de cumplir simultáneamente con las demandas creadas por los varios escenarios de relaciones comerciales que pudieran existir, las mismas que integran los beneficios y responsabilidades en determinadas personas, cuyo accionar va más allá de aquellas que negociaron y ejecutaron el contrato en particular, se tiene que las cortes judiciales, casi reflexiva e indistintamente, se refieren a principios básicos de derecho contractual y de agencia¹⁵.

Recurrir a los principios de derecho contractual y de agencia para solucionar un problema que se torna dificultosamente más evidente con el paso del tiempo, así como las consecuencias inmediatas y de largo plazo de la globalización económica, pueden de hecho dar lugar a argumentaciones intuitivas. Después de todo, ¿porqué deberían las doctrinas exógenas al derecho contractual regular la aplicación del convenio arbitral a partes no-signatarias, cuando el arbitraje es “una criatura que nace del contrato” y principalmente “una figura jurídica contractual por naturaleza”?¹⁶. A mayor abundamiento, la aplicación de principios legales contractuales parece ser del todo más atractivo, si se tiene en consideración que el derecho y la jurisprudencia contractual por sí mismas son formadas y transformadas por las propias fuerzas del mercado que conminan a su aplicación en, cuando menos, una muy primera instancia. Por tanto, podría continuar que el arbitraje internacional pueda afrontar el riesgo de ser desnaturalizado, tal como los argumentos señalan, si fuera a desviarse, que no sea del todo tan lejos, de los principios básicos

¹³ Para una narrativa histórica convencional del desarrollo del arbitraje en los Estados Unidos de América, véase los siguientes materiales bibliográficos: MARTINEZ-FRAGA, (2009), *supra* note 5, at 6-37. Véase también, *Fisser v. International Bank*, 282 F. 2d. 231, 233 (2d Cir. 1960); *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells*, U.S. 9 F. 3d. 1060, 1064 (2d. Cir. 1993).

¹⁴ Tal como se detalla más profundamente más adelante, la cantidad y complejidad de la configuración referida a estos escenarios tuvo su apogeo con la entrada de la globalización económica.

¹⁵ Jurisprudencia resultante de la proposición de que una parte no-signataria puede ser vinculada a una cláusula o convenio arbitral siempre y cuando sea consonante con los “principios ordinarios de contrato y agencia” (“*ordinary principles of contract and agency*”). Véase por ejemplo, *McAllister Bros. v. A&S Transportation Co.*, 621 F.2d 519, 524 (2d Cir. 1980); *A/S Custodia v. Lessin Int'l, Inc.*, 503 F.2d 318, 320 (2d. Cir. 1974); *Kirleis v. Dickie, McCamey, & Chilcote, P.C.*, 560 F.3d 156, 160 (3d Cir. 2009); *Fleetwood Enterprises v. Gaskamp*, 280 F.3d 1069, 1073 (5th Cir. 2002); *Donaldson Co. v. Burroughs Diesel, Inc.*, 581 F.3d 726, 731 (8th Cir. 2009); and *City of Delray Beach v. Citigroup Global Markets, Inc.*, 622 F.3d 1335, 1342 (11th Cir. 2010). Esta jurisprudencia de manera uniforme sostiene que una cláusula o convenio arbitral debe de ser extensivo a partes no-signatarias, pero sólo cuando la normativa básica del derecho contractual y de agencia así lo ordenan. Con respecto a las partes no-signatarias que pretenden obligar a arbitraje a una parte signataria, la doctrina de *equitable estoppel* facilita esta aspiración, la misma que no es aplicable viceversamente, por lo que se crea una asimetría entre una parte signataria proclive a obligar o vincular a un arbitraje a una parte no-signataria que no sea proclive al arbitraje, y a una parte no-signataria proclive a arbitraje que pretenda obligar o vincular a una parte signataria que no sea proclive a ello.

¹⁶ Véase *United Steelworkers of America v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574, 582 (1960) (To be sure, since arbitration is a creature of contract, a court must always inquire, when a party seeks to invoke its aid to force a reluctant party to the arbitration table, whether the parties have agreed to arbitrate the particular 571*571 dispute.) *Thomson-CSF*, 64 F.3d at 776 (citando a *United Steelworkers of America*, 363 U.S. at 582) (“Arbitration is contractual by nature — ‘a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed so to submit.’”).

sobre los que se basa.

Con el objetivo de mantener una cercana identidad conceptual con los principios legales del derecho contractual como fuente propia y de normativa legítima del arbitraje y el arbitraje como normativa aplicable, se tiene que las cortes judiciales de los EE.UU. han elaborado cinco estándares ortodoxos para vincular a partes no-signatarias a una cláusula o convenio arbitral¹⁷. Aún cuando estos cinco estándares sean test separados, es decir, que no necesitan ser independientes con respecto a los otros, se tiene que los mismos son funcionales al ofrecer una base normativa para vincular a aquellas partes no-signatarias; su menos que perfecto trabajo es de lo más coherentemente articulado sólo sobre el análisis de la disonancia existente entre la aplicación de estos estándares formalistas y conceptualmente rígidos, dentro de un medio ambiente comercial que la globalización económica ha impulsado. Este contexto económico a su vez resalta la necesidad de un criterio más flexible y universal.

La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, en su decisión *Thomson-CSF*, dictada mucho antes de los efectos de la globalización económica sobre la naturaleza y carácter de las relaciones contractuales y de las relaciones jurídico profesionales, ha servido como un paradigma útil, en virtud del cual uno puede detallar las disonancias entre el estatus actual de la ley aplicable a las partes no-signatarias de una cláusula o convenio arbitral y la necesidad imperiosa

de adoptar un paradigma fundamentalmente diferente. El sostenido análisis sobre la “conversación” que existiera entre la corte de primera instancia competente del asunto y la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito ayudará a cristalizar la necesidad de galvanizar el coloquio nuevamente.

2.2. Revisitando a Thomson-CSF

Consagrándose como el único caso originario, dictado en el año 1995, que articulara el estándar que regula la vinculación de partes no-signatarias a una cláusula o convenio arbitral; sin embargo, se tiene que las exigencias actuales sugieren que el test aplicado en *Thomson-CSF* sea objeto de modificación, de manera que se articule de una manera mucho más cercana con aquél estándar que fue revocado por el Segundo Circuito en dicho procedimiento. En ese entonces, el análisis realizado por la corte distrital fue debidamente caracterizado por el Segundo Circuito como un análisis que había “rechazado cada una de las teorías tradicionales que son suficientes para vincular a una parte no-signataria con la cláusula o convenio arbitral de su subsidiaria”¹⁸ (traducción realizada por el autor)¹⁹. Volviendo a analizar a *Thomson-CSF*, tal como aquí se sugiere, conlleva a la reivindicación del pronunciamiento otorgado por la corte inferior, que en ese entonces sus análisis y consideraciones habían sido aparentemente calificadas de erráticas. Tal como se afirmó, la aproximación “híbrida” realizada por la corte distrital proporciona el requisito de flexibilidad al estándar, de manera que concilia

¹⁷ Estos cinco estándares o teorías son fácilmente reconocibles y susceptibles de inmediata clasificación, de acuerdo a lo establecido por la doctrina y jurisprudencia contractual y de agencia: (i) incorporación por referencia; (ii) suposiciones o presunciones; (iii) agencia; (iv) áter ego; y (v) estoppel. Véase por ejemplo, *Thomson-CSF*, 64 F.3d at 776. Existe escasa jurisprudencia para proponer que una sexta teoría sea vinculante (tercera parte beneficiaria). Véase, *Bridas SAPIC v. Government of Turkmenistan*, 345 F. 3d 347, 356 (5th Cir. 2003).

¹⁸ *Thomson-CSF* at 776.

¹⁹ Versión original en inglés: “rejected each of [the] traditional theories as sufficient for binding [a non-signatory] to the arbitration agreement of its subsidiary.”.

la falta de simetría que existe entre partes no-signatarias de una cláusula o convenio arbitral que buscan aplicar dicha cláusula contra una parte signataria, y por parte de partes signatarias cuya causa aspira a vincular a partes no-signatarias; así como también identifica las demandas existentes por un estándar más flexible que se articule de una mejor manera con el escenario transaccional complejo y con entidades jurídicas complejas que la globalización económica ahora ha creado y ha impuesto en el mundo actual.

El Segundo Circuito elaboró un paradigma en *Thomson-CSF* que obliga tanto a un análisis como a una desarticulación del mismo. En el presente documento sugerimos que la Corte del Segundo Circuito hizo los mayores esfuerzos para emitir una directiva que, al menos desde su punto de vista, exhaustivamente articuló y estableció en una opinión las cinco teorías, en virtud de las cuales una cláusula o convenio arbitral puede ser vinculante para partes no-signatarias.

En el caso *Thomson-CSF* (“*Thom-*

son”) ²⁰ el demandante inicialmente rechazó responder a la petición de arbitraje que le fuera notificada, y en vez de ello interpuso una acción ante la corte distrital federal con la finalidad de obtener una declaración que señalara que no se encontraba vinculado por el contrato, dado que nunca había negociado ni firmado el mismo ²¹. El demandante también solicitó una medida cautelar (injunctive relief) por la cual se proscibiera la interposición de cualquier reclamación en su contra que resultare del Contrato de Trabajo (*Working Agreement*). E&S reconvino con la finalidad de solicitar que se cumpla con el arbitraje como resultado de la petición de arbitraje que había interpuesto contra el demandante *Thomson*, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones resultantes del Contrato de Trabajo (*Working Agreement*) ²². Es menester resaltar que el Segundo Circuito revocó la denegatoria otorgada por la corte distrital a las peticiones del demandante por las que pretendía la declaración de que no se encontraba vinculado por el contrato y solicitaba la interposición de una medida cautelar, mientras que resolvió a favor de la reconvencción del

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.* at 775..

La cláusula arbitral subyacente se encontraba en el contrato identificado en la opinión del Segundo Circuito como el “Working Agreement” (“Contrato de Trabajo”, en su traducción al español); mientras que el Working Agreement no definía la palabra “partes” del contrato, sí definía tanto a “E&S” y a “Rediffusion” como entidades que “were ever used in [the] Working Agreement, shall include affiliates of [either E&S or Rediffusion depending on the entity named] [traducción realizada por el autor: “si alguna vez intervinieran en el Contrato de Trabajo, deberían de incluir a sus afiliadas, tanto de “E&S” o de “Rediffusion”, dependiendo de la entidad que sea nombrada]. *Id.* at 775. Asimismo, el denominado Working Agreement definía la palabra “afiliado” como una parte del contrato, significando ello “any person, firm or corporation that directly or indirectly, through one or more intermediaries, controls, or is controlled by, or is under common control with, such party.” [traducción realizada por el autor: “cualquier persona, firma o empresa que directa o indirectamente, a través de uno o más intermediarios, controla, o es controlada por, o se encuentra bajo control de, tal parte”] *Id.*

Posteriormente a la suscripción del denominado Working Agreement, Rediffusion fue vendido a Hughes Aircraft Company, quien enmendó y extendió los términos del Working Agreement. *Id.*

El 31 de diciembre de 1993, Hughes Aircraft Company vendió Rediffusion a Thomson. Aún cuando E&S informó a Thomson, previamente a su adquisición sobre Rediffusion, que E&S tenía la intención de que Thomson y su división de simulación de vuelos se vinculasen con el Working Agreement, se tiene que Thomson nunca brindó su consentimiento para que sea objeto de vinculación con el Working Agreement, y de manera categórica escribió a E&S con la finalidad de que se renuncie o se desestime tales provisiones del contrato de trabajo, en virtud de las cuales E&S consideraba que eran vinculantes para Thomson. Tras la adquisición de Rediffusion, “Thomson explicitly informed E&S that it was not adopting the Working Agreement and did not consider itself bound by Rediffusion’s agreement...” [traducción realizada por el autor: “Thomson explícitamente informó a E&S que no adoptaba el Working Agreement y que por tanto no se consideraba vinculado por el contrato que suscribió Rediffusion”] *Id.*

²² *Id.* at 776.

demandante-apelante para que se conmine al arbitraje.

Las consecuencias prácticas y teóricas de esta decisión han establecido categorías conceptuales draconianas para vincular a partes no-signatarias; han contribuido a inequidades entre las partes signatarias y no signatarias, en escenarios en los cuales los estándares legales distintos son aplicados, dependiendo de si la parte que inicia el arbitraje es signataria o no-signataria de la cláusula o convenio arbitral materia de la controversia; han desestimado importantes consideraciones de índole estructural y financiero que no se encuentran dentro del clásico ámbito del derecho contractual y de agencia; y han promovido aplicaciones variadas y desconcertantes del derecho contractual entre las cortes federales y estatales, en lo que respecta a la extensión de una cláusula o convenio arbitral a partes no-signatarias. En gran medida, el análisis sobre una base contractualista realizado por el Segundo Circuito, y la aplicación de principios rudimentarios, han conllevado a inequidades y a posturas procedimentales aberrantes, en las cuáles, aún habiendo partes que legítimamente detentan los argumentos para vincular a una parte no-signataria, son relegados, ya sea a interponer una reclamación ante un foro judicial —un recurso que ampliamente es contrario a los principios básicos sobre los que se basa el arbitraje comercial internacional—, o en que la parte signataria de una cláusula o convenio arbitral que pretende vincular a una parte no-signataria se encuentra así misma

como una parte-demandada ante un tribunal judicial, como resultado de que la parte no-signataria ha interpuesto una acción para que se declare algo similar a lo que pretendió el apelante/demandante Thomson, en dicho caso²³.

2.3. Desarticulando el análisis del segundo circuito en el caso *Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association*

El Segundo Circuito basó su revocación sobre las consideraciones de la corte distrital en ocho discretos argumentos, siendo sólo dos de estos referidos a la aplicación del derecho a los hechos²⁴.

En primer lugar, al revisar el pronunciamiento de la corte distrital sobre el *alter ego*, el Segundo Circuito concluyó que aún cuando Thomson compartiera una titularidad común con Rediffusion, y haya incorporado a Rediffusion dentro de su propia organización y dentro de su estructura de toma de decisiones, se tiene que “a la luz de la totalidad de las circunstancias, Thomson no puede ser vinculado por el convenio arbitral de Rediffusion, bajo la teoría de levantamiento del velo societario/*alter ego*”²⁵. **(traducción realizada por el autor)**²⁶.

En segundo lugar, en el contexto del análisis bajo la teoría de *estoppel*, el Segundo Circuito consideró que Thomson no se había visto “directamente”²⁷ beneficiado por el Contrato de Trabajo (*Working Agree-*

²³ Véase por ejemplo, *Veera v. Johnson*, No. 05-Civ-2145-SHS, 2005 WL 1606054 (S.D.N.Y. July 5, 2005)

²⁴ *Thomson-CSF*, 64 F.3d at 778-779.

²⁵ *Id.* at 778.

²⁶ Versión original en inglés: “in light of the totality of the circumstances, Thomson cannot be bound by Rediffusion’s arbitration agreement under a veil-piercing/alter-ego theory.”.

²⁷ *Id.* (Énfasis en la versión original).

ment). Aquí el Segundo Circuito estableció una distinción entre cualquier ganancia/beneficio derivado directamente del Contrato de Trabajo (*Working Agreement*) y aquellos que resultaran de la consecuencia próxima y directa de la adquisición de Rediffusion por parte de Thomson²⁸.

Muy al principio, el análisis enfatizó una línea de jurisprudencia muy establecida, inclusive dentro de las consideraciones del Segundo Circuito, que se referían a que las partes no-signatarias podrían verse vinculadas por la aplicación de la doctrina de *incorporación por referencia*²⁹. El “análisis” que subyace a la doctrina de incorporación por referencia para los propósitos de vincular a partes no-signatarias de una cláusula o convenio arbitral, o en sentido inverso, para permitir a una parte no-signataria a que ejecute una cláusula o convenio arbitral contra una parte signataria, parece prácticamente ser nada más que una mención superflua, a lo mejor en un importante esfuerzo intelectual de ser

del todo inclusivo al articular las cinco³⁰ teorías que han sido reconocidas como una cuestión de derecho para los fines de poder extender la cláusula o convenio arbitral a partes no-signatarias. Esta doctrina francamente no se constituye como un elemento material de la opinión de la corte distrital. De hecho, en relación con esto último el Segundo Circuito de una manera algo cándida reconoció que “tal como lo ha señalado la corte distrital, E&S no ha intentado demostrar que el Contrato de Trabajo (*Working Agreement*) fuera incorporado dentro de alguno de los documentos que Thomson adoptó. Por tanto, Thomson no puede ser vinculado bajo la teoría de la incorporación”³¹ (traducción realizada por el autor)³².

El escaso tratamiento que ha tenido la doctrina de la *incorporación por referencia* se conjuga con la menos que detallada presentación que la doctrina ha recibido desde que fuera por primera vez utilizada en un contexto de arbitraje, allá por el año

²⁸ *Id* at 779.

²⁹ Véase *Import Export Steel Corp. v. Mississippi Val. Barge Line Co.*, 351 F.2d 503, 505-506 (2d Cir. 1965) (Separate agreement with non-signatory expressly “assuming all the obligations and privileges of [signatory party] under the ... subcharter” constitutes ground for enforcement of arbitration clause by non-signatory). En esta misma línea, el derecho de una parte signataria para ejecutar un convenio arbitral sobre una parte que no suscribió, y que ni siquiera negoció el contrato principal, fue referenciado por la Corte al señalar el principio de incorporación por referencia que vincula a una persona que no es parte contractual, al citar el asunto arbitral entre *Keystone Shipping Co. and Texport Oil Co.*, 782 F. Supp. 28, 31 (S.D.N.Y. 1992). Véase también *Continental U.K. Ltd. v. Anagel Confidence Compañía Naviera, S.A.*, 658 F. Supp. 809, 813 (S.D.N.Y. 1987) (“If a party’s arbitration clause is expressly incorporated into a bill of lading, non-signatories who are linked to that bill through general principles of contract law or agency law may be bound”).

³⁰ Tal como se tratará en el presente documento, existe suficiente material para una visión minoritaria en vez que la adoptada por “una teoría alternativa de estoppel” (“an alternative estoppel theory”, en inglés), en la que se establezca acudir al arbitraje entre una parte signataria y una no-signataria, que contradictoriamente reduzca el número de teorías que expanden el ámbito de aplicación de una cláusula o convenio arbitral para vincular a partes no-signatarias en función a seis distintas teorías, aún cuando, esta jurisprudencia haya sido dictada por el Cuarto, Séptimo y Undécimo Circuitos de la Corte de Apelaciones, y aparente ser “secundaria” como el número de casos y doctrina que influencia. Véase por ejemplo, *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc.* 10 F. 3d. 753, 757-58 (11th Cir. 1993), *Cert. denied*, 115 S. Ct. 190 (1994); *J.J. Ryan and Sons, Inc. v. Rhone Poulenc Textile, S.A.* 863 F. 2d. 315,320-21 (4th Cir. 1988); *McBro Planning & Dev. Co. v. Triangle Elec. Construction Co.*, 741 F. 2d. 342, 344 (7th Cir. 1984).

³¹ *Thomson-CSF* at 777.

³² Versión original en inglés “[a]s the district court noted, E&S has not attempted to show that the Working Agreement was incorporated into any document which Thomson adopted. Thus, Thomson cannot be bound under an incorporation theory.”.

1973³³. Nuevos pronunciamientos que han aplicado la teoría de la *incorporación por referencia* han fracasado al no considerar, y mucho menos desarrollar, bases conceptuales que resulten de las políticas únicas que subyacen sobre el arbitraje, así como de las premisas de la aplicación de la propia doctrina³⁴. Esta jurisprudencia no ha considerado en ningún lugar las cuestiones de autonomía de parte, predictibilidad, transparencia de los estándares, y uniformidad, como elementos a ser ponderados conjuntamente con los ortodoxos preceptos contractuales en la aplicación de la teoría de la *incorporación por referencia*, en la determinación de si una cláusula o convenio arbitral es vinculante a una parte no-signataria. Es precisamente este absoluto deseo de desarrollo doctrinal que va más allá de la aplicación formulista de preceptos rudimentarios del derecho contractual lo que contribuye sustancialmente a la necesidad de tener una doctrina que sea aplicable dentro de un marco legal más elaborado, que de hecho sea enriquecido por la consideración de estándares que vayan más

allá de la esfera del derecho contractual y de agencia.

La Corte del Segundo Circuito estableció, de manera similar, que la “*teoría de la suposición o presunción*” (“*assumption*” en inglés) constituía el segundo de los cinco estándares contractuales, en virtud de los cuales una cláusula o convenio arbitral podría ser extensivo a partes no-signatarias, aún cuando esa tercera parte no haya participado en la negociación, suscripción o ejecución del acuerdo, cuestiones éstas que eran igualmente triviales. El patrón de hecho establecido en *Thomson-CSF* ciertamente era susceptible de tal tipo de construcción. De manera resaltante, el contrato operativo en ese caso (el denominado *Working Agreement*), de una manera casi persuasiva permitió la posible vinculación de una parte no-signataria, como resultado de una premisa de “afiliación” que podría rescatar el requisito normativo fundacional para la aplicación de la teoría de la suposición o presunción³⁵. El Segundo Circui-

³³ La teoría de la incorporación por referencia ha sido utilizada sólo para arbitraje doméstico (EE.UU.), con la finalidad de vincular a una parte no-signataria, dentro de los confines de una controversia en el sector construcción, en virtud de la cual el subcontratista carecía de relación privativa con el contratista, que era una compañía de Maryland y la autoridad del Hospital del Condado de Richmond, al haberse incorporado las condiciones generales del contrato de obra en el contrato que se suscribió con el subcontratista, condiciones estas que contenían una cláusula arbitral. El Quinto Circuito de Apelaciones, observó en esa causa que “as a matter of contract law, incorporation by references generally effective to accomplish its intended purpose where, as here, the provision to which reference is made has a reasonable clear and ascertainable meaning. These two propositions tend to indicate that the arbitration provision in this case was a valid and enforceable part of the subcontract.” [traducción realizada por el autor: “como una cuestión del derecho contractual, la incorporación por referencia es generalmente efectiva para conseguir el intencional propósito, como sucedió en el caso, que una determinada provisión, a la cual se ha hecho referencia, tiene un significado claro y comprobable”] *J.S.&H. Construction Co. v. Richmond Hospital Authority* 473 F. 2d. 212, 215 (5th Cir. 1973). Sin embargo, es importante resaltar que en virtud de una simple oración, se hizo una mención rauda a la “política de la Ley Federal de Arbitraje” (“policy of the Federal Arbitration Act”), por tanto, el análisis realizado por la Corte, basado en el derecho contractual, fue muy simple y ortodoxa.

³⁴ Véase por ejemplo, *World Rentals and Sales, LLC v. Volvo Construction Equipment Rents, Inc., et al* 517 F. 3d. 1240, 145 (11th Cir. 2008) (Engaging in a strict contractual analysis, and the Court held that while the operative agreement incorporates the arbitration clause contained in a different agreement, the parties’ dispute did not fall within the ambit of the arbitration clause as the operative franchise agreement expressly excluded affiliates who may otherwise be bound to the arbitration clause despite their status as non-signatories); *Employers Insurance of Wausau v. Bright Metal Specialties, Inc., et al*, 251 F. 3d. 1360 (11th Cir. 2001) (Extending arbitration agreement to non-signatory without engaging in any sustained analysis concerning policies underlying arbitral proceedings. But rather solely based upon contractual analysis); y véase también *United States Fidelity and Guaranty Co. v. Westpoint Construction Co. Inc.*, 837 F. 2d. 1507 (11th Cir. 1988).

³⁵ El denominado *Working Agreement*, en su § 6.1 permite el arbitraje entre las “partes” del Contrato. Aún cuando el Contrato no establezca una definición explícita y dispositiva de la palabra “partes”, sí procedió a definir a “E&S” y a “Rediffusion” en los siguientes términos:

to de hecho observó que “mientras que Thomson se encontraba al tanto de que el Contrato de Trabajo (*Working Agreement*) pretendía vincularlo como un ‘afiliado’ de Rediffusion, en ningún momento Thomson manifestó su intención de ser vinculado por dicho Contrato”³⁶ (traducción realizada por el autor)³⁷.

Las consideraciones del Segundo Circuito en relación a la *teoría de la suposición o presunción* dejan mucho que desear. En su exégesis esquelética, la Corte del Segundo Circuito no señala en ningún lugar que (i) un análisis de la política federal a favor del arbitraje haya sido tomada en consideración, o que (ii) exista alguna necesidad para aplicar principios distintos que las normas básicas de derecho contractual. La referida opinión parecería sugerir que dentro de los limitados confines de un análisis contractual, sin más, una parte no-signataria se encuentra vinculada a una cláusula o convenio arbitral, aún cuando el contrato que contiene dicho acuerdo arbitral explícitamente establezca un vínculo privado de la parte no-signataria, como resultado de su estatus “*indisputable*”³⁸ de “afiliado”. Aquí se encuentra implícito que la conducta de la parte no-signataria, cons-

tituye por sí sola, en contraste con su estatus jurídico actual, una negativa a cualquier efecto que resultara del lenguaje textual del contrato controvertido y que pudiera tener sobre la parte no-signataria. Esta conclusión de por sí y para sí misma es problemática.

Al rechazar la aplicación de la *teoría de la suposición o presunción*, la Corte del Segundo Circuito estuvo abierta a excluir la “suposición/presunción” de su estatus de afiliada de la parte demandante/apelante como elemento de vinculación con la parte no-signataria y al reconocer como dispositivas las exclusiones selectivas de Thomson de las obligaciones resultantes, como consecuencia de su adquisición de Rediffusion.

Igualmente deseable por parte del tratamiento otorgado a la *teoría de la suposición o presunción* es la consideración de la relación de la parte no-signataria con el Contrato de Trabajo (*Working Agreement*), a pesar del estatus de dicha parte en su calidad de no-signataria, y la aceptación de los términos y condiciones del Contrato de Trabajo (*Working Agreement*) al ser el adquirente de Rediffusion, y que en calidad de tal busca ahora renegociar los términos de

1.14 The term “E&S,” wherever used in this Working Agreement, shall include the affiliates of E&S. The term “Rediffusion” wherever used in this Working Agreement, shall... mean Rediffusion and each of its affiliates.

1.6 An “affiliate” of a party hereto shall mean any person, firm or corporation that directly or indirectly, through one or more intermediaries, controls or is controlled by, or is under common control with, such party. Thomson-CSF at 775.

La definición amplia del término “afiliado a una parte” (“affiliate of a party”) significa que no era sólo plausible, sino también conllevó a compeler a asegurar el siguiente paso y punto de vista que Thomson, legítimamente (tal como lo determinó la corte distrital), tenía la calidad de compañía afiliada a Rediffusion porque era innegable que Thomson controlaba a Rediffusion.

³⁶ Dado que Thomson “explicitly disavowed any obligation arising under their Working Agreement” [traducción realizada por el autor: “explícitamente desobedeció cualquier obligación resultante del denominado Working Agreement”] y afirmativamente tomó los pasos necesarios para distanciarse por sí misma de dicho Contrato, cuando menos un ejemplo de ello fue la interposición de una acción con la finalidad de que se declare que no tenía responsabilidad, se tiene que el Segundo Circuito simplemente sostuvo que “it cannot be said that Thomson assumed the obligation to arbitrate.” [traducción realizada por el autor: “no se podía decir que Thomson haya asumido la obligación de arbitrar”] *Id.* at 777.

³⁷ Versión original en inglés: “[w]hile Thomson was aware that the Working Agreement purported to bind it as an ‘affiliate’ of Rediffusion, at no time did Thomson manifest an intention to be bound by that Agreement.”.

³⁸ *Id.* at 776.

dicha adquisición³⁹. Cualquier deliberación sobre la extensión a una parte no-signataria y si la misma se encuentra vinculada a las obligaciones que derivan de un acuerdo o contrato que no negoció, no ejecutó o ni siquiera participó en su desarrollo, debe, en parte, encontrarse fundamentada en hechos específicos, en virtud de los cuales se pueda inferir que el conocimiento que la parte no-signataria tiene sobre las operaciones del acuerdo o contrato controvertido y el entendimiento sobre sus términos y condiciones es comparable a aquel por el cual una parte signataria busca la ejecución y el cumplimiento del contrato⁴⁰. Una aproximación mecánica a la aplicación de la *teoría de la suposición o presunción* que no considere la política federal de arbitraje y que sea, de manera similar, carente de un análisis res-

pecto a la ponderación que debe de existir con el actual estatus de una parte no-signataria con respecto a la parte signataria que pretende el cumplimiento de una cláusula arbitral, así como el conocimiento relativo base de las partes respecto al contrato subyacente, presenta un test que es totalmente impracticable y que sin duda conducirá a la interposición de acciones judiciales y no al arbitraje⁴¹.

Adicionalmente a lo señalado con respecto a las *teorías de incorporación por referencia y suposición o presunción*, la Corte del Segundo Circuito, en el caso de *Thomson-CSF* identificó como un tercer “principio tradicional de la figura jurídica de agencia [que vincula a una] parte no-signataria a una cláusula o convenio arbitral”⁴²

³⁹ La recitación fáctica en la opinión del Segundo Circuito, su lenguaje ejemplificativo que detalla los cambios fijados entre E&S y Thomson, no menciona en lo absoluto ninguna negociación entre Hughes Aircraft Co. y Thomson, en virtud de la cual Thomson buscara modificar o alterar el denominado Working Agreement, con la finalidad de evitar ser vinculado a la cláusula arbitral contenida en dicho Contrato. Esta narrativa merece ser citada.

“At the time Thomson began publicly contemplating the acquisition of Rediffusion, E&S informed Thomson that, if it purchased Rediffusion, E&S intended to bind Thomson and its flight simulation division to a Working Agreement. Specifically, E&S told Thomson that upon purchasing Rediffusion both Rediffusion and Thomson’s training and simulation system division would be required to purchase to all needed computer-generated image equipment from E&S. In response, Thomson wrote to E&S seeking to have it waive those provisions of the Working Agreement that E&S believed to be binding upon Thomson. Thomson did not, however, concede that it would be bound by Rediffusion’s Working Agreement. In fact, when it became clear that Thomson and E&S could reach no agreement prior to Thomson’s acquisition of Rediffusion, Thomson explicitly informed E&S that it was not adopting the Working Agreement and did not consider itself bound by Rediffusion’s Agreement which it had neither negotiated nor signed”. (énfasis añadido)

Id. at 775.

Por el bien de la integridad de los argumentos, se ha enfatizado que la opinión del Segundo Circuito se encuentra despojada de cualquier argumento de hecho que se refiera a los acuerdos de compra y venta entre Hughes Aircraft Co. y Thomson. En tal sentido, no existe argumento fáctico para indicar que el Working Agreement fue utilizado para propósitos de dicha transacción entre dos partes que tienen una relación privativa indisputable, es decir, Hughes Aircraft Co. como vendedor y Thomson como el adquirente de Rediffusion y “afiliado” por razones de dicha transacción. El silencio latente hasta este punto, sin embargo, debe de ser considerado al analizar la ponderación que se debe de dar a las comunicaciones entre E&S y Thomson contra las nuevas obligaciones que se articularon una vez que Thomson adquirió legalmente el estatus de “afiliado” de Rediffusion al “controlar” Rediffusion.

⁴⁰ El relativo conocimiento existente entre las partes (signataria y no-signataria) con respecto al contrato materia de controversia, es por supuesto crítico, dado que, entre otras cosas, las cortes que se han basado en el caso Thomson-CSF han contemplado este factor como argumento de sus proposiciones de que bajo la teoría de estoppel una parte no-signataria puede ejecutar un convenio arbitral contra una parte signataria, en el cual lo contrario no podrá ser considerado verdadero.

⁴¹ Esta omisión es particularmente interesante en el contexto del caso Thomson-CSF, porque la adquisición de Rediffusion por parte de Thomson, basándonos en la recitación fáctica de la opinión dictada, involucra que (i) es una que tomó lugar entre partes, presumiblemente, iguales en sofisticación en un mismo sector industrial, y (ii) la opinión posteriormente clarifica que las discusiones previas a la adquisición, en relación con el denominado Working Agreement fueron realizadas entre Thomson, E&S (signataria), y el vendedor. Véase Thomson-CSF, 64 F.3d at 775.

⁴² Id. at 777.

(traducción realizada por el autor)⁴³. Comprendiblemente, el Segundo Circuito consideró que “dado que el *Working Agreement* fue suscrito mucho antes de que Thomson adquiriera Rediffusion, Thomson no podría encontrarse obligado a dicho contrato, según la teoría de agencia⁴⁴ (traducción realizada por el autor)⁴⁵. Un análisis más complejo que los dos pronunciamientos otorgados en la consideración de la figura jurídica de agencia se justificaba al discutirse la cuarta teoría contractual que puede vincular a una parte no-signataria con una cláusula o convenio arbitral: el levantamiento del velo societario/*alter ego*.

Al enfatizar sobre las dos circunstancias generales en virtud de las cuales las cortes judiciales son más proactivas a levantar el velo societario, el Segundo Circuito consideró que “E&S no había demostrado que Thomson haya ejercido un determinado

grado de control sobre Rediffusion que sea necesario para justificar el levantamiento del velo societario⁴⁶ (traducción realizada por el autor)⁴⁷. Por consiguiente, “mientras que la corte distrital había considerado que ‘Thomson tenía una misma titularidad sobre Rediffusion; y que Thomson en realidad controlaba Rediffusion; (...) y que Thomson había incorporado a Rediffusion dentro de su estructura organizacional y dentro de su estructura de toma de decisiones, ‘la corte distrital no encontró ningún elemento de abandono de la estructura corporativa⁴⁸ (traducción realizada por el autor)⁴⁹. Este argumento se encontraba basado sobre tres consideraciones básicas.

En primer lugar, la evidencia no demuestra que hayan sido abandonadas las formalidades corporativas entre Rediffusion y Thomson⁵⁰. En segundo lugar, no ha existido muestra alguna de la parte sig-

⁴³ Versión original en inglés: “[t]raditional principles of agency law [as binding on a] non-signatory to an arbitration agreement”.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Versión original en inglés: “[b]ecause the Working Agreement was entered into well before Thomson purchased Rediffusion, Thomson could not possibly be bound under an agency theory.”.

⁴⁶ *Id.* (“[T]he courts will pierce the corporate veil ‘in two broad situations: to prevent fraud or other wrong, or where a parent dominates and controls a subsidiary.’”) (citando a *Carte Blanche (Singapore) Pte., Ltd. v. Diners Club Int'l, Inc.*, 2 F.3d 24, 26 (2d Cir. 1993)). La teoría de levantamiento del velo societario/*alter ego* es más flexible y orgánica que sus contrapartes contractuales, para los propósitos de obligar o vincular a una parte no-signataria. La jurisprudencia en relación a dicha teoría, sin embargo, típicamente requiere elementos de fraude u otros elementos ilícitos comparables para el propósito o finalidad del negocio, ya sea de la matriz o de su instrumentalización. Esta afirmación se presenta raramente en el contexto del arbitraje comercial internacional.

⁴⁷ Versión original en inglés: “E&S [had] not demonstrated that Thomson exerted the degree of control over Rediffusion necessary to justify piercing the corporate veil.”.

⁴⁸ *Id.* at 778.

⁴⁹ Versión original en inglés “[w]hile the district court had found that ‘Thomson has common ownership with [Rediffusion]; that Thomson actually control[ed] [Rediffusion];... [and] that Thomson incorporated [Rediffusion] into its own organizational and decision-making structure, ‘the district court did not find an abandonment of the corporate structure.’.”.

⁵⁰ *Id.* Las Cortes de distintos Circuitos, han considerado conjuntamente que el levantamiento del velo societario se encuentra garantizado, en virtud a un análisis de una totalidad de circunstancias, en las que existe una indicación que, entre otras consideraciones, las entidades afiliadas (i) tienen en común la oficina, así como a miembros de su staff; (ii) son administrados por los mismos oficiales y/o directivos; (iii) mantienen cuentas bancarias conjuntas y mantienen su contabilidad sin distinguir entre los ingresos recibidos por cada entidad en particular; (iv) negocian cuando menos en casi todos los temas (*arm's length*) entre una y la otra; y (v) no se les considera o trata, internamente, como centros de negocios o gastos distintos, etc. Véase por ejemplo, *Wm. Passalacqua Builders v. Resnick Developers*, 933 F. 2d 131 (2d Cir. 1991). La Corte del caso Thomson citó a *American Protein Corp. v. A. B. Vogel*, 844 F 2d 56, 60 (2d Cir.), y *Walter E. Hellar & Co. v. Video Innovations, Inc.*, 730 F. 2d. 50, 33 (2d. Cir. 1984), o a la totalidad del test de análisis. See *Thomson-CSF*, 64 F.3d at 788.

nataria pretendiendo el cumplimiento de la cláusula o convenio arbitral, que determine una ausencia de adhesión a las formalidades corporativas⁵¹. En tercer lugar, los registros no establecen hecho alguno por el cual se pueda inferir o demostrar que Thomson y Rediffusion tuvieran fondos compartidos o entremezclados⁵². De hecho, estas tres premisas fueron apoyadas por los considerandos de la corte distrital, al señalar que “Rediffusion continuó funcionando como una entidad distinta recientemente incorporada dentro de la estructura corporativa de su matriz, Thomson”⁵³ (traducción realizada por el autor)⁵⁴. En consecuencia, la aplicación de una teoría de levantamiento del velo societario/áster ego se encontraba totalmente fuera de lugar.

La quinta y última teoría que comprende la rúbrica del derecho contractual y de agencia y que es dispositivo sobre si una cláusula o convenio arbitral es vinculante para partes no-signatarias, es la *doctrina de estoppel*. Muy similar a la teoría de *incorporación por referencia*, la *doctrina de estoppel* proporciona una mayor amplitud para partes no-signatarias que buscan vincular a partes signatarias a una cláusula o convenio arbitral determinado. Los elementos de la doctrina, tal como han sido aplicados en éste específico contexto, son banales. Una parte que directa o indirectamente obtenga beneficios de los términos de un determinado contrato o acuerdo no puede posteriormente

afirmar que no se encuentra vinculada por dicho instrumento jurídico, por el solo deseo de haber suscrito el mismo⁵⁵. En el caso *Thomson-CSF*, el inexpressivo intento del Segundo Circuito por articular una opinión que extensivamente incorporara la completa gama de tests que regulan el efecto vinculante de una cláusula o convenio arbitral sobre partes no-signatarias, se tornó elocuentemente claro. Al respecto, es importante resaltar que la corte distrital no consideró la teoría del estoppel para que fuera objeto de acumulación. Sin embargo, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito consideró que ello era necesario, presumiblemente con la finalidad de articular una aproximación holística que permita el análisis profundo de esta cuestión. En tal sentido, la Corte del Segundo Circuito consideró que a pesar que la corte distrital no haya analizado el caso bajo la teoría de estoppel, sí consideró que:

Thomson había tenido conocimiento del denominado *Working Agreement* antes de (...) completar la adquisición de Rediffusion, que E&S hizo expresa su intención de vincular a Thomson a dicho acuerdo, antes de que se completara la adquisición de Rediffusion, que Thomson había incorporado a Rediffusion dentro de su marco organizacional y dentro de su estructura de toma de decisiones, y que Thomson se había beneficiado por tanto de dicha interpretación⁵⁶.

⁵¹ *Thomson-CSF*, 64 F.3d at 778.

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Versión original en inglés: that “Rediffusion continued to function as a distinct entity closely incorporated into the existing corporate structure of its parent company, Thomson”.

⁵⁵ Véase por ejemplo, *International Paper v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen*, 206 F. 3d 411, 416-418 (4th Cir. 2000); *Dominium Austin Partners, L.L.C. v. Emerson*, 248 F.3d 720, 728 (8th Cir.2001); *Grigson v. Creative Artists Agency L.L.C.*, 210 F.3d 524, 527 (5th Cir.2000); *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d 753, 756-58 (11th Cir.1993); and *Hughes Masonry Co., Inc. v. Greater Clark County Sch. Bldg. Corp.*, 659 F.2d 836, 838-39 (7th Cir.1981).

⁵⁶ *Thomson-CSF*, 64 F.3d at 778.

(traducción realizada por el autor)⁵⁷.

Es relevante para la aplicación de la teoría del estoppel, a los efectos de vincular a una parte no-signataria a una cláusula o convenio arbitral, una demostración de que la parte no-signataria se benefició *directamente* del contrato materia de controversia. En consecuencia, el Segundo Circuito enfatizó que “dado que Thomson directamente se había beneficiado del denominado *Working Agreement*, al tratar de comprar equipos de E&S mediante la cláusula de suministro exclusivo que dicho acuerdo contemplaba, se tiene que entonces Thomson se encontraba limitado de intentar evadir el arbitraje. Sin embargo, el beneficio que E&S señala derivaría directamente de la adquisición de Rediffusion por parte de Thomson y no del denominado *Working Agreement* en sí mismo. Por tanto, Thomson no se encontraría vinculado por la cláusula o convenio arbitral suscrito por su subsidiaria (...)”⁵⁸ (traducción realizada por el autor)⁵⁹.

Habiendo articulado las cinco teorías que derivan primigeniamente del derecho contractual, ninguna de las cuales fue apli-

cada por la corte distrital, se tiene que la opinión del Segundo Circuito articuló un pronunciamiento que marca un punto de inflexión y que articula un universo modesto que contiene cinco teorías que regulan la extensión de que una cláusula o convenio arbitral pueda ser extensivo a partes no-signatarias del mismo. El esfuerzo por el cual se pretende enunciar una rúbrica de base contractual para determinar la extensión por la cual una cláusula o convenio arbitral es vinculante sobre una parte no-signataria, presumiblemente, en cumplimiento de una política que busque (i) proteger a las partes no-signatarias y (ii) limite los estándares vinculantes de partes no-signatarias a “teorías tradicionales” (“*traditional theories*”) de derecho contractual⁶⁰. Específicamente, el Segundo Circuito consideró que mientras la corte distrital apropiadamente determinó que las reclamaciones de la parte signataria no encajaban dentro de los “periodos tradicionales” (“*traditional periods*”) para vincular a una parte no-signataria, también dicha corte distrital inapropiadamente extendió la jurisprudencia de ese Circuito y diluyó la protección proporcionada a las partes no-signatarias al aplicar “principios

⁵⁷ Versión original en inglés: . “Thomson had notice of the Working Agreement prior to... completing the purchase of Rediffusion, that E&S expressed the intention to bind Thomson to the agreement prior to the completion of the purchase of Rediffusion, that Thomson incorporated Rediffusion into its own organizational and decision-making structure, and that Thomson benefitted from that interpretation”.

⁵⁸ *Id.* at 779. La única autoridad que se basó en articular la teoría de estoppel fue la Corte que decidió en el caso *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells, U.S.*, 9 F 3d 1060, 1064 (2d Cir. 1993).

⁵⁹ Versión original en inglés
“[h]ad Thomson directly benefitted from the Working Agreement by seeking to purchase equipment from E&S for enforcing the exclusivity provision of the Agreement, it would be estopped from avoiding arbitration. The benefit which E&S asserts, however, derives directly from Thomson’s purchase of Rediffusion and not from the Working Agreement itself. Thus, Thomson is not bound by the subsidiary’s arbitration agreement...”

⁶⁰ *Thomson-CSF at 779-780*. El Segundo Circuito desestimó aplicar la teoría del estoppel alternativo, reconocido por los Circuitos Cuarto, Séptimo, y Undécimo, que permite a una parte signataria ser obligada a un procedimiento arbitral por la insistencia de una parte no-signataria y por la cercana relación entre las entidades involucradas, así como por la relación con las injusticias alegadas a las obligaciones y tareas de la parte no signataria establecidas en el contrato... y [el hecho de que] las reclamaciones fueran “intimately ‘founded in and intertwined with the underlying contract obligations’” [traducción realizada por el autor: “intimamente ‘basadas en y relacionadas con las obligaciones del contrato subyacente’”], en el razonamiento de que Thomson “cannot be estopped from denying the existence of an arbitration clause to which it is a signatory because no such clause exists”. [traducción realizada por el autor: “no puede ser vinculado por sus actos propios al denegar la existencia de una cláusula arbitral de la cual es parte signataria, pero dicha cláusula simplemente no existe”] *Id.* at 780 y el precedente cita a *MacBro Planning & Dev. Co. v. Triangle Elec. Constr. Co.*, 741 F 2d 342, 344 (7th Cir. 1984).

ordinarios de contrato y de agencia” (“*ordinary principles of contract and agency*”)⁶¹. La adherencia férrea a los “principios tradicionales” (“*traditional principles*”) para la pretendida protección de partes no-signatarias crea un test doctrinal que no promueve una simetría entre partes signatarias y no-signatarias que buscan la extensión de la cláusula o convenio arbitral, mientras que también socavan la política Federal a favor del arbitraje. El análisis de la corte distrital, que buscaba de manera clarividente articular un test que vinculara a partes no-signatarias con una cláusula o convenio arbitral determinado, pero en el cual aquellos “principios tradicionales” (“*traditional principles*”) no se encontraban cumplidos, demuestra ser más compatible con la política federal que apoya al arbitraje, con los preceptos fundamentales de equidad que sugieren que tanto las partes no-signatarias y signatarias en varias instancias deben de ser tratadas de manera similar, y mucho más compatible con mantenerse en relación con las demandas que la globalización económica ha articulado en base a las configuraciones clásicas de asociaciones profesionales y corporativas. Así como el efecto multinivel que los acuerdos contractuales complejos tienen sobre partes no-signatarias de dichos acuerdos o contratos. La corte distrital inició un diálogo que el Segundo Circuito difícilmente consideró.

2.4. Revisitando la opinión de la Corte Distrital en el caso Thomson-CSF

Erigiéndose en completo contraste con respecto al análisis realizado por el Segundo Circuito, el tratamiento otorgado por la Corte Distrital en el asunto cuya competencia tenía, el mismo que identificó de manera casi legítima cómo una parte no-signataria podría ser vinculada a arbitraje bajo los términos del denominado *Working Agreement*, y sí [la parte no-signataria] se encontraba de hecho vinculada, ha revocado, desestimado, o desatendido arbitrar de tal manera que una Moción para Ordenar el Arbitraje (*Motion to Compel*) debe de ser otorgada, según lo establecido en la Sección 4 de la Ley Federal de Arbitraje (F.A.A., por sus siglas en inglés), “por enfatizar en la política federal que ordena a las cortes judiciales a que refuercen rigurosamente los convenios arbitrales”⁶² (traducción realizada por el autor)⁶³. De similar manera, se indicó que la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha tomado en consideración las cuestiones relativas a éste tipo de ámbito arbitral, y que por tanto debería resolver a favor del arbitraje⁶⁴. Así mismo, de la misma manera fue observado que la política que favorece el arbitraje “es especialmente enfática en el área del comercio internacional”⁶⁵ (traducción realizada por el autor)⁶⁶. La opinión dictada por el Segundo Circuito en ningún lugar hace referencia a la política Federal a favor del arbitraje o a la necesidad exigente de aplicar los “principios tradicionales” (“*traditional principles*”) del derecho contractual y de agencia al extender la aplicación de la cláusula o convenio arbitral a partes

⁶¹ Id. at 780 (citando a *McAllister Bros., Inc. v. A&S Transp. Co.*, 621 F.2d 519, 524 (2d Cir. 1980)).

⁶² *Thomson-CSF, S.A. v. Evans & Sutherland Computer Corp.* (“*Thomson-CSF District Case*”), Nº 94-Civ-6181, 1994 WL 593805, at *3 (S.D.N.Y. Oct. 28, 1994).

⁶³ Versión original en inglés: “by emphasizing federal policy commanding courts to enforce rigorously arbitration agreements”.

⁶⁴ Id. (citando a *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614, 625-26 (1985); *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury-Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 24-25 (1983)).

⁶⁵ *Thomson-CSF District Case*, 1994 WL 593805 at *.

⁶⁶ Versión original en inglés: “is especially emphatic in the field of international commerce”.

no-signatarias en el contexto de ésta política Federal. Igualmente deseable por parte de la opinión de la Corte del Segundo Circuito fue la consideración sobre la política federal dentro del marco del comercio internacional⁶⁷. La falta de considerar a la política Federal en la articulación del estándar para la extensión de la cláusula o convenio arbitral a partes no-signatarias tiene el efecto de descontextualizar el arbitraje, por focalizarlo solamente en la génesis básica contractualista del arbitraje como una metodología de resolución de controversias.

Mientras que la corte distrital de hecho consideró y desestimó las cinco teorías contractuales aquí revisadas⁶⁸, no reconoció que la hábil redacción de una amplia, inclusiva provisión que pretendiera vincular a partes no-signatarias era insuficiente como un argumento singular para extender la aplicación de la causa⁶⁹.

Una lectura profunda del análisis de la corte distrital establece que un test con dos vertientes fue de hecho aplicado, aún cuan-

do conjuntamente no haya sido claramente enunciado. La primera vertiente se refiere a la operativa del convenio arbitral cuyo análisis debe de ser realizado. En este aspecto, las cláusulas relevantes necesitan ser lo suficientemente amplias para incluir desde una perspectiva puramente contractual, sin más, a las partes no-signatarias. Sin embargo, esta primera vertiente por si sola es insuficiente. Un “elemento adicional” (“*plus element*”) es requerido.

El “elemento adicional” (“*plus element*”) es lo que vagamente se ha denominado como el “test de la inextricabilidad” (“*inextricability test*”)⁷⁰. Ahora, este segundo elemento de inextricabilidad representa una aproximación de base flexible de índole no-contractual, que fundamentalmente se basa en las conexiones que existen entre la parte no-signataria y el instrumento jurídico sobre el que subyace y se contiene la cláusula o convenio arbitral. En tal sentido, desde una perspectiva puramente de ventaja formalista, sea por casualidad o diseño, la corte distrital articuló un test que es tanto

⁶⁷ El error del Segundo Circuito, aún cuando se haya referido a la política Federal a favor del arbitraje, o de otra manera, de abstenerse de considerar el comercio internacional, fue presentado como un asunto que tocaba las cuestiones de arbitraje, por ejemplo, selección de foro; que desestimó y erró al considerar el precedente de larga data de la Corte Suprema que sugiere que una considerable deferencia debe de ser otorgada en función del foro que han seleccionado las partes, particularmente cuando cuestiones de comercio internacional se encuentren involucradas. Véase por ejemplo, *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972).

Aún cuando Thomson-CSF no sea un caso relacionado con un acuerdo o contrato en el marco del comercio internacional, se tiene que sin embargo, el estándar enunciado en dicha jurisprudencia, tal como será explicado a continuación, se constituye como un hito para el test que determina la extensión de una cláusula o convenio arbitral a una parte no-signataria. En tal sentido, considerando que la cuestión controvertida que se llevó a cabo ante la corte se articula como una dentro del ámbito de la Ley Federal de Arbitraje (Federal Arbitration Act), como fue la situación en dicho caso, se tiene que alguna consideración se debe de otorgar para que el test sea articulado también en el contexto del arbitraje internacional, consideración ésta que no sólo es apropiada sino que necesaria.

⁶⁸ Thomson-CSF District Case, 1994 WL 593805 at *4-6.

⁶⁹ Específicamente, la corte distrital consideró que ella “not agree, however, that two signatories to an agreement to arbitrate can bind a non-signatory to that agreement simply by drafting it with inclusive terms. Something more is required before the Court can compel a non-signatory to arbitrate.” Thomson-CSF District Case, 1994 WL 593805 at *4 (énfasis añadido).

⁷⁰ La corte distrital determina los elementos de componente no-contractual de lo que entienda será el estándar operativo del pronunciamiento del Segundo Circuito, en el caso *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells*, 9 F.3d 1060 (2d Cir. 1993). En dicho caso, en el contexto de determinar una Moción para Ordenar el Arbitraje (*Motion to Compel Arbitration*), según lo establecido en la Sección 4 de la FAA, se consideró que una orden que ordenara a una parte no-signataria para que participe en un procedimiento arbitral, sin contar con una audiencia para tratar la petición establecida según la Sección 4, se encuentra garantizada; siempre y cuando exista una suficiente conexión entre la parte no-signataria y el contrato que es materia de controversia.

de base contractualista y, consecuentemente, inclusivo y compatible con la génesis contractual del arbitraje, así como predictivo de un componente flexible y orgánico de “inextricabilidad” o “conectividad” que toma en consideración la totalidad de circunstancias⁷¹.

Articular un test que incorpore (i) los cinco “principios tradicionales” del estándar basado en el estándar contrato-agencia⁷², (ii) un análisis sustantivo de las provisiones operativas del contrato subyacente de manera que se asegure unas cláusulas de consideración amplia e inclusivas, y (iii) un elemento de “conectividad”/“inextricabilidad”, proporciona un estándar comprensivo que fomenta la política a favor del arbitraje, y se integra con las consecuencias tangibles comerciales de las relaciones contractuales que materialmente benefician o afectan a partes no-signatarias, proporciona también una mayor equidad en el tratamiento de partes signatarias y no-signatarias en lo que respecta a la extensión de la cláusula o convenio arbitral, y cumple de la mejor

manera con las demandas que la globalización económica ha impuesto sobre las corporaciones multinacionales. Asimismo, esta aproximación comprensiva de tres vertientes maximiza los preceptos referidos a “consentimiento” y a “autonomía de parte” como premisas centrales del arbitraje comercial internacional. La necesidad de desarrollar una rúbrica más flexible y sensitiva se torna del todo más clara al analizar los contornos de la aplicación del precedente Thomson-CSF y los casos derivados de éste precedente, en el contexto de las controversias arbitrales internacionales.

3. ANOMALÍAS QUE RESULTAN DE LA APLICACIÓN DEL CASO THOMSON-CSF A CASOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

La jurisprudencia que ha aplicado el estándar de *Thomson-CSF* en arbitrajes comerciales internacionales es numerosa⁷³. Podría obtenerse una limitada doctrina o un limitado efecto práctico solo por articular un catálogo de resultados anómalos.

⁷¹ Dentro del limitado escenario de parámetros fácticos que fueron presentados, la corte distrital aplicó esta segunda vertiente al focalizarse en seis fundamentales factores, los cuáles, a pesar de encontrarse enraizados dentro del ámbito de los hechos específicos que configuran el caso, son fácilmente susceptibles de ser extrapolados de cuestiones fácticas particulares a categorías generales de concepto, las mismas que tendrían que cumplirse. Estos seis factores son los siguientes: (i) existencia de evidencia registrada de una titularidad común entre Thomson (la parte no-signataria) y Rediffusion; (ii) verificación de si Thomson controla verdaderamente a Rediffusion; (iii) el ámbito por el cual Thomson haya tenido conocimiento del contrato subyacente, antes de que se diera la adquisición de Rediffusion; (iv) verificación de si E&S (la parte signataria) manifestó, antes de que se concluyera la transacción de adquisición de Rediffusion, una intención de vincular a Thomson al acuerdo o contrato; (v) verificación de que Rediffusion de manera formal y en realidad se encontraba incorporada dentro del marco organizacional y dentro de la estructura de toma de decisiones de la parte no-signataria; y (vi) verificación de si Thomson se había beneficiado de dicha incorporación. *Thomson-CSF District Case*, 1994 WL 593805 at *5.

Con respecto al factor (vi), la corte distrital en cierta manera articuló un test por el cual el “beneficio” (“benefit”) recibido tenía que ser directo y no indirecto si, se pretendía que de hecho la cláusula arbitral sea extensiva a terceras partes. No existe citación alguna para este razonamiento en la opinión del Segundo Circuito.

⁷² Tal como se ha señalado, estos cinco principios son (i) incorporación por referencia, (ii) suposición o presunción (“assumption”, en inglés), (iii) agencia, (iv) levantamiento del velo societario/álter ego, y (v) estoppel. *Thomson-CSF*, 64 F.3d at 776.

⁷³ Véase por ejemplo, *Intergen v. Grina*, 344 F.3d 134 (1st Cir. 2003); *Sourcing Unlimited v. Asimco International*, 526 F.3d 38 (1st Cir. 2008); *Smith/Enron Cogeneration v. Smith Cogeneration International*, 198 F.3d 88 (2d Cir. 1999); *Sarhank Group v. Oracle Corp.*, 404 F.3d 657 (2d Cir. 2005); *American Bureau of Shipping v. Tencara Shipyard*, 170 F.3d 349 (2d Cir. 1999); *Invista v. Rhodia*, 625 F.3d 75 (3d Cir. 2010); *International Paper Co. v. Schwabedissen Mashinen & Anlagen GMBH*, 206 F.3d 411 (4th Cir. 2000); y *Bridas SAPIC v. Government of Turkmenistan*, 345 F.3d 347 (5th Cir. 2003).

Sin embargo, los más importantes errores comparten en su totalidad un denominador común relevante, que en gran medida deviene de un prejuicio jurídico histórico y de larga data que afecta al arbitraje de manera general, y en particular⁷⁴ al arbitraje comercial internacional, que consiste en la subordinación de la política Federal que favorece el arbitraje a los principios contractuales ordinarios⁷⁵. La adherencia a esta jerarquía invertida, que se constituye como un estándar normativo rudimentario, limita materialmente el ámbito de los participantes en un procedimiento arbitral, al relegar a potenciales partes y posibles cuestiones controvertidas que resulten de un convenio arbitral, al menos que sonado ámbito de las cortes nacionales o domésticas. En tal sentido, la política Federal a favor del arbitraje no sólo se encuentra subordinada a la aplicación de principios contractuales muy básicos, sino que también dicha política Federal se abandona en su totalidad dado que la jurisprudencia relevante en ningún lugar emplea un análisis de ponderación de intereses que aunque sea considere a la política Federal como parte de los elementos a ser ponderados para extender la cláusula arbitral a una parte no-signataria⁷⁶. La aplicación de principios contractuales ordinarios, ausente de cualquier consideración sobre: (i) la política Federal a favor del arbitraje, (ii) los efectos de la globalización económica y la importancia del comercio internacional, y (iii) los efectos de complejas, y en algunos casos simples, en lo que respecta a transacciones comerciales en las que participan de alguna medida las partes no-signatarias; promueve

una política que permitirá una cuestión que podría ser legítima para los demandantes, quienes podrán objetar un procedimiento arbitral sin mayor alternativa, no obstante también interponer medidas cautelares ante tribunales judiciales, con mayor énfasis en cortes judiciales extranjeras. Los principios contractuales ordinarios no fueron creados, o ni siquiera desarrollados, para abarcar los preceptos más amplios de la resolución de controversias internacionales, los mismos que requieren un estándar flexible y orgánico que sea tanto inclusivo y además suficientemente estático para que pueda preservar e impulsar, como elementos definidores a la autonomía de parte, el consentimiento, la transparencia de estándares, la uniformidad, y el valor predictivo de las decisiones. Las debilidades endémicas en el régimen actual de base contractual son diáfanos y resaltantes. Inclusive la más básica de las “teorías tradicionales” demuestra ser inadecuada cuando es utilizada dentro del contexto de un arbitraje comercial internacional. Este dilema, verdaderamente cuadrado en el mundo del arbitraje, simplemente no puede ser objeto de conciliación.

Muy al principio, una rúbrica basada en el contrato, como es el caso del test de “principios tradicionales” del precedente *Thomson-CSF*, demuestra ser del todo inadecuada, si no es del todo inútil, al ser confrontada con firmes efectos vinculantes de una cláusula arbitral sobre partes no-signatarias, en la que las reclamaciones subyacentes se encuentran fundamentadas en causas de acción no contractuales y de

⁷⁴ Véase MARTINEZ-FRAGA, *supra* note 5, at 6-37.

⁷⁵ Véase casos citados *supra* note 16.

⁷⁶ La totalidad de decisiones analizadas se encuentran totalmente desprovistas de algún tipo de estándar de ponderación o de criterios por los que la política Federal sea del todo considerada. De hecho, en muchos de los casos analizados, la política Federal se encuentra excluida inclusive de referencias pasajeras. Véase casos citados *supra* note 16.

responsabilidad civil (*tort*)⁷⁷. La convexidad típicamente encontrada entre negocios que resultan en responsabilidad civil (*tort*), cuyas partes demandantes en contra de quienes tales alegaciones están dirigidas, y el contrato sobre el que subyace, tienden a ser directas y relevantes. Sin embargo, tales relaciones simplemente no son identificables bajo un estándar de “*principio tradicional*” de *Thomson-CSF*. En términos simples, la construcción doctrinal es, en demasía, fundamentalmente limitada a proporcionar una normativa básica por la cual se pueda extender la aplicación de una cláusula arbitral a una parte no-signataria, bajo tales circunstancias.

En ninguna parte las debilidades endémicas del precedente *Thomson-CSF* parecen

ser tan resaltantes, sino que resaltan cuando son aplicadas a escenarios en los que una agencia, organismo o entidad relacionada a un determinado Estado (nos referiremos a esto como “instrumentalidad”) es signataria de un contrato que ha sido ejecutado bajo los auspicios del ministro político a cuyo cargo está la instrumentalidad (por ejemplo, el gobierno de turno) y, sin embargo, la aplicación de los “principios tradicionales” o de las “cinco teorías” restringen la determinación de identificar al Estado/Gobierno, que es parte-no signataria, pero cuyo accionar ha sido proactivo y en calidad de supervisor⁷⁸. Lejos de pretender sugerir que cada instrumentalidad de un Estado/Gobierno necesariamente vincula al referido Estado/Gobierno, en virtud a un análisis tradicional de contrato-agencia⁷⁹. La sugerencia que aquí

⁷⁷ Véase por ejemplo, *Bel-Ray Co., Inc. v. Chemrite (PTY) Ltd*, 191 F 3d 435 (3d Cir. 1999). En esta acción la Corte del Circuito Tercero de Apelaciones desestimó la decisión de la Corte Distrital, la misma que consideró que las partes no-signatarias de un convenio arbitral se encontraban obligadas a arbitrar, en virtud de los términos del contrato. De hecho, el Circuito Tercero sucintamente enmarcó la pregunta, para que sea determinada como “whether an employee or agent who did not agree to arbitrate can be compelled to arbitrate his personal liability on the basis of a commitment made by the corporation he serves.” Id. 445. Después de involucrarse en un análisis que examinó el test de *Thomson-CSF*, la Corte consideró que “[plaintiff-appellee] has tendered no authorities supporting its position. Nor has our own research revealed supporting authority. On the contrary, the authority that does exist suggests to us that the District Court erred in compelling the Individual Appellees to arbitrate.” Id. Este caso es ilustrativo porque una revisión más diligente de los registros de la Corte del Circuito Tercero de Apelaciones, tal como fue señalado por el mismo tribunal, sin considerar los “blinders” de los principios tradicionales del derecho contractual y de agencia, podría apoyar a las consideraciones de la Corte Distrital referentes a que quienes son Partes Apeladas Individualmente, para estar seguros que participaron, se debería haberlos forzado al arbitraje. De manera significativa, las Partes Apeladas Individualmente eran los “officers or directors as well as shareholders, of Chemrite”, el predecesor y la persona con interés con respecto a la corporación demandada. Estos individuos fueron acusados de haber conspirado una apropiación indebida “[appellees] technology and other proprietary information and intentionally defrauded [appellee] by leading it to believe that Lubritene [defendant-appellant] would abide by the Trade Agreements.” Id. at 438. Asimismo, las alegaciones señalaban que la corporación y los individuos que fueron demandados “marketed [plaintiff-appellant] products falsely under Lubritene’s trade name, and conversely marketed inferior Lubritene products under the [plaintiff’s] trade name thereby damaging [plaintiff’s] business reputation.” Id. Las reclamaciones fundamentales sobre las que se basaba la acción fueron “(i) unfair competition, (ii) fraud, (iii) misappropriation”, además de incumplimiento del contrato. Id. Significativamente, en ningún lugar la Corte del Tercer Circuito de Apelaciones consideró la conexión entre las reclamaciones alegadas y los individuos demandados con el contrato que contenía la cláusula arbitral motivo de la controversia. Ni siquiera una consideración superficial sobre la inextricabilidad de las reclamaciones alegadas, el objeto del asunto sobre el que el contrato se refería, y la relación entre el apelante individual y la compañía demandada, además de la entidad que precedió, ciertamente podría haber conllevado a la extensión de la cláusula arbitral.

⁷⁸ Véase por ejemplo, *Bridas Sapic et al. v. Government of Turkmenistan, et al.*, 345 F3d 347 (5th Cir. 2003). En ese caso, después de malgastar una gran cantidad de tinta en vez de realizar una indagación bajo un umbral básico que determine si la agencia es un concepto legal (“agency is a legal concept”), y, por ende, sujeto a una revisión plena o de revisión de los hechos que se encuentran regulados por un estándar de error claro, el Quinto Circuito rechazó la decisión de la Corte Distrital que señalaba que la instrumentalidad del apelante (*Turkmennest*) actuaba como un agente del Gobierno de Turkmenistán. Id at 358. La decisión de la Corte Distrital fue rechazada, aún cuando sus considerandos se basaron en la evidencia registrada, la misma que demuestra que la transacción controvertida fue aprobada por el Gobierno de Turkmenistán y completamente garantizada (“completely guaranteed”),

se pretende es que a pesar de la proliferación de tratados de inversión regionales y bilaterales, existen numerosas instancias en las que los flujos de capitales entre países exportadores de capital e importadores de capital, en virtud a las inversiones extranjeras que existen, simplemente no se encuentran reguladas por dichos tratados⁸⁰. Los “principios tradicionales” del derecho de contratación son inadecuados para los propósitos de afirmar, y mucho menos corregir, cuestiones que inevitablemente surgen de determinados acuerdos complejos de concesión, así como de otros contratos, que son típicamente ejecutados por las instrumentalidades de un determinado Estado/Gobierno. Estas transacciones usualmente requieren aprobación, supervisión, garantía y participación paralela del Estado/Gobierno, para

los propósitos de ejecución por parte de una soberanía, así como para el inicio de la relación, que se dan en la forma de emisión y administración de licitaciones (*request for proposal*, en su denominación en inglés). Las políticas que regulan al comercio internacional, al derecho internacional público y privado, así como a los principios que regulan el arbitraje comercial internacional, no pueden ser totalmente excluidos del análisis con la finalidad de aplicar un estándar más limitado, que, según nuestra percepción, no ha sido articulado para identificar este tipo de relaciones que son únicas y complejas. Una aproximación más equitativa y comprensiva, a los efectos de determinar la extensión de una cláusula arbitral a una persona que no es parte (no-parte) dentro de la configuración de instrumentalidad/

tal es así que el contrato de operaciones en parte señalaba que los intereses, derechos y obligaciones de Turkmenistán (“interests, rights, and obligations of Turkmenistan”) se encuentran representados por la Parte Turkmenia, y el Ministerio de Petróleo y Gas señaló por escrito que el Ministro representaba a Turkmenistán “the Ministry is the Turkmenian Party”. Id.

El Quinto Circuito, en su análisis, no incluyó consideración alguna que revirtiera los considerandos de la Corte Distrital basados en la aplicación de un test que tomó en consideración, entre otras cosas, la relación entre la parte no-signataria y los documentos operativos, las representaciones enviadas por la parte no-signataria, la naturaleza de la reclamación, y las políticas básicas referidas al comercio internacional y al arbitraje comercial internacional.

⁷⁹ Véase, por ejemplo, *InterOcean Shipping Co. v. Nat'l Shipping & Trading Co.* 523 F.2d 527, 539 (2d Cir. 1975), *Accord Hester Intern. Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 879 F.2d 170, 176, 180-181 (5th Cir. 1989) (holding that an instrumentality of Nigeria was not the Government's agent for purposes of an agreement between the instrumentality and an American corporation despite a guarantee by the Nigerian government for all loans necessary for offshore financing).

De hecho, algunos doctrinarios han notado inteligentemente como las complejidades de los acuerdos de concesión y de otros instrumentos jurídicos, que son necesariamente ejecutados por las instrumentalidades de los gobiernos, deben de ser considerados como elemento de constitución de una categoría distinta y separada de transacciones, precisamente porque las múltiples variables que se introducen por razón de la participación directa e indirecta de una soberanía o Estado en una determinada transacción. Véase por ejemplo, PETER D. CAMERON, *INTERNATIONAL ENERGY INVESTMENT LAW 62-68* (for discussion of the interaction among contract, legislation, and treaty law unique to contracts with states and/or their instrumentalities).

⁸⁰ Existen alrededor de 3000 tratados bilaterales de inversiones en vigor que buscan regular las relaciones económicas referentes a exportaciones de capital (países industrializados) e importaciones de capital (países en desarrollo). Véase JESWALD W. SALCUSE, *THE LAW OF INVESTMENT TREATIES 2* (2009). Mientras estas cuestiones de derecho internacional público están en continuo aumento, y son críticas tanto para los inversionistas como para los Estados receptores de inversiones, lo relevante de los procedimientos contenciosos internacionales se decide dentro del marco del derecho internacional privado, debido a que las premisas del arbitraje comercial internacional en los convenios arbitrales, involucran al consentimiento de las partes en vez de mantener un tratado bilateral o multilateral de inversiones. Véase por ejemplo, Christopher R. Drahozal, *Arbitration by the Numbers: The State of Empirical Research on International Commercial Arbitration*, 22 *ARB. INT'L* 291, 299 (2006) (“Published reports highlight some basic facts about the use of international arbitration and its growth over time. From 1993 to 2001, annual case filings with 11 leading international arbitration institutions almost doubled, from 1,392 cases per year to 2,628 cases per year. Over roughly the same time period, the cumulative number of treaty-based investment arbitrations before the World Bank's International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) has increased from only three through 1994 to 106 through November 2004.”).

soberanía, se encuentra representada por un análisis de tres niveles, que se basa sobre (i) la aplicación de los “principios tradicionales” (del test *Thomson-CSF*), (ii) el análisis de las “cláusulas inclusivas de la corte” (“*court-inclusive clauses*”) en los contratos o acuerdos operativos, para determinar si todas las partes han contemplado la extensión de la cláusula arbitral a que sea posiblemente incluida sobre partes no-signatarias, (iii) debida consideración de la informal, pero relevante, relación entre la parte no-signataria y la transacción subyacente. El análisis de tres niveles, a su vez necesita ser considerado dentro del contexto de la política Federal a favor del arbitraje y de las exigencias propias del comercio internacional, particularmente dentro de un entorno de globalización económica. El test de *Thomson-CSF* no necesita ser del todo abandonado, pero cuando menos complementado y actualizado, de manera que pueda ser utilizado como un criterio que responda a las exigencias sustantivas de transacciones internacionales complejas, de la globalización económica, y de la resolución de controversias internacionales, todo esto dentro del marco del derecho internacional privado.

Transacciones comerciales internacionales complejas, que requieren de consideraciones tanto de políticas económicas y de resolución de controversias adicionales, no pueden ser simplemente circunscritas por los principios básicos del derecho contractual y de agencia para determinar la extensión de una cláusula arbitral a una parte no-signataria. Tal rigurosidad en los preceptos se constituye en una cuestión draconiana e insensible a los elementos multifacéticos de las transacciones comerciales y de las cuestiones de resolución de controversias que

traspasan las fronteras. El derecho contractual y de agencia “no son equiparables en naturaleza, pero tienen un origen contractual, y no necesariamente se inclinan a favor de la justicia”⁸¹ (traducción realizada por el autor)⁸². Adicionalmente, en el contexto de analizar si la instrumentalidad, que es parte signataria, vincula a una soberanía o Estado, que es parte no-signataria, es generalmente inapropiado realizar un análisis en base a la doctrina de levantamiento del velo societario/áster ego. En particular, la mayoría de este tipo de controversias no involucran cuestiones de fraude u otras predicaciones de comportamiento ilegal que son necesarias para un análisis desde la perspectiva de áster ego. De hecho, en tales situaciones es típicamente entendible que la instrumentalidad en el fondo se encuentra vinculada al Estado soberano, ya que dicha vinculación deriva del ejercicio de soberanía que realiza el Estado, y sólo tiene una existencia jurídica que es ficticia que se basa en que la junta que preside la instrumentalidad, en muchos paradigmas es relacionada a ministros y/o ministerios específicos. En esta misma línea, podría considerarse aberrante para una determinada soberanía el articular una instrumentalidad, involucrarse en una licitación internacional, hacer que una instrumentalidad entre en relaciones contractuales vinculantes, con la finalidad de solamente perpetrar un fraude. En consecuencia, al menos en estos escenarios, la construcción que se base en el levantamiento del velo societario/áster ego difícilmente proporcionará una alternativa más flexible a las remanentes teorías tradicionales que fueran enunciadas en el estándar de *Thomson-CSF*. De similar manera, una simple “teoría de la incorporación” puede dar lugar a mayores interrogantes que dicha teoría por sí misma

⁸¹ Véase *Bridas*, 345 F.3d at 359.

⁸² Versión original en inglés: “are not equitable in nature but contractual, and do not necessarily bend in favor of justice.”.

podrá aspirar a responder, en el caso de que sea aplicada a transacciones comerciales transfronterizas que son significativas en el universo entero de partes no-signatarias⁷⁸³. Una cuestión central para el desarrollo de una regulación que vincule a partes no-signatarias de una cláusula o convenio arbitral es realizar una inversión sobre el estándar actual que subordina a la política Federal a favor del arbitraje al derecho de contratos y de agencia.

4. UNA ALTERNATIVA A LA TEORÍA DEL ESTOPPEL: EXPLORANDO LA FALTA DE SIMETRÍA ENTRE UNA PARTE NO-SIGNATARIA QUE PRETENDE VINCULAR A UNA PARTE SIGNATARIA A UNA CLÁUSULA O CONVENIO ARBITRAL Y LA PROPOSICIÓN CONTRARIA

La aplicación de principios clásicos del derecho contractual para la determinación de la extensión de una cláusula arbitral, por la cual una parte no-signataria puede verse involucrada en un convenio arbitral, ha dado lugar a una política judicial que busca proteger a partes no-signatarias,

quienes podrían de otra forma verse compelidos a arbitrar según las circunstancias en las que ejecutar ello podría involucrar una violación del principio de *consentimiento*, el cual es central para los principios sobre los que se fundamenta el arbitraje comercial internacional⁸⁴. La proposición general afirma, tal como los argumentos lo establecen, que la teoría de estoppel alternativo “aplica sólo para evitar que una parte signataria evite el arbitraje con una parte no-signataria, en aquellos casos en que las cuestiones que la parte no-signataria busca resolver mediante arbitraje se encuentran entrelazados con el acuerdo o contrato que la parte vinculada por sus actos propios ha suscrito⁸⁵ (traducción realizada por el autor)⁸⁶. Presumiblemente esta doctrina ha sido desarrollada porque el arbitraje se encuentra regulado por principios contractualistas, y, por ende, “una parte signataria no puede vincular a una parte no-signataria, por los actos propios que esta última haya realizado, para que sea sujeto de arbitraje, independientemente de qué cercana sea la afiliación de la parte no-signataria con cualquier otra parte signataria⁸⁷ (traducción realizada por el autor)⁸⁸. Un sostenido escrutinio demuestra que esta política no

⁸³ Véase por ejemplo, *Intertec Contracting A/S Intertec (Gibraltar) Ltd, et al v. Turner Steiner International, S.A.*, N° 98-CV-9116, 2000 WL 709004 (S.D.N.Y. May 31, 2000). (Holding that subcontract does not incorporate by reference the arbitration clause in a general contract between the parties thereby proscribing extension of arbitration clause to non-signatory in an international complex).

⁸⁴ La casuística aplicable enmarca la cuestión de manera diferente, al rephrasearlo en términos de una teoría de estoppel alternativo que sirve como elemento de viabilidad a una parte no-signataria para que vincule a una parte signataria a una cláusula arbitral, pero no para cuestiones inversas. Véase, por ejemplo, *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc.* 10 F3d 753, 757-58 (11th Cir. 1993), Cert. denied, 115 S.Ct. 190 (1994); *J.J. Ryan & Sons, Inc. v. Rhone Poulenc Textile, S.A.* 863 F2d 315, 320-21 (4th Cir. 1988); *McBro Planning & Dev. Co. v. Triangle Elec. Constr. Co.*, 741 F2d 342, 344 (7th Cir. 1984).

⁸⁵ Véase *Bridas*, 345 F.3d at 362 (referring to this alternate estoppel theory as the “Grigson version of estoppel.”) Cf. *Grigson*, 210 F.3d at 527.

⁸⁶ Versión original en inglés: “applies only to prevent ‘a signatory from avoiding arbitration with a non-signatory when the issues the non-signatory is seeking to resolve in arbitration are intertwined with the agreement that the estopped party has signed’”.

⁸⁷ Véase *MAG Portfolio Consultant, GMBH, v. Merlin Biomed Group LLC*, 268 F3d 58, 63 (2d Cir. 2001); *E.I. Dupont de Nemours & Co. v. Rhone Poulenc Fiber & Resin Intermediates, S.A.S.*, 269 F3d 187, 202 (3d Cir. 2001).

⁸⁸ Versión original en inglés: “a signatory may not estopp a non-signatory from avoiding arbitration regardless of how closely affiliated that non-signatory is with another signing party.”.

puede articularse con las exigencias que la globalización económica y las transacciones comerciales complejas demandan. A mayor abundamiento, al fallar en realizar dicha articulación, se vulnera materialmente a la política Federal a favor del arbitraje.

El tratamiento diferenciado que se da entre partes signatarias y no-signatarias de una determinada cláusula o convenio arbitral, en el que se pretende que la cláusula o convenio arbitral sea extensivo a partes no-signatarias, o que la misma sea utilizada por una parte no-signataria para ejecutar un procedimiento arbitral contra una parte signataria, no es definitivamente equitativo. Las tres premisas utilizadas para justificar este tratamiento injusto son intuitivamente interesantes, pero materialmente inutilizables. En la primera se afirma que dado que el arbitraje es una criatura que nace del contrato, el derecho contractual debe de tener preferencia sobre la política Federal a favor del arbitraje⁸⁹. En la segunda, también se ha profesado que las raíces profundas del arbitraje en el derecho contractual y con relación a los principios contractuales determinan que una parte signataria debe necesariamente ser impedida de extender una cláusula arbitral a una parte no-signataria, sin mayor justificación que el hecho de que la parte no-signataria no participó en la negociación, desarrollo y ejecución del contrato⁹⁰. La tercera establece que una parte no-signataria debe de ser privilegiado con la posibilidad de compeler a un procedimiento arbitral a una parte signataria en

cumplimiento de dicho contrato, dado que la parte signataria es una parte integral del acuerdo, y, por ende, debe de ser impedido de dicha cuestión en función del mismo mecanismo de resolución de controversias que la parte signataria ha negociado y posteriormente ratificado⁹¹.

Mientras que el arbitraje, para estar seguros, tienen su génesis en el principio del consentimiento, y, por ende, el derecho contractual y los principios aplicables, actualmente deviene en necesario que se trascienda tales principios y que se incorpore preceptos de derecho internacional, así como factores que directamente están relacionados con el comercio internacional. El arbitraje comercial internacional nunca más debería conllevar al lujo de suscribirse exclusiva o primariamente a “los principios ordinarios y tradicionales del contrato”, hacer ello sería equivalente a cegarnos un ojo y a no escuchar por un oído, con respecto a las complejidades diarias de transacciones comerciales y controversias transfronterizas. Pura “previsibilidad” o “proximidad al contrato, en virtud de ser suscribiente del mismo” no deberían de ser razones suficientes para los propósitos de otorgar a una parte no-signataria el derecho de interponer una reclamación arbitral contra una parte signataria en virtud a un convenio arbitral. En vez de ello, asumiendo que la parte no-signataria ha cumplido con los requisitos ordinarios relevantes, el test de tres niveles que aquí se ha señalado debe de ser considerado determinativo⁹².

⁸⁹ Véase *Fleetwood Enterprises, Inc. v. Gaskamp* 280 F3d 1069 (5th Cir. 2002).

⁹⁰ *Bridas*, 345 F.3d at 361.

⁹¹ Id., también véase J. Douglas Uloth & J. Hamilton Rial, *An Equitable Estoppel as a Basis for Compelling Non-Signatories to Arbitrate – The Bridge Too Far?*, 21 REV. LITIG. 593, 633 (2002) (arguing that “[i]t is more foreseeable and thus more reasonable, that a party that has actually agreed in writing to arbitrate claims with someone might be compelled to broaden the scope of his agreement to include others.”).

⁹² Véase *supra* Sección I.D.

De similar manera, el mismo estándar debería ser dispositivo con respecto a si una parte signataria podría extender la cláusula arbitral a una parte no-signataria⁹³. Esta jurisprudencia consistentemente ha aplicado una “conexidad” para determinar si la cuestión controvertida de la acción interpuesta se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la cláusula arbitral. Asimismo, los casos también confían en el caso *Thomson-CSF, S.A.* e igualmente tienden a resurgir la regla que establece que las cortes Federales “han sido proclives a limitar a una *parte signataria* la evi-

tación del arbitraje con una parte no-signataria, cuando las cuestiones que la parte no-signataria busca resolver mediante arbitraje, se encuentran interrelacionadas con el contrato o acuerdo que la parte a quien se limita su derecho ha suscrito⁹⁴ (traducción realizada por el autor)⁹⁵. Sin embargo, esta jurisprudencia no impone el Estoppel sobre una parte signataria proclive en la búsqueda de ejecutar un convenio arbitral sobre una parte no-signataria que no sea proclive a ello, en caso que la parte no-signataria no haya explotado conscientemente el acuerdo o contrato que contie-

⁹³ La proposición que establece que una parte no-signataria puede limitar a una parte signataria a que ejecute un convenio arbitral sobre la parte no-signataria, independientemente de qué cercana sea la afiliación de la parte no-signataria con otra signataria, manifiestamente pone en desventaja a la parte signataria y crea disparidades en aquellos casos en que el acuerdo o contrato operativo sea inclusivo y en aquellos casos en que la no-signataria se encuentre entrelazada con el acuerdo o contrato que es materia de controversia o con las partes signatarias. La doctrina del estoppel alternativo ha sido ampliamente adoptada por las Cortes de los distintos Circuitos. Véase por ejemplo, *Sourcing Unlimited, Inc. v. Asimco Intern., Inc.* 562 F.3d 38, 47 (1st Cir. 2008); *J.L.M. Industries, Inc. v. Stolt-Nielsen S.A.*, 387 F.3d, 163, 178 (2d Cir. 2004); *E.I. Dupont de Nemours & Co. v. Rhone Poulenc Fiber and Resin & Intermediates S.A.S.*, 269 F.3d 187, 199-202 (3d Cir. 2001); *J.J. Ryan & Sons, Inc. v. Rhone Poulenc Textile, S.A.*, 863 F.2d 315, 320-21 (4th Cir. 1988); *Grigson v. Creative Artists Agency, LLC*, 210 F.3d 524, 527 (5th Cir. 2000); *Javitch v. First Union Securities, Inc.*, 315 F.3d 619, 628-629 (6th Cir. 2003) (analyzing the alternative estoppel doctrine, even though it ultimately declined to extend the arbitration clause to the third party under the specific facts of the case); *Hughes Masonry Co., Inc. v. Greater County Sch. Bldg. Corp.*, 659 F.2d 836, 840-41 (7th Cir. 1981); *E.R.M. Energy Sys., Inc. v. Prime Energy, LLC*, 592 F.3d 830, 835 (8th Cir. 2010); *Mundi v. Union Sec. Life Ins. Co.*, 555 F.3d 1042, 1046 (9th Cir. 2009); *Allianz Global Risk U.S. Ins. Co. v. General Elec. Co.*, No. 10-55451, 2012 WL 689957, at *1 (9th Cir. 2012); *Lenox MacLaren Surgical Corp. v. Medtronic, Inc.*, 449 Fed. Appx. 704, 709-710 (10th Cir. 2011); and *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d 753, 757-58 (11th Cir. 1993).

⁹⁴ Véase, por ejemplo, *Sourcing Unlimited, Inc.*, 526 F.3d 38, 47 (1st Circuit 2008) (citando a *Thomson-CSF*, 64 F.3d at 779; *E.I. Dupont*, 269 F.3d at 199 (“[C]ourts have bound a signatory to arbitrate with a non-signatory at the non-signatory’s insistence because of the close relationship between the entities involved, as well as the relationship of the alleged wrongs to the non-signatory’s obligations and duties in the contract... [the fact that] the claims were intimately founded in and intertwined with the underlying contract obligations.”) (citas internas omitidas); *N.S. Dealer Serv. Corp. v. Franklin*, 177 F.3d 942, 947 (11th Cir. 1999) (articulando un test de reclamación de dos vertientes entrelazadas: “[e]xisting case log demonstrates that the equitable estoppel allows a non-signatory to compel arbitration in two different circumstances. First, equitable estoppel applies when the signatory to a written agreement containing an arbitration clause must rely on the terms of the written agreement in asserting its claims against the non-signatory. When each of the signatory’s claims against a non-signatory makes reference to or presumes the existence of the written agreement, the signatory’s claims arise out of and relate directly to the written agreement, and arbitration is appropriate. Second, application of the equitable estoppel is warranted when the signatory to the contract containing an arbitration clause raises allegations of substantially interdependent and concerted misconduct by both the non-signatory and one or more of the signatories to the contract. Otherwise the arbitration proceedings between the two signatories would be rendered meaningless and the federal policy in favor of arbitration effectively thwarted.”); *Int’l Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen*, 206 F.3d 411, 418 (4th Cir. 2000) (non-signatory asserting breach of contract and breach of tort claims under the contract could not avoid the arbitration agreement in the contract); *C.D. Partners, LLC v. Grizzle*, 424 F.3d 795, 799 (8th Cir. 2005) (“a willing non-signatory seeking to arbitrate with a signatory that is unwilling may do so under what has been called an alternative estoppel theory which takes into consideration the relationships of persons, wrongs, and issues...”) (citas internas omitidas).

⁹⁵ Versión original en inglés: “have been willing to estop a signatory from avoiding arbitration with a non-signatory when the issues the non-signatory is seeking to resolve in arbitration are intertwined with the agreement that the estopped party has signed.”

ne la cláusula arbitral⁹⁶.

Ciertamente, la teoría del estoppel alternativo, a pesar de su aplicación fundamentalmente injusta, es susceptible de ser observada desde una perspectiva más amplia, como una jurisprudencia que resalta y enfatiza un test más flexible de base no-contractual, cuyas premisas estarían sobre la base de (i) la relación entre las partes involucradas, (ii) las alegaciones operativas y su conexión con las obligaciones y tareas de la parte no-signataria, y (iii) el ámbito de las obligaciones que subyacen al contrato. La política Federal a favor del arbitraje podría encontrarse mejor servida inclusive con el test-entrelazado (*intertwined-test*) del Undécimo Circuito (estoppel alternativo), el cual sería aplicado igualmente a un patrón de hechos en el que la parte signataria proclive que pretende vincular a una parte no-signataria que no es proclive, con un contrato que contiene una cláusula arbitral, con la finalidad de iniciar un procedimiento arbitral contra ésta. Es igualmente relevante en el mantenimiento de los principios que subyacen sobre el arbitraje comercial internacional, para estructurar un test de base no-contractual que podría ser más ameno con la ingente complejidad y naturaleza orgánica que caracteriza a las transacciones y controversias transfronterizas. El tratamiento justo y equitativo de ambas partes, signatarias y no-signatarias, proclives en la pretensión de vincular a una entidad o persona en un procedimiento arbitral, representa un primer paso fundamental en el camino a lograr dicho esfuerzo.

5. CONCLUSIÓN


La política Federal favorecedora del

arbitraje no es capaz de ser utilizada cuando esta se subordina a los principios del derecho contractual y de agencia. Esta disonancia se perfila con mayor potencia, o más destacadamente, cuando trata sobre la extensión de la cláusula arbitral a un no-signatario. Es aquí que encontramos un resultado jurisprudencial que no es del todo equitativo respecto a los derechos que le corresponden tanto a partes signatarias como a no-signatarias. Asimismo, el procedimiento, enraizado en el derecho contractual y de agencia, al no tomar en cuenta las complejidades resultantes de un entorno internacional que ha integrado a la globalización económica, ha resultado en un esquema incapaz de poder ser aplicado de manera adecuada para cumplir con la política Federal anteriormente referida.

El paradigma a ser aplicado necesita ser otro. Los valores determinantes tienen que ser invertidos y los principios comunes del derecho contractual y de agencia tienen que subordinados a la política Federal que favorece el arbitraje. En este sentido, una cuestión tripartita constituida por (i) incorporación de los cinco principios tradicionales enunciados en el caso *Thomson-CSF*, (ii) que comprenda un análisis sostenido de las cláusulas de inclusión del contrato o contratos subyacentes, y (iii) un elemento de “conectividad” o “inextricabilidad” que tome en cuenta la relación entre los alegatos expuestas y las partes del procedimiento, así como las ramificaciones de la política del arbitraje internacional y del comercio internacional (globalización económica), se constituirían en una respuesta que, en cambio, representa un punto de partida hacia una tendencia que sea del todo viable. En tal sentido, queda claro que el comercio

⁹⁶ Sólo cuando una parte no-signataria haya explotado el contrato subyacente, estará limitado de evitar el arbitraje que una parte signataria interponga. Véase, por ejemplo, *Wash. Mut. Fin. Group, LLC v. Bailey*, 364 F.3d 260, 267 (5th Cir., 2004); *Mundi v. Union Sec. Life Ins. Co.*, 555 F.3d 1042 (9th Cir. 2009).

internacional requiere que los principios de autonomía de partes o voluntad, consentimiento, uniformidad, transparencia de procedimientos y predictibilidad, se potencien dentro del marco de procedimientos contenciosos internacionales. Estos principios serían desvirtuados, salvo que se reemplace, en lugar de pautas inflexibles y rudimentarias que el derecho contractual y de agencia

establecen, por un esquema más flexible y orgánico pero lo suficientemente plasmado como para poder abarcar las realidades que el entorno económico actual demanda, y cuya plasmación también ha dado lugar a la formación de instituciones jurídicas multinacionales y sociedades complejas que también requieren el amparo del arbitraje internacional. 

LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS Y LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

RICHARD MARTIN TIRADO (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. El convenio arbitral y su formalidad. 3. Las partes no signatarias y la intervención de terceros en los procesos arbitrales. 3.1. Aspectos procesales. 3.1.1. Intervención voluntaria. 3.1.2. Intervención forzosa. 3.2. Aspectos sustantivos. 3.2.1. Incorporación por referencia. 3.2.2. Asunción. 3.2.3. Mandato. 3.2.4. Grupo de compañías o áter ego. 3.2.5. Estoppel equitativo. 4. La intervención de partes no signatarias y de terceros en la ley de arbitraje peruana: La extensión del convenio arbitral. 4.1. En el arbitraje nacional. 4.1.1. Participación de particulares. 4.1.2. Participación del Estado peruano. 4.1.2.1. Materias arbitrables. 4.1.2.2. Entidades públicas facultadas a intervenir como terceros en el arbitraje administrativo: El caso de los organismos reguladores. 5. Conclusiones.*



1. INTRODUCCIÓN

Puede parecer extraño que un administrativista se introduzca en los azarosos escenarios del arbitraje, pues tal como afirma ALFREDO BULLARD¹ el arbitraje y el derecho administrativo, parecen transitar por dos ramas opuestas. Sin desconocer la importancia de otras especialidades del derecho en el desarrollo e institucionalización del arbitraje, el derecho administrativo puede ofrecer una visión “desde adentro” de los fenómenos en los que se involucra el Estado

en aquellas controversias en las que participa activamente como parte contratante, parte no signataria o como un tercero interviniente.

Sin que ello implique un excesivo optimismo de nuestra parte, es necesario conocer la perspectiva administrativa desde un ángulo distinto, para así entender una nueva forma en la que se debe abordar el fenómeno de las controversias contractuales en las que participa el Estado, utilizando la vía arbitral.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Administrativo. Maestría en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima, Universidad San Ignacio de Loyola y ESAN. Agradezco la colaboración en el desarrollo del presente artículo de la señorita Patricia Vilcanqui Velásquez, adjunta de docencia en el curso Régimen de los Servicios Públicos y las Concesiones sobre Bienes Públicos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ BULLARD GONZALES, Alfredo. Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. En: La contratación pública, Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. pp. 1193-1242.

Las controversias que involucran la participación del Estado, normalmente implican determinar el terreno difuso de las materias arbitrables y la necesidad de discutir, el límite de las potestades administrativas aplicables a la solución de una controversia contractual.

En este sentido, estamos convencidos de que el escenario de las nuevas tendencias del arbitraje administrativo ha pasado a ocupar un lugar preponderante en el ordenamiento jurídico y no resulta ajeno a ninguna clase de operador del sistema. Si esta misma afirmación hubiera sido planteada hace algunos años, probablemente no hubiera tenido eco, puesto que la solución a problemas derivados de conflictos contractuales, se encontraba regulada en normas civiles y comerciales, que dominaban el debate en aquellas épocas.

A partir de la década de los 90 y por expresa disposición de los artículos 62 y 63 de la Constitución de 1993², estamos ante un escenario distinto, donde el Estado puede someter las controversias derivadas de sus relaciones contractuales con particulares e inclusive entre entidades públicas en sí mismas consideradas, a la vía arbitral.

El arbitraje como un mecanismo de

solución de controversias, se ha vuelto una realidad en el ámbito de las relaciones jurídicas que celebra el Estado. Los casos más emblemáticos y sensibles son los derivados de la Ley de Contrataciones del Estado, las normas de Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, y el régimen de las Asociaciones Público Privadas.

Una gran parte de la problemática que se suscita en el ámbito del derecho interno, se soluciona partiendo del supuesto que el Estado en sus relaciones contractuales reposa su actuación en un conjunto de entidades con distinta denominación. De acuerdo a ello, el concepto de Estado se concretiza en la noción de entidades que forman parte de la administración pública.

En cambio, en el ámbito del derecho internacional, la discusión es distinta, puesto que el Estado no acude a tribunales arbitrales internacionales en función de la actuación de sus organismos o entidades, sino por las obligaciones a las que se ha comprometido genéricamente como Estado, al margen de cuál sea la entidad que haya adoptado, tal o cual decisión en el ámbito del derecho interno.

La forma de actuación del Estado en

² Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor.

Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

el plano interno e internacional, determina pues, un rol distinto de sus entidades. En el caso del derecho interno, las entidades asumen el rol de sujetos de derecho específicos que actúan en función de sus normas de creación. La situación es distinta en aquellos casos en los que el Estado actúa como una sola organización, al margen de su composición interna.

Queda pues, claramente establecido que el Estado es uno en el ámbito del derecho internacional y es múltiple o disperso en el ámbito del derecho interno. En el caso del arbitraje interno y en especial, en los casos del “arbitraje administrativo”, es posible admitir la intervención una entidad estatal en calidad de parte contratante, parte no signataria e inclusive, admitir los supuestos de in-

tervención de entidades públicas como terceros en el marco de los procesos arbitrales.

2. EL CONVENIO ARBITRAL Y SU FORMALIDAD

El convenio arbitral es el origen del arbitraje. Según el numeral 1 del artículo 13° de la Ley peruana de arbitraje³, el convenio arbitral es un acuerdo mediante el cual, las partes deciden someter a arbitraje las controversias que surjan o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

Esta primera aproximación nos remite a considerar que el fundamento del convenio arbitral se basa en la autonomía de la voluntad⁴ y la libertad contractual⁵ de las perso-

³ Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado 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 la otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

⁴ Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

⁵ Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

(...).

nas, como derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En este sentido, el ordenamiento jurídico también, autoriza a las partes a sustraerse de la jurisdicción ordinaria, para poder decidir libremente qué controversias derechos disponibles puede someter ante un tribunal arbitral.

Este criterio, ha sido asumido también por SOTO⁶, quien señala al respecto lo siguiente:

“Siendo el arbitraje una institución que se funda en la autonomía privada y la libertad contractual de las partes, es mediante el convenio arbitral que los sujetos declaran libremente su voluntad de someter sus controversias a una jurisdicción extraordinaria y privada: el arbitraje, excluyendo por lo tanto la intervención de la jurisdicción del Poder Judicial.

Nótese que es el acuerdo de las partes (contenido en el convenio arbitral) el que constituye la partida de nacimiento del arbitraje, por lo que deberá entenderse que su sola celebración es requisito suficiente para arbitral. (...)”

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 6167-2005-HC/TC, ha definido la naturaleza del convenio arbitral del siguiente modo:

*15. (...) De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral.
(...)*

17. Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados.

En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y exclusivamente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

El convenio arbitral no sólo faculta a las partes a someter sus disputas ante tribunales arbitrales, sino también constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad de las personas que debe ejercerse dentro del marco constitucional vigente, por tanto no se puede transgredir los demás principios y normas constitucionales, tal como es el caso de los derechos fundamentales.

Estas exigencias de la Ley de Arbitraje, insisten en probar que las partes son efectivamente tales en el marco del convenio arbitral. En consecuencia, quienes no son partes o son terceros y en tanto ello no conste en un acuerdo escrito en el que se manifieste que forman parte o desean formar parte del convenio, no existiría, en principio, medio probatorio para considerarlos partes, más aún, cuando el arbitraje es del Estado. Las partes son únicamente las que constan

⁶ SOTO COÁGUILA, Carlos. El convenio arbitral en la ley peruana de arbitraje de 2008. En: Tratado de Derecho Arbitral. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, Tomo II. p. 622.

en el convenio arbitral, lo cual representa un problema al momento de necesitar la intervención de un tercero al proceso arbitral.

La lógica planteada en la Ley de Arbitraje no ha considerado cuáles deben ser las reglas para la participación del Estado en el arbitraje y menos aún para la participación de terceros. Por ello, resulta importante que se establezcan reglas de derecho administrativo para regular el arbitraje estatal y por tanto, también la intervención de terceros en este tipo de arbitraje, pues ello supondría otorgar garantías a los particulares sobre cuál es el rol del Estado en los arbitrajes en los que es parte o tercero.

3. LAS PARTES NO SIGNATARIAS Y LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN LOS PROCESOS ARBITRALES

Según BULLARD, las partes no signatarias del convenio arbitral son aquellas que siendo esencialmente tales, no han suscrito el convenio por algún motivo, de modo tal, que en función a criterios de vinculación económica y otros que serán explicados más adelante se podrá dilucidar la función de partes no signatarias⁷.

La referencia a los terceros, implica reconocer la participación en el proceso arbitral a personas que no son parte del convenio ni de una relación jurídica relacionada directamente al convenio. Se trata pues, de

personas que ineludiblemente se verán afectadas por efectos del ámbito subjetivo y objetivo del laudo, y por ende, para garantizar su eficacia es necesaria su participación⁸.

En términos generales, tal como indica BULLARD⁹, sólo pueden participar quienes “están invitados a la fiesta”, es decir, no todos pueden intervenir legítimamente en un proceso arbitral.

El convenio arbitral como bien es conocido, está constituido por el consentimiento de las partes de someter su controversia ante un tribunal arbitral; sin embargo, el ámbito de aplicación personal del convenio, es decir, la identificación de las personas que se vinculan por el mismo, dependerá de aquellas condiciones externas al convenio, silencios o presunciones. Por ello, existe la posibilidad de que una parte o un tercero, sin saberlo, estén vinculados por una cláusula arbitral¹⁰.

Un problema que se puede identificar con relación a este tema y que se deriva de la práctica arbitral es que normalmente no son bienvenidos los terceros en el arbitraje, dado que la naturaleza contractual del convenio arbitral y su eficacia entre las partes dificulta su aplicación a terceros, tal como indica FAVRE¹¹:

“However, third parties are much less welcome in arbitration proceedings than they are in court litigation. the

⁷ BULLARD GONZALES, Alfredo. Extensión del convenio arbitral. En: Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. Tomo I, 2011, p. 202.

⁸ LORCA NAVARRETE, Antonio María. La garantía de los sujetos del arbitraje y su jurisprudencia. Las partes y los árbitros. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010, p. 18.

⁹ BULLARD GONZALES, Alfredo. Op. cit., p. 202.

¹⁰ VULLEMIM, Jean-Marie. La extensión de la cláusula arbitral a terceros ¿Cláusula arbitral versus convenio arbitral? En: Spain Arbitration Review. Revista del Club Español de Arbitraje, 2009, p. 55.

¹¹ FAVRE-BULLE, Xavier. Intervention of third parties and amicus curiae: whose amicus? En: Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales. Colombia: Legis Editores, 2007, p. 305.

contractual nature of comercial arbitration poses serious difficulties, as it is legally delicate to attract in the proceedings a third party who is not a party to the original arbitration agreement”.

Este tema es particularmente complejo al momento de evaluar la posibilidad de extender el convenio arbitral a partes no signatarias en procesos en los que el Estado es parte o en los que podría extender el convenio a la participación del Estado, bajo alguna de las entidades que forman parte de su estructura.

3.1. Aspectos procesales

Es interesante conocer que además de la postura contractualista acerca de la extensión del convenio arbitral a terceros y partes no signatarias, existe una postura que, sin desconocer a la primera, señala la existencia de un carácter netamente procesal en la intervención de terceros.

La postura sostenida por BULLARD es absolutamente correcta, cuando afirma que la extensión del convenio arbitral sólo se da entre auténticas partes sean signatarias o no¹²; sin embargo, existe otra postura que plantea el carácter procesal de la intervención de terceros y de partes no signatarias en el arbitraje, que no es incompatible con la primera.

De ambas posturas, se debe recordar que si bien por un lado, las partes no signatarias son auténticas partes, no se puede negar el hecho que existan terceros que no son partes del convenio arbitral, pero tienen

un interés legítimo para participar en el arbitraje.

En cuanto a las reglas procesales para la incorporación de los terceros al proceso arbitral, es necesario considerar que deberán ser definidas por acuerdo de las partes o según disponga el tribunal arbitral. En otras palabras, en la medida que los derechos o intereses legítimos del tercero, dependen de la suerte de una de las partes, se requiere además, la aceptación de las partes o la disposición del tribunal arbitral, a efectos de que se adhiera correctamente el tercero ajeno al arbitraje¹³.

Es posible identificar también algunos tipos de intervención de terceros en el arbitraje, como por ejemplo:

3.1.1. La intervención voluntaria

La intervención voluntaria del tercero se da cuando ya sea por un interés legítimo o por la afectación a un derecho sustantivo, el tercero solicita incorporarse al proceso arbitral, con la finalidad de defender sus intereses afectados, ya sea por una de las partes o por el laudo.

El tercero por iniciativa propia decide incorporarse al arbitraje, previamente sustentado su interés legítimo y con la aceptación de las partes y posterior integración del convenio arbitral.

3.1.2. La intervención forzosa

La intervención “forzosa”¹⁴ en el arbitraje, se da cuando el tercero no interviene por iniciativa propia, sino por iniciativa de

¹² BULLARD GONZALES, Alfredo. Op. cit., p. 203.

¹³ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. La independencia e imparcialidad del árbitro. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal. 2009, pp. 10-11.

¹⁴ En este punto, se debe indicar que si bien denominamos este tipo de intervención “forzosa”, ello se debe la necesidad imperativa del tercero de intervenir en el proceso arbitral.

las partes o del tribunal arbitral.

En el primer caso, una de las partes del convenio arbitral promueve la intervención del tercero con el fin de que tenga participación con la emisión del laudo, dado que entre ambos existe una relación jurídica o un nexo jurídico y porque las actuaciones arbitrales involucran al tercero también.

En el segundo caso, por disposición del tribunal arbitral y de las partes, el tercero con interés legítimo para intervenir en el arbitraje, debe incorporarse para tener participación en las actuaciones arbitrales y en la decisión final o laudo.

3.2. Aspectos sustantivos

Según RESTREPO, existen dos tendencias para determinar en qué supuestos corresponde o no incorporar al tercero y a las partes no signatarias a un proceso arbitral.

La primera, plantea la integración del tercero o la parte no signataria al proceso arbitral sólo bajo circunstancias específicas, cuando, si bien no ha firmado el convenio arbitral, su consentimiento debe quedar claramente establecido, pues la participación en un proceso arbitral implica la renuncia, por voluntad de las partes, del derecho constitucional a la jurisdicción ordinaria¹⁵.

La segunda, plantea un ámbito de aplicación mucho más amplio del convenio arbitral a un tercero, en el cual, a partir de la redacción de la cláusula y las circunstancias se puede presumir que el tercero era consciente de la existencia de la misma, por lo que no existiría ningún impedimento para aplicar el pacto.

Sobre ambas tendencias se puede afirmar que, mientras la primera reconoce al consentimiento o la voluntad del tercero como elemento trascendental para su inclusión en el proceso arbitral; la segunda, en función de una presunción del conocimiento de la cláusula arbitral que dependerá de cada caso en concreto, adhiere al tercero al proceso arbitral.

La jurisprudencia internacional, de las cortes y tribunales de distintos países que recurrentemente han admitido la integración de terceros a los procesos arbitrales, sin considerar que ellos quisieron o no formar parte del mismo¹⁶.

Las teorías establecidas por los tribunales internacionales, según RESTREPO son cinco:

1. *Incorporación por referencia*
2. *Assumption*
3. *Mandato*
4. *Grupo de compañías o alter ego*
5. *Estoppel equitativo*

3.2.1 Incorporación por referencia

Según RESTREPO, la incorporación por referencia es un caso en el que se tiene una cláusula arbitral incorporada a diversos acuerdos que se derivan del contrato principal, mediante referencias a dicha cláusula a fin de no tener que redactarlas de nuevo.

En este caso, a su vez, existen dos situaciones concretas, en las que se incorpora al proceso arbitral al tercero:

- (i) Cuando, el tercero hace un acuer-

¹⁵ RESTREPO OROZCO, Daniella. Op. cit., p. 55.

¹⁶ *Ibidem*.

do separado con una de las partes y en el acuerdo se incorpora una cláusula arbitral por referencia.

(ii) Cuando, la cláusula arbitral haga una referencia al tercero o a un acuerdo secundario que tenga relación con él.

Las cláusulas arbitrales por referencia, así como el conocimiento que el tercero puede tener del asunto en controversia por lo “usual” del caso, son criterios que normalmente se utilizan para determinar la incorporación de terceros al proceso arbitral.

3.2.2 Asunción

Según esta teoría, se puede admitir al proceso arbitral a un tercero, siempre que su conducta permita deducir que su intención era la de asumir las obligaciones del arbitraje.

Por ejemplo, cuando los trabajadores de una empresa designan a un comité y estos a su vez a un representante para demandar en un proceso arbitral, a la empresa en la que los primeros trabajan, se denota que si bien los trabajadores no necesariamente firmaron un pacto arbitral, en función de la actitud de los demandantes, se puede deducir su amplia voluntad de participar en el proceso.

Otro ejemplo de este tipo de casos, citado por RESTREPO, es cuando existe un acuerdo arbitral entre una empresa que es parte de otra principal, que hace presuponer que la subsidiaria conocía de tal acuerdo, pues nunca lo objetó y que por ende, válidamente la vincula al proceso

arbitral¹⁷.

3.2.3 Mandato

Esta teoría parte del contrato de mandato en virtud del cual, el mandante concede al mandatario la capacidad de realizar algunos actos o negocios en representación del primero, de tal forma, que el mandatario que firme un acuerdo arbitral en representación de su mandante quedará vinculado, sólo si o revela a la otra parte que el pacto arbitral ha sido firmado en representación del mandante¹⁸.

De igual forma, el mandatario que se extralimite en sus funciones podrá quedar vinculado al arbitraje, por ello es importante que cuando un representante firme en nombre de otra persona, establezca en el contrato de mandato, la naturaleza y el alcance de las funciones que va ejercer¹⁹.

Según RESTREPO se ha establecido que no puede extenderse el convenio arbitral a los mandatarios en base al contrato de mandato. Por el contrario, ello puede ocurrir si el mandatario presenta alegaciones directamente vinculadas al convenio arbitral.

3.2.4 Grupo de compañías o “alter ego”

Según RESTREPO, esta teoría admite la posibilidad de integrar a un individuo u organización al proceso arbitral sin necesidad de que hayan firmado el convenio arbitral, debido a la interrelación existente entre el tercero y una compañía signataria del pacto.

En otras palabras, cuando la relación

¹⁷ RESTREPO, Daniella. Op. cit., p. 57.

¹⁸ RESTREPO, Daniella. Op. cit., p. 58.

¹⁹ Ibidem.

corporativa entre una empresa principal y una subsidiaria es muy estrecha, podría suceder que una tenga que responder por las acciones de la otra en un proceso arbitral.

Se han previsto dos situaciones en las que los tribunales han admitido que se extienda el velo corporativo para poder vincular a una empresa no signataria del convenio arbitral²⁰:

- (i) Cuando el grupo de empresas ha cometido o ha intentado cometer algún fraude u otra conducta reprochable; y,
- (ii) Cuando, la empresa principal controla todas las actuaciones de la empresa subsidiaria que firmó el convenio arbitral.

3.2.5 Estoppel equitativo

Esta teoría, de acuerdo con RESTREPO, tiene la finalidad de impedir que una parte utilice la figura del tercero, aceptando su intervención cuando se pueda beneficiar, pero rechazándola en los aspectos desfavorables²¹.

Según la citada autora, esta teoría admite dos posibilidades:

- (i) Cuando el tercero invoca a una parte del convenio para que ingrese al proceso arbitral; y,
- (ii) Cuando la parte del convenio llama al proceso al tercero.

Un ejemplo del primer caso es cuando un tercero ligado a una de las partes del

proceso arbitral, se niegue al arbitraje; sin embargo, resulta que los asuntos que pretenden resolver o sobre los cuales debe ejecutar acciones, se encuentren ligados al acuerdo arbitral²².

En el segundo supuesto, el tercero no puede desconocer el pacto arbitral si sus alegatos se vinculan a los argumentos que la parte del convenio arbitral pretende someter al arbitraje. Por ejemplo, dos empresas A y B tienen un contrato separado con un mismo cliente para realizar dos prestaciones relacionadas al mismo proyecto.

4. LA INTERVENCIÓN DE PARTES NO SIGNATARIAS Y DE TERCEROS EN LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA: LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

Las teorías antes indicadas pueden ser de aplicación en el ordenamiento jurídico peruano por disposición expresa del artículo 14 de la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071, el mismo que a la letra nos indicia:

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

²⁰ RESTREPO, Daniella. Op. cit., p. 59.

²¹ RESTREPO, Daniella. Op. cit., p. 62.

²² RESTREPO, Daniella. Op. cit., p. 64.

La extensión del convenio arbitral se justifica en la medida que los efectos del laudo, en su calidad de cosa juzgada, pueden afectar, beneficiar o perjudicar los derechos de terceros y de las partes no signatarias que se encuentran vinculados por el objeto o la materia controvertida del arbitraje.

El argumento antes indicado se justifica según YÁÑEZ²³, en la naturaleza de la cosa juzgada:

La tesis de la cosa juzgada, que se extiende subjetivamente en determinados casos, se dificulta con el arbitraje y la autonomía de la voluntad que alza como delimitadora inexorable. (...) El laudo tiene eficacia inter partes, pero en otros supuestos puede tener alcance general.

Más allá de lo que se pudiera interpretar literalmente de la citada norma, ésta no busca incorporar a terceros al proceso arbitral, sino que permite la incorporación de partes, quienes a pesar de no haber suscrito el convenio arbitral, son partes del mismo. En otras palabras, si bien los no signatarios, no habrían firmado o sido mencionados en ninguna cláusula por alguna razón, ello no les quitaría la condición de partes del proceso arbitral²⁴.

Desde el momento en que el ámbito del convenio excede a las partes y requiere que en las actuaciones arbitrales se incorpore al tercero, se pierde la naturaleza exclusivamente contractual del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, configurándose un carácter procesal, que en palabras de LORCA

NAVARRETE²⁵ puede describirse del siguiente modo:

(...) la intervención del “tercero” en el arbitraje, al tiempo que va a poseer una justificación procesal, no deja de ser negocial. Así que el arbitraje, al tener su origen en el convenio arbitral, solo quienes lo han suscrito pueden hallarse afectados por su procedibilidad. Son propiamente, las partes en las actuaciones arbitrales. Por ello, terceros que no expresan su voluntad de someterse a arbitraje no son partes en el arbitraje, salvo que sean llamados para asumir una posición parcial con su consentimiento y el de las partes en las actuaciones arbitrales. Manifestación de consentimiento que debe originar una verdadera y propia integración del convenio arbitral que, por tal razón ha de observar los requisitos de forma extrínseca y de contenido formal del mismo. (El énfasis es nuestro).

En este sentido, se puede advertir que el carácter contractual y procesal del artículo 14 resulta de suma utilidad cuando se trata de incorporar a los terceros al arbitraje, pues, siguiendo al citado autor, en primer lugar, es indispensable hacer prevalecer la voluntad de las partes sobre cualquier formalidad; luego, contar con la aceptación del tercero y finalmente, seguir la secuencia procesal adecuada para efectos de la incorporación del tercero al arbitraje.

Un eventual desconocimiento del tercero puede implicar el desconocimiento de su derecho fundamental al debido proceso y

²³ YÁÑEZ VELÁSICO, Ricardo. Comentarios a la nueva ley de arbitraje. Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2004, p. 270.

²⁴ BULLARD GONZALES, Alfredo. Op. cit., p. 202.

²⁵ LORCA NAVARRETE, Antonio María. La garantía de los sujetos del arbitraje y su jurisprudencia. Las partes y los árbitros. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010, pp. 18-19.

los derechos conexos como el de defensa y de tutela judicial efectiva, los cuales se circunscriben a toda clase de procedimientos administrativos e incluso a procesos arbitrales, tal como indica el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 4972-2006-AA/TC²⁶:

18. (...) los criterios de control constitucional que suelen invocarse en el caso de procesos constitucionales contra resoluciones judiciales. Lo dicho, en otras palabras, quiere significar que así como ocurre respecto de otras variables jurisdiccionales, y principalmente de la judicial, en el caso del supuesto examinado, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predefinida, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (Artículo 4).

Es evidente que la emisión de un laudo que desconoce la participación del tercero contraviene derechos indisponibles como el debido proceso y de defensa. En tal sentido, el afectado puede optar por el proceso de amparo para resguardar sus derechos y, en consecuencia, el referido laudo puede tener problemas en su efectividad. Esto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 00142-2011-PA/TC²⁷:

Supuestos de procedencia del amparo arbitral

21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

(...)
c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N.° 1071.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 4972-2006-AA/TC, de fecha 4 de agosto de 2006, sobre la acción de amparo interpuesta por Corporación Meier S.A.C contra Aristocrat Technologies INC y Aristocrat International PTY Limited.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00142-2011-PA/TC, de fecha 21 de setiembre de 2011, sobre la demanda de amparo interpuesta por la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda, contra Luis Humberto Arrese (árbitro único)

Con relación a este caso es importante indicar, que actualmente, los amparos vienen siendo interpuestos contra el Tribunal Arbitral, cuando estos no son partes del convenio original ni del convenio arbitral, sino las personas a quienes designan las partes para la solución de sus conflictos. Por ello, la demanda no debería estar dirigida hacia el tribunal arbitral, sino hacia las partes.

los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

Para evitar estas circunstancias y garantizar el derecho de defensa del tercero, su intervención ha sido reconocida en los reglamentos de diversas instituciones que administran arbitrajes en el Perú, tales como el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, tiene como regla la no participación de terceros en el expediente o las actuaciones arbitrales;

sin embargo, admite la posibilidad de que estos participen en el arbitraje, siempre que las partes manifiesten su autorización para ello por escrito²⁸, asimismo, se admite la posibilidad de que los terceros puedan designar a los integrantes del tribunal arbitral²⁹.

Por su parte, el Centro de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, establece como regla general, la exclusión de los terceros; sin embargo, admite su participación cuando las partes lo autorizan expresamente por escrito, debiéndose cumplir las normas de confidencialidad fijadas por el Centro³⁰.

Con la finalidad de desarrollar el problema planteado, a continuación se describirá brevemente el concepto y características principales del arbitraje nacional y así, poder evaluar en cada supuesto cómo participan los particulares y el Estado en este tipo de procesos.

4.1. En el arbitraje nacional

²⁸ El artículo 14 que establece las reglas para la confidencialidad en el arbitraje, señala lo siguiente respecto de los terceros:

4. Los terceros ajenos al arbitraje están impedidos de tener acceso a los expedientes y a las audiencias, salvo autorización expresa y escrita de ambas partes. Por excepción, el Tribunal Arbitral podrá autorizarlos, siempre que medie causa justificada. En cualquier caso, los terceros deberán cumplir con las normas de confidencialidad establecidas en este artículo, estando sujetos a las sanciones contempladas en el Código de Ética del Centro.

²⁹ El artículo 1 que establece las definiciones que deberán ser consideradas en el arbitraje, define al "Tribunal Arbitral", así como quiénes pueden nombrarlos.

Tribunal Arbitral: Órgano colegiado o árbitro único designado para resolver una controversia sometida a arbitraje administrado por el Centro.

Puede estar integrado por árbitros incorporados en el Registro de Árbitros del Centro o por árbitros que, sin formar parte de dicho Registro, sean designados por las partes o terceros, en las condiciones previstas en este Reglamento.

³⁰ Confidencialidad

Artículo 36.-

Las actuaciones arbitrales son confidenciales. Los árbitros, funcionarios del Centro, los miembros de la Corte de Arbitraje, peritos, las partes, sus representantes legales, su asesores, abogados, o cualquier persona que haya intervenido en las actuaciones arbitrales se encuentran obligados a guardar reserva de la información relacionada con el proceso arbitral, incluido el laudo.

(...)

Los terceros ajenos están impedidos de tener acceso a las actuaciones arbitrales, salvo autorización de ambas partes. Sin embargo, el tribunal arbitral puede autorizarlo, de mediar causa justificada. En este caso, los terceros deberán cumplir con las normas de confidencialidad establecidas en el presente Reglamento, quedando sujetos a las sanciones que ese contemple.

El arbitraje nacional es aquel que se desarrolla en el territorio nacional de un Estado, de acuerdo a sus normas, principios y cuyo laudo podrá surtir efectos sólo a nivel nacional, es decir que no afectará la soberanía de otros Estados.

En el Perú, las reglas aplicables al arbitraje nacional e internacional y otras clasificaciones son las contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, la cual establece entre otros supuestos, la participación del Estado peruano.

Asimismo, las peculiaridades del arbitraje nacional responden a la diversidad de materias que pueden ser arbitrables, siendo estas las indicadas en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje:

Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Las materias de libre disposición son aquellas que no afectan derechos fundamentales y recaen sobre derechos patrimoniales

y las que no se encuentran restringidas por normas de derecho público, como el denominado *ius imperium* del Estado.

Esta premisa nos permite diferenciar dos aspectos importantes en los que se desarrolla la “libre disposición de las partes”. Uno de ellos, es el caso de relaciones jurídicas patrimoniales de carácter público y la otra, corresponde a las relaciones jurídicas patrimoniales de carácter privado.

4.1.1 Participación de particulares

En el caso de personas naturales y jurídicas no estatales, que sean partes de un arbitraje nacional, las materias de libre disposición son aquellas que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, han decidido someter a arbitraje. Esto quiere decir, que existe un límite a la autonomía de la voluntad, que según LANDA ARROYO³¹ es:

“(...) la capacidad residual de las personas frente al Estado de regular sus intereses y relaciones de conformidad con su libre albedrío.

Este principio (...) constituye un instrumento que no puede ser incompatible con los valores y principios de un Estado constitucional y democrático de derecho, si se considera que dos elementos consustanciales de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de derechos fundamentales. En este sentido, el principio de autonomía de la voluntad de las partes admite límites derivados de la fuerza normativa de la Constitución y de la eficacia de los derechos fundamentales en las rela-

³¹ LANDA ARROYO, César. El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Themis N° 53, 2007, p. 31.

ciones entre particulares”.

Ahora bien, cuando un tercero interviene en el marco de un proceso arbitral que se desarrolla en el territorio nacional y cuya controversia recae sobre asuntos de libre disposición, se deberá observar si esta intervención cumple con los requisitos del artículo 14, y si puede ser considerado “parte no signataria”, a fin de validar su intervención en el proceso arbitral. En otras palabras, la situación se define de acuerdo a cada caso concreto. No hay mayor problema ni discusión, salvo las planteadas en el marco introductorio.

4.1.2 Participación del Estado peruano

Antes de analizar la participación del Estado peruano en arbitrajes nacionales en calidad de tercero, se debe analizar cuál es el rol que el ordenamiento jurídico le ha asignado, considerando en primer lugar las materias arbitrables, según la Ley de Arbitraje.

Agotado el primer punto, se deberá analizar el caso de la intervención de entidades públicas en calidad de terceros, tomando en consideración si están facultadas para poder someter sus controversias a arbitraje.

4.1.2.1. Materias arbitrables

Las materias en el arbitraje nacional “*de libre disposición*” cuando una de las partes en un arbitraje es el Estado peruano, no puede entenderse en la misma lógica que

los arbitrajes entre particulares. Las entidades que conforman al Estado, en principio no tienen el mismo sentido para afirmar la “autonomía de la voluntad” de sus decisiones ni tienen materias de “libre disposición” en los mismos términos que los particulares, pues se sujetan en sus actuaciones al principio de legalidad.

Este criterio es compartido por autores como SALCEDO, CASTILLO y SABROSO, quienes afirman que a diferencia de los particulares, las entidades públicas no pueden realizar sino lo que está expresamente permitido por la Ley, por lo que en materia de arbitraje, la ausencia de dicha habilitación implica la invalidez del pacto arbitral³².

Esta regla, normalmente invocada como un principio en la actuación de la Administración Pública, no es absoluta. En efecto, existen diferencias que han sido reconocidas por la doctrina y que normalmente se conocen como los actos de *ius imperium* y actos de *ius gestionis*³³.

Los primeros están referidos a la actuación del Estado en el marco de normas de derecho público, es decir, todas aquellas que se emiten por mandato de la Ley. En este sentido, los actos de *ius gestionis* son aquellos que se realizan en el marco de la gestión comercial o empresarial, la cual ha tenido que ser previamente habilitada por la Ley³⁴.

Tal como indica SANTISTEVAN DE NORIEGA³⁵, la mayoría de actuaciones estatales son expresión del *ius imperium* estatal.

³² CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRÁN. Lima: Palestra, 2011, p. 77.

³³ *Ibidem*.

³⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Op. cit., pp. 78-79.

³⁵ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Arbitraje del Estado peruano. En: Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. Tomo I, 2011, p. 37.

Por ello, el Estado no se podría permitir generar actuaciones propias del tráfico comercial de las relaciones jurídicas entre particulares, salvo por habilitación legal.

En este contexto, los particulares y el Estado no pueden equilibrar sus facultades y poderes, salvo nominativamente para determinados casos, como por ejemplo en las contrataciones de bienes y servicios.

Con respecto a ello, el artículo 4 de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

Artículo 4.- Arbitraje del Estado Peruano.

1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.

2. Las controversias derivadas de

los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.

3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.

4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.

5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

La distinción antes indicada se desprende de los artículos 2 y 4 de la Ley de Arbitraje y de los artículos 62 y 63 de la Constitución³⁶. Se trata en rigor, de los contratos que el Estado está facultado a celebrar con particulares, en el margen de una habilitación legal, y que por ende, constituyen materias arbitrables.

En este sentido, tal como indica

³⁶ Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor.

Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

QUIÑONES ALAYZA³⁷, en el caso de los contratos estatales, la materia arbitrable no se determina en función de su “disponibilidad” o del orden público sino por la existencia de una habilitación legal para someterla al arbitraje.

Ahora bien, no todos los contratos y tampoco todos sus extremos son arbitrables, porque el Estado no puede dejar de ser Estado. Por ello es conveniente interpretar la citada norma con el numeral 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje, que delimita para el Estado sus “materias de libre disposición”, indicando que son todas aquellas que la ley y tratados internacionales autoricen.

Del mismo modo, los artículos 2 y 4 de la Ley de Arbitraje, en concordancia con los artículos 62 y 63 de la Constitución, cumplen con dar coherencia al marco legal y jurídico en el caso de las controversias que el Estado somete a la vía arbitral, autorizando al Estado someter a dicha alternativa, las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados por las entidades estatales. Por tal motivo, en principio todos los contratos suscritos por el Estado peruano, que a su vez hayan sido autorizados por Ley, podrán ser materia arbitrable³⁸.

En el caso de los contratos de concesión de obras públicas de infraestructura

y de servicios públicos, la explicación que define la materia arbitrable no puede ser tan sencilla, pues, tal como indica QUIÑONES ALAYZA³⁹:

La única restricción a tener en cuenta, para los contratos de concesión, es la prevista en el citado artículo 17 de la ley de Concesiones: que debe tratarse de una controversia de carácter “patrimonial”. Este límite podría traducirse en que no es susceptible de ventilarse en el fuero arbitral la validez del acto administrativo, ni las atribuciones de imperio de la contraparte estatal. Pero sí cualquier disputa relativa tanto a las “actuaciones u omisiones de la validez, eficacia, ejecución o interpretación” del contrato de concesión como por supuesto, las consecuencias patrimoniales que el incumplimiento de su contraparte ocasione a la parte afectada.

Las normas que regulan las materias arbitrables en materia de concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, son el artículo 17 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM⁴⁰, Ley de Concesiones y el artículo 10° del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, Decreto Supremo N° 146-2008-

³⁷ QUIÑONES ALAYZA, María Teresa. Arbitraje, ius imperium y contratos de concesión. En: Revista Internacional de Arbitraje. Junio – Diciembre 2004. pp. 201-215.

³⁸ Este mismo criterio ha sido compartido por la Dra. Milagros Maraví, quien afirma lo siguiente:

“Respecto de la materia de libre disposición como señala Santistevan, es “(...) indispensable leer la referencia a las materias disponibles conforme a derecho que contiene el artículo 2 del DL 1071 a la luz de la habilitación constitucional para arbitrar prevista en el artículo 63 de la Constitución que se refiere expresamente a la arbitrabilidad objetiva de las controversias que surjan de los contratos que celebre el Estado para concluir que la única manera de asimilar las materias de libre disposición que ejercen los particulares con las materias sujetas a contratación en el campo estatal. Lo que el Estado contrata, a mi juicio, debe homologarse a lo que los particulares disponen libremente para efectos arbitrales. MARAVÍ SUMAR, Milagros ¿Son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores? En: Derecho y Sociedad N° 36, Lima julio 2011. p. 54.

³⁹ QUIÑONES ALAYZA, María Teresa. Op. cit., p. 206.

⁴⁰ Artículo 17.- Los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no

EF⁴¹, las cuales a partir de una interpretación sistemática, permiten entender tal como señala QUIÑONES, que *no son materia arbitral las decisiones de la Administración en ejercicio de una atribución que no tenga como fuente al contrato sino a una norma legal.*

4.1.2.2. Entidades públicas facultadas a intervenir como terceros en el arbitraje administrativo: El caso de los organismos reguladores

Una vez expuesto el problema respecto a las materias arbitrables en los procesos en los participa el Estado ¿cuál es la relación que existe entre materias arbitrables e intervención de terceros?

La respuesta es clara, pues se debe definir la materia de la controversia para poder determinar quiénes son partes no signatarias del arbitraje. Por ende, si no hay claridad respecto de la materia que se somete a arbitraje, no se podría determinar quién es un tercero o una parte no signataria del convenio arbitral.

En este sentido, si se logra identificar las materias arbitrables, seguidamente, las preguntas que surgen son *¿quiénes pueden ser terceros y partes no signatarias en los arbitrajes estatales? y ¿bajo qué criterios intervienen los terceros estatales en el arbitraje?*

Las organizaciones que forman parte de la estructura del Estado y que pueden intervenir en un arbitraje, deben ser calificadas como “entidades públicas”. Si bien ello podría parecer una tautología, tiene una utilidad esencial que responde a la necesidad de identificar quiénes son y quiénes no son entidades públicas del Estado peruano.

En los supuestos en los que se trata de incorporar a una entidad del Estado como tercero, no sólo se debe volver a analizar las materias arbitrables que resultan aplicables, sino que también, debe evaluarse si la materia sometida a la vía arbitral, cuenta con la habilitación legal pertinente si por la propia naturaleza de las funciones de esta entidad,

establecida en los Artículos 38 y 39 del presente Texto Único Ordenado*. Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de este último.

El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado** a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63** de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato al que se refiere el párrafo anterior.

⁴¹ Artículo 10.- Cláusulas arbitrales

10.1 Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los contratos de APP conforme a lo establecido en el numeral 9.6 del artículo 9 de la Ley, se regirán por las siguientes disposiciones:

a. Podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.

En tal sentido, se entiende que no podrán ser materia de arbitraje, las decisiones de los organismos reguladores, u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.

b. Deberán contemplar el arbitraje de derecho como mecanismo de solución de controversias.

c. En caso se distinga entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las segundas podrán ser sometidas a arbitraje de conciencia.

10.2 Las disposiciones sobre cesión de posición contractual preservarán la suficiencia técnica, legal y financiera requerida para garantizar una adecuada operación de la APP, teniendo en cuenta la fase de ejecución contractual en que se produzca la cesión.

10.3 De incluirse disposiciones sobre equilibrio económico-financiero, éstas precisarán que el restablecimiento del mismo será invocado únicamente en caso éste se vea significativamente afectado, exclusivamente debido a cambios en las Leyes aplicables, en la medida que dichos cambios tengan directa relación con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista.

corresponde su incorporación como tercero al arbitraje.

Los organismos reguladores son entidades que cautelan a través del conjunto de potestades otorgadas a dichas entidades, el cabal cumplimiento de los contratos de concesión. Debe entenderse que no han sido diseñados para proteger los intereses de los usuarios de los servicios públicos y tampoco para proteger los intereses del Estado. En realidad, su rol no es defender a las partes del contrato.

Es importante analizar caso por caso y distinguir las materias arbitrables de las que no son. Tal como señalan SABROSO y CASTILLO⁴², no es legalmente procedente someter las decisiones de los organismos reguladores que se deriven del ejercicio de sus atribuciones y funciones otorgadas por Ley, que involucren el *ius imperium* del Estado, pues para estos casos existe una vía específica: el proceso contencioso administrativo.

En este sentido, la intervención de los organismos reguladores como terceros en un arbitraje entre el concedente (Estado peruano) y el concesionario, podrá realizarse al amparo de una interpretación permisible, sólo en su calidad de organismos supervisores del contrato de concesión, pues en rigor no son considerados como parte de los contratos de concesión.

En otras palabras, si bien los organismos reguladores pueden tener participación directa en la ejecución del contrato de concesión ello no les otorga calidad de “partes” ni “partes no signatarias”, sino únicamente de “terceros”, dado que, su intervención se basa únicamente en la habilita-

ción legal que tienen para intervenir en los contratos de concesión.

Tal como indica MARAVÍ, la intervención del regulador en el arbitraje se debe principalmente a dos razones, la primera, porque el Estado peruano a nivel nacional, se encuentra representado por uno de sus Ministerios, el cual actúa como concedente; y la segunda, porque el regulador siempre participa activamente en la ejecución del contrato de concesión⁴³.

Debe quedar claro que esta intervención del regulador en los arbitrajes como tercero, no debe poner en riesgo sus actividades administrativas ni podrían.

5. CONCLUSIONES

- El tema de la intervención de terceros en los procesos arbitrales, y la extensión a terceros no signatarios del convenio arbitral, ha sido abordado ampliamente por la doctrina y jurisprudencia arbitral nacional y extranjera. En este sentido, se ha podido identificar la existencia de una visión contractual y procesal del tema.
- En el ordenamiento jurídico peruano, la Ley de Arbitraje, mediante la extensión del convenio arbitral, regula la intervención de terceros en el arbitraje y también la participación de partes no signatarias del convenio arbitral. En tal sentido, estas partes no signatarias podrán ser, dependiendo del tipo de arbitraje, el Estado y particulares.
- En el caso de arbitrajes nacionales en los supuestos en los que sólo parti-

⁴² SABROSO MINAYA, Rita y CASTILLO FREYRE, Mario. ¿Las funciones del OSITRAN son materia arbitrable? En: Panorama actual del Arbitraje. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 315.

⁴³ MARAVÍ SUMAR, Milagros. Op. cit., p. 56.

cipen particulares, las reglas para la extensión del convenio arbitral podrán interpretarse considerando las diversas teorías explicadas en la presente ponencia. Cuando el arbitraje se lleva a cabo entre particulares y el Estado, la situación para determinar quiénes pueden ser terceros no signatarios, implica en forma adicional, delimitar las materias susceptibles de arbitraje.

A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje entre particulares, la participación del Estado no responde sólo al principio de la “autonomía de la voluntad”. También se encuentra supe- ditada a la existencia de una materia arbitrable y a la previa habilitación de una norma legal o por un tratado internacional. Por tanto, es correcto afirmar que para la intervención de un tercero estatal en el proceso arbitral, deben cumplirse dos supuestos: (i) que no se afecte el *ius imperium* del Estado y (ii) que la materia sometida a controversia esté previamente habilitada por una norma legal para el tercero que se desea incorporar. En este caso, los terceros interviniendo

pueden ser los organismos públicos que forman parte de la estructura orgánica del Estado peruano, pero no necesariamente en calidad de partes de un contrato, sino también por una habilitación legal.

En el caso de la intervención de los organismos reguladores como terceros no signatarios al convenio arbitral, ello sólo puede ser admisible si se cumplen los supuestos antes indicados, tomando en consideración que éstos no forman parte de los contratos de concesión que celebra el Estado con los concesionarios, sino que su habilitación para someter algunas de sus decisiones al arbitraje parte de la propia ley.

Si bien los organismos reguladores forman parte de la estructura del Estado, en rigor no se encuentran diseñados para la defensa de los intereses del Estado, sino para cautelar el adecuado cumplimiento de los derechos y obligaciones establecidos en los contratos de concesión.



LA EXTENSIÓN DEL ARBITRAJE A TERCERAS PARTES NO SIGNATARIAS DEL CONVENIO

VICENTE ROLDÁN MARTÍNEZ (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 1.1. La cláusula arbitral y los terceros no signatarios. Especial referencia al arbitraje societario. 2. Distintas fórmulas o teorías sobre la extensión del arbitraje. 2.1. Teoría del levantamiento del velo. 2.2. grupo de sociedades. 2.3. El estoppel. 3. Problemas derivados de la extensión. 4. Consideraciones finales.*



1. INTRODUCCIÓN

Sin duda, la extensión del arbitraje a terceras partes no signatarias del convenio ha hecho correr ríos de tinta en todos los países, y ha dado lugar a distintos tipos de *Jurisprudencias* nacionales en torno a dicha figura. En aquellos estados que beben del *civil law*, la cláusula de sumisión a arbitraje o convenio, ha encontrado respuesta en los preceptos generales de sus distintos cuerpos normativos. En España, dicha circunstancia no es extraña.

Así, el artículo 1257 del Código Civil español prevé que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. Por tanto, el principio de relatividad de los contratos que rige en nuestro derecho civil, genera el primer problema en cuanto a la extensión del convenio arbitral, pues, a priori, impide que el mismo genere

efectos entre terceros ajenos al mismo.

Por lo demás, este impedimento abre algunos interrogantes sobre dicha institución, toda vez que la debilita en cuanto a método eficaz de resolución de conflictos, además de quebrar el principio fundamental del arbitraje: la voluntad de las partes; y termina por generar algunas fallas en torno a otras cuestiones inherentes al arbitraje como la confidencialidad.

Todas estas cuestiones, son un buen caldo de cultivo para los críticos del arbitraje, convirtiéndose, así, en una de sus de principales fuentes de inspiración.

No obstante, existen distintas soluciones que nos permiten abogar por la posibilidad de extender los efectos del arbitraje a terceras partes no signatarias del convenio arbitral. Vamos a analizarlo.

(*) Socio de Antonia Magdaleno Abogados. Anteriormente en Broseta Abogados. Administrador Concursal. Licenciado en Derecho. Master en Práctica Jurídica y Asesoramiento Legal de Empresas por la Universidad de Castilla La Mancha. Master en Banca y Finanzas por el Instituto Superior de Técnicas Bancarias.

1.1. La cláusula arbitral y los terceros no signatarios. Especial referencia al arbitraje societario

A pesar de lo adelantado, no es menos cierto que han aparecido algunas modalidades de extensión del arbitraje a terceros a través de algunas figuras como la *circulación*¹ o la *difusión*², si bien el mecanismo más utilizado al respecto, ha sido la denominada transmisión de la cláusula compromisoria que ha encontrado sustento, por ejemplo, en la jurisprudencia francesa en el denominado caso *Amkor*, donde la Corte de Casación de dicho país ha concluido que si “en una cadena de contratos traslativos de la propiedad, la cláusula compromisoria se transmite de manera automática como accesorio al derecho de acción”. Por tanto, y bajo esta modalidad, podríamos extender los efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios en supuestos como la cesión de créditos (1526 y siguientes del Código Civil), o la subrogación en un contrato (1209 y siguientes del Código Civil).

Recientemente en España, la Reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje ha introducido *ex novo*, la posibilidad de vincular en un convenio arbitral a alguien que no consiente su sumisión a éste, a través del artículo 11. Bis (referido al arbitraje societario), por cuanto ha previsto que “la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social”.

Resulta así evidente que aquellos so-

cios o accionistas que no hayan votado a favor de la sumisión a arbitraje de la solución de conflictos societarios, se van a ver vinculados por el régimen de la mayoría, y tendrán que dirimir sus diferencias con el resto de socios o accionistas o con la sociedad o sus administradores a través de un mecanismo al que no han se adherido de forma expresa, es más, al que se han opuesto.

A la vista de dicha previsión normativa, podemos afirmar que el principio de relatividad de los contratos (y el de sociedad lo es, artículo 1665 del Código Civil), se ve quebrado, pues empieza a aplicar el régimen de mayorías, en detrimento de la voluntad individual. Es evidente, que otro de los principios del arbitraje, la voluntad de las partes en cuanto a su sumisión, sufre una modificación, ya que no todas las partes intervinientes en el negocio jurídico han consentido en atribuir la competencia a árbitros para resolver las controversias.

Otros problemas que pueden suscitarse, si bien a *posteriori*, son los derivados de la extensión o transmisión de dicha cláusula a un tercero que ha adquirido las participaciones sociales o las acciones de aquél que en su día votó en contra del acuerdo de sumisión a arbitraje. Así, la pregunta sería si resulta lícito pensar que alguien que no ha intervenido en la conformación de la voluntad de la Junta se vea vinculado por unos pactos a los que ya el transmitente se opuso. Sin duda, la solución no es sencilla, pero es evidente que la adquisición realizada con todos los derechos y obligaciones ínsitas a los títulos transmitidos puede arrojar luz al respecto, y nos hacen pensar que, sin duda, se verá afectado por el convenio arbitral.

¹ T. CLAY, E. JEULAND “*Médiation et arbitrage, alternative dispute resolution*”, Litec, Pratique Professionnelle, p. 207.

² G. CHABOT, “*Circulation et séparabilité de la clause compromissoire*” Rev. Lamy Dr. Vcil. 01.09.2004, número 8, p. 55.

2. DISTINTAS FÓRMULAS O TEORÍAS SOBRE LA EXTENSIÓN DEL ARBITRAJE

Con independencia de los efectos de la extensión, por vía de transmisión, del convenio arbitral, la jurisprudencia ha venido creando un cuerpo de resoluciones que permiten extender el arbitraje a partes no signatarias del mismo.

Además, y con independencia de las resoluciones arbitrales, existen una serie de Reglamentos donde se contiene la posibilidad de hacer extensivo el arbitraje a terceras partes no signatarias del acuerdo. Como ejemplo, encontramos la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional UNCITRAL (artículo 7, punto seis), o el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres que en su artículo 22, letra h). A mayores, los Reglamentos del Centro Belga de Arbitraje y Mediación (artículo 12); del Centro Internacional de Arbitraje de Dubai (artículo 11); el Reglamento Suizo de Arbitraje (artículo 4) o del Instituto Alemán de Arbitraje (artículo 13), también contienen distintas previsiones en torno a la extensión del arbitraje a terceras partes no signatarias del mismo.

A continuación, procedemos a esbozar algunas de las teorías que, según la jurisprudencia arbitral, han permitido ampliar el proceso a terceros no adheridos al convenio.

2.1. Teoría del levantamiento del velo

La teoría del levantamiento jurídico o *disregard of legal entity*, es una de las fórmulas que más éxito han tenido a la hora de hacer extensivo el convenio arbitral a terceras partes ajenas al mismo. En España, se

ha desarrollado una jurisprudencia que considera que debe procederse a eliminar ese velo, cuando la personalidad jurídica de las sociedades es utilizada, escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos, con finalidades de fraude de ley o para perjudicar los derechos de terceros (Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 15 y 25 de octubre, 23 de diciembre de 1997, y 30 de marzo de 2000, entre otras).

Así, resulta especialmente relevante el denominado asunto *Barcelona Traction* o más recientemente el caso *Bridas*³, donde un Tribunal Americano determinó que debía de aplicarse esta teoría del levantamiento del velo en tanto en cuanto concurrían algunos aspectos como la infracapitalización de la filial, existencia de administradores y accionistas comunes, o que la matriz satisfaga la totalidad de los salarios o sufrague los gastos de explotación de la filial. En otro tipo de resoluciones, se ha aplicado este levantamiento del velo cuando se ha detectado que las sociedades incurren en incumplimientos de las previsiones del derecho de sociedades.

No obstante, esta teoría debe ser aplicada con suma prudencia, como así lo ha ratificado nuestra jurisprudencia, en tanto en cuanto supondría acabar con el principio de la estanqueidad y personalidad de las sociedades, de forma que nos encontramos ante un remedio excepcional que requiere de la existencia de fraude.

2.2. Grupo de sociedades

El paradigma de dicha tesis nace con la celeberrima resolución del conflicto *Dow Chemical Vs. Isover Saint Gobain*, en la que

³ Christian BOUCKAERT & Romain DUPEYRÉ, en Revista del Club Español del Arbitraje 9/2010, p. 92.

el Tribunal Arbitral afirmó que “la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometido en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron”⁴.

Otros casos relevantes en aplicación de esta figura, las encontramos en el caso CCI número 5103⁵ donde el Tribunal Arbitral señaló que “se cumplen las condiciones que llevan a reconocer la unidad de grupo económico, ya que todas las sociedades que lo componen tienen la misma participación, tanto real como aparente, en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen sobre el de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones económicas internacionales exige que se tome en cuenta esa realidad económica y que todas las sociedades del grupo respondan conjunta y solidariamente por las deudas de las que ellas, directa o indirectamente, sacaron provecho”.

Desde el punto de vista del derecho español, cabe afirmar que la esencia del grupo es la identidad sustancial de sus miembros y la unidad de decisión que da coherencia a una empresa policorporativa. Así, la existencia de un grupo de sociedades puede afirmarse aun en el caso de que no cumplan las particulares circunstancias y relaciones que, con arreglo al artículo 42 del Código de

comercio, y permiten presumirlo a efectos de la obligación de consolidar las cuentas.

Por tanto, y como afirmó el laudo preliminar sobre competencia dictado en los casos CCI números 7604 y 7610⁶, cuando de las circunstancias del negocio se demuestre que la parte que no suscribió el convenio, pretende hacerse valer de los efectos del contrato en función de vinculación a un grupo de empresas, lo que determinaría la existencia de una voluntad común.

Sin duda, la esencia de todas las relaciones gira en torno a dos principios básicos:

- La seguridad económica en relaciones internacionales donde confluyen diversas sociedades vinculadas entre sí.
- La unidad de decisión y el control que unas sociedades hacen de otras.

2.3. El estoppel

El *estoppel*, principio muy arraigado en el derecho anglosajón encuentra su equivalente en los países que beben de la cultura del *civil law* del viejo brocado latino *venire contra factum proprium non valet*, que ya Ulpiano utilizó en una de sus respuestas y que impide la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos. Por tanto, dicho principio constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad, o de una potestad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento consecuente.

⁴ Caso CCI N° 4131, laudo interlocutorio de 23 de septiembre de 1982, en Collection of ICC Awards 1974-1985, editorial Kluwer, pp. 151 y ss.

⁵ Collection of ICC Awards, 1986-1990, editorial Kluwer, pp. 361 y ss.

⁶ Collection of ICC Awards, 1996-2000, pp. 510 y ss.

Desde la esfera estrictamente arbitral, este principio del *estoppel* encuentra su fundamento en aquellos casos en los que una parte aduce una serie de excepciones procesales tendentes a evitar su llamamiento al proceso arbitral, cuando por otra parte está explotando conscientemente una relación contractual y se está aprovechándose de sus beneficios⁷.

3. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA EXTENSIÓN

Lógicamente todos los esfuerzos por hacer extensivos los efectos del arbitraje a terceras partes no signatarias del convenio, se enfrentan a determinados problemas que, fundamentalmente se pueden centrar en el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Partiendo del principio de relatividad del convenio arbitral, y de la esencia de que las facultades del tribunal emanan de la voluntad de las partes, lo cierto y claro es que los problemas pueden ser especialmente graves de cara a lograr la materialización del fallo del laudo.

En España, la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo ha señalado, siguiendo un criterio interpretativo de carácter teleológico, que la voluntad de someter la cuestión a arbitraje exige tal constancia⁸. Por tanto, el problema se puede plantear a la hora de intentar ejecutar el laudo frente a quien se ha visto afectado por el mismo sin haber sido parte (supuesto de grupo de empresas o levantamiento del velo), en el arbitraje.

A mayores, es importante señalar que es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que el derecho de defensa debe salvaguardarse “en todo procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo”⁹; de forma que en este caso, también se aplica a los procedimientos arbitrales, toda vez que su respeto constituye un “principio fundamental del Derecho comunitario” que “figura entre los derechos fundamentales que se desprenden de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”¹⁰.

Por tanto, nos podríamos encontrar con la posibilidad de que los Tribunales del Estado donde se pretenda reconocer y ejecutar el laudo, en base al principio del orden público decidan anular el laudo. Esta posibilidad ha encontrado su refrendo en la sentencia Krombach (TJCE 2000, 57), en la cual el Tribunal de Justicia hubo de interpretar el artículo 27, número 1, del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil). Se trataba de tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 27, número 1, de dicho Convenio, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica.

⁷ US Court of Appeals for the Second Circuit, 2001, in re Specht, Christopher et al v. Netscape Communications Corporation and America Online Inc, Docket número 01-7860, March 14, 2002.

⁸ Vid Exequatur número 1977/2000 de fecha 13 de noviembre de 2001, o el 2065/2003 de 4 de marzo de 2003.


⁹ SS. de 29 de junio de 1994, Fiskano/Comisión (C 135/92 [TJCE 1994, 111], Rec. p. I 2885), apartado 39, y de 24 de octubre de 1996, Comisión/Lisrestal y otros (C 32/95 [TJCE 1996, 197] P. Rec. p. I 5373), apartado 21).

¹⁰ Sentencia de 28 de marzo de 2000 (C 7/98 [TJCE 2000, 57], Rec. p. I 1935), apartado 38].

Dicha disposición permitía a los tribunales de un Estado contratante (denominado Estado requerido) denegar el reconocimiento de una sentencia dictada en otro Estado contratante (denominado Estado de origen) si éste era “contrario al orden público”. Partiendo precisamente de la constatación de la posición primordial de que goza en el ordenamiento comunitario el respeto del derecho de defensa, el Tribunal de Justicia admitió que se recurriera a la cláusula de “orden público” contenida en el citado Convenio debido a que en aquel caso las garantías establecidas por el Estado de origen “no bastaban para proteger al demandado de una violación manifiesta de su derecho a defenderse”.

Es evidente, que lo anteriormente expuesto puede suponer un freno a la ejecución de aquellos laudos arbitrales que afecten a terceras partes no signatarias que, por lo demás, no han intervenido en el procedimiento.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La afeción del convenio arbitral a partes no signatarias del mismo, se reputa como una solución posible y deseable, si bien la misma exige cierto grado de prueba y justificación jurídica; puesto que, básicamente, se centra en supuestos en los que se quiebran principios esenciales del ordenamiento jurídico poniéndolos en relación con el de buena fe, de forma que el contrapunto entre las soluciones a adoptar y los perjuicios que se pretenden evitar tienen que ser analizadas teniendo en cuenta un estadio posterior, como es el del reconocimiento y ejecución del laudo, por cuanto las decisiones adoptadas en el mismo pueden suponer la quiebra de principios básicos del ordenamiento jurídico del Estado donde se pretende conseguir la efectividad de la resolución arbitral, y pueden generar las acciones de anulación que desvirtúen el fallo del mismo por falta de cumplimiento de otros principios esenciales del derecho como puede ser el derecho de defensa. 

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE: UN DESAFÍO AL PARADIGMA

WANDA PERDOMO RAMÍREZ (*)

SUMARIO: 1. Contexto procesal de la intervención de terceros. 2. El problema de la intervención de terceros en el arbitraje. 3. Algunas "soluciones" reglamentarias. 3.1. Reglamento CCI. 3.2. Reglamento CNUDMI o UNCITRAL. 3.3. Reglamento LCIA. 3.4. Reglamento CEA. 3.5. Reglamento CRC. 3.6. Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional. 4. Un desafío al paradigma. 4.1. Sobre la intervención forzosa de terceros. 4.2. Sobre la intervención voluntaria de terceros. 5. Consideraciones finales.



1. CONTEXTO PROCESAL DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS

Llamar a un tercero para que participe en una instancia judicial pendiente entre dos o más partes o que sea el tercero quien opte por intervenir, no es nada extraño.

Ahora bien, si en los tribunales, acoger en cuanto a la forma una demanda en intervención depende sólo del cumplimiento de sus requisitos de admisibilidad -capacidad, interés, calidad y un vínculo suficiente con la demanda principal- no ocurre lo mismo en el ámbito arbitral.

En primer lugar, la noción de tercero en el ámbito judicial tiene una sola acepción: todo aquel que no sea demandante o demandado original en el proceso. Sin embargo, en materia arbitral, la noción de tercero tiene dos vertientes, una de las cuales

tiene efectos más complicados que la otra. Es tercero aquel que no figura originalmente como demandante o demandado en el arbitraje, pero ha consentido expresa o tácitamente el convenio arbitral. Otra cosa es el tercero, que además de no ser demandante o demandado en la instancia, tampoco ha consentido ni expresa ni tácitamente la cláusula arbitral. En este breve ensayo, nos referiremos únicamente a esta última especie, con la finalidad de analizar si dichos terceros pueden acceder voluntariamente a la justicia arbitral o pueden ser forzados a acudir a la misma.

Tomando como fuente el Código de Procedimiento Civil Francés¹, existen dos tipos generales de intervención: la *voluntaria*, que es cuando el tercero decide incorporarse a un proceso judicial existente y la *forzosa*, que es cuando una de las partes de un proceso judicial demanda a un tercero para

(*) Abogada asociada de la firma Biaggi & Messina. Árbitro de la Lista Oficial del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, República Dominicana.

¹ Nouveau Code de Procédure Civile (NCP). Titre Neuvième. L'Intervention. Arts. 325-338.

obligarle a incorporarse al mismo². Dentro de cada una existen categorías, cuyas condiciones de admisibilidad el Tribunal aprecia más o menos rigurosamente, prestando siempre especial atención a que exista un vínculo razonable con la demanda principal.

En derecho francés, se habla de *intervención voluntaria principal* cuando el tercero accede al proceso para someter pretensiones particulares en su beneficio, por ejemplo: dos personas discuten la propiedad de un bien que alegan le fue testado por su causahabiente e interviene un tercero para reclamar la propiedad de dicho bien. Por el contrario, se habla de *intervención voluntaria accesoria*, cuando el tercero persigue apoyar las pretensiones de una de las partes.

En el caso de la *intervención forzosa*, se trata de perseguir una condenación contra el tercero que es llamado a participar o únicamente que el fallo le sea oponible, es decir, vencer la relatividad de la cosa juzgada.

En líneas amplias, podríamos decir que el juez, en cuanto a la forma, tiene una facultad reglamentada: determina *prima facie* que se cumplen los requisitos para admitir la demanda incidental en intervención, para luego decidirla en cuanto al fondo. Ante la verificación de las formalidades legales, la demanda en intervención debe ser recibida para ser fallada conforme a derecho. Lo contrario sería una denegación de justicia.

En el arbitraje *ad hoc* o institucional, la figura de la intervención de terceros se trata de un modo muy dispar. En la mayoría de las ocasiones, se aborda el tema desde la perspectiva de incorporar al proceso a personas que expresa o tácitamente han convenido o aceptado la cláusula arbitral³, sin hurgar mucho en los casos de personas que, ajenas a dicho contrato o dicha cláusula, expresan un interés legítimo para acceder a un caso arbitral pendiente o son llamados por una de las partes. Otras veces, advertimos la imposición de requisitos reglamentarios que limitan a los árbitros o, por el contrario, se les deja a estos una facultad potestativa.

2. EL PROBLEMA DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE

La fuente del arbitraje es contractual. Supone que dos o más personas han decidido sustraer de la justicia ordinaria las controversias surgidas o por surgir de una determinada relación jurídica, atribuyendo su conocimiento y decisión a árbitros privados, conforme un método que puede ser institucional (dirigido y administrado por un centro de arbitraje) o *ad hoc*.

De la fuente consensual del arbitraje se desprenden dos características esenciales: se requiere el consentimiento de las partes para poder arbitrar⁴ y el vínculo contractual es relativo, solo obliga a aquellos que lo han aceptado⁵. Entonces, debemos recono-

² El NCPC no menciona la intervención cuando habla de arbitraje.

³ Se habla de legitimación activa o pasiva, por haber participado activamente en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato en que estaba incluida la cláusula arbitral. Ver caso ICC "DOW CHEMICAL", Cour d'Appel Paris, 21/10/1983. También se habla de la doctrina del *alter ego*, el fraude, el descorrimento del velo societario, la agencia o el estoppel. No trataremos ninguna de ellas.

⁴ Aunque existen casos en que la ley obliga al arbitraje.

⁵ Código Civil Francés, artículo 1165. "*Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.*" En castellano: "*Las convenciones no producen efecto sino respecto de las partes contratantes; no perjudican a tercero ni le aprovechan, sino en el caso previsto en el artículo 1121.*".

cer que parece un contrasentido admitir que un tercero que no ha sido parte del contrato que contiene la cláusula arbitral, se entrometa en la instancia de arbitraje ligada entre las partes que la pactaron. Al igual que, admitir que una sola de las partes “controle” o “manipule” el proceso, llamando a un tercero que no fue parte del contrato arbitral. Sin embargo, entendemos que este aspecto amerita ser visto desde diferentes ópticas.

Como hemos dicho, los enfoques más comunes mezclan la intervención de terceros con la extensión del alcance de la cláusula arbitral. No es nuestro interés entrar en esa disquisición, que aunque interesante, no alude a lo que propiamente llamamos terceros, es decir, personas que no son parte de la instancia y que tampoco acordaron tácita ni expresamente el acuerdo arbitral, pero que sin embargo, son llamadas a participar por una de las partes o quieren incorporarse al proceso. Dependiendo del tipo de intervención, entrarán en valoración diferentes conjuntos de derechos cuya armonización es un reto; algunos que atañen a los suscribientes del pacto arbitral, otros al arbitraje como institución y unos últimos, que atañen a derechos fundamentales que pueden ser afectados.

3. ALGUNAS “SOLUCIONES” REGLAMENTARIAS

3.1 Reglamento CCI

Entre las novedades del recientemente aprobado Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, con entrada en vigencia a partir de enero de

2012, se encuentra su artículo 7⁶ referente a la solicitud de incorporación de partes adicionales.

El alcance de esta norma es muy limitado. En primer término, el texto se refiere a incorporar *partes adicionales*, lo que sugiere que sean personas a las cuales la cláusula arbitral dé alcance. En adición, el artículo regula una posibilidad de una sola vía: que se haga una solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional, quien una vez incorporada, podrá formular demandas en contra de cualquier otra parte en el proceso.

Finalmente, el texto remite a otros artículos del mismo Reglamento, que establecen como condiciones *a priori* que se establezca cual es la cláusula de arbitraje vinculante, por lo que se sobreentiende que debe ser un tercero que haya aceptado la misma.

La intervención voluntaria de terceros no es regulada.

3.2 Reglamento CNUDMI o UNCITRAL

El artículo 17.5 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL) revisado en el 2010⁷, dispone que el tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas.

⁶ “La parte que desee incorporar una parte adicional al arbitraje deberá presentar su solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional (la Solicitud de Incorporación) a la Secretaría...” Art. 7 Reglamento ICC 2012.

⁷ “El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para una de ellas. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Versión revisada en 2010.

No se subordina la participación de dicho tercero a que la otra parte lo haya aceptado, aunque esto es relativo, porque reserva a los árbitros la facultad de impedir la intervención si puede perjudicar a una de las partes, salvedad que no entendemos, dado que la intervención de un tercero a instancia de una de las partes, naturalmente tenderá a perjudicar a la otra en sus pretensiones.

La intervención voluntaria no es regulada. Apuntamos que la Ley Modelo de la CNUDMI no se refiere a la figura de la intervención, en general.

3.3 Reglamento LCIA

El Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration (LCIA)*⁸, contempla la intervención forzosa y no la subordina a la aceptación de la parte que no la requiere. Su artículo 22, letra (h), sobre los Poderes de los Árbitros, permite la intervención de uno o más terceros en el arbitraje, “*sólo a solicitud de una de las partes*”⁹, por lo que al utilizar la palabra “*sólo*” concluimos que prohíbe la intervención voluntaria del tercero.

3.4 Reglamento CEA

El artículo 19.2 del Reglamento de Procedimiento de la Corte Española de Arbitraje¹⁰ dispone que mientras un arbitraje se encuentre pendiente de solución, los ár-

bitros, a instancia de parte y previo traslado de la solicitud a las restantes partes por término común de tres días, podrán acordar la intervención de uno o más terceros en el arbitraje, siempre que acrediten tener interés directo y legítimo en el resultado del mismo y que el tercero haya expresado su conformidad por escrito. Nos parece favorable que esta disposición no exige el consentimiento de ambas partes del proceso. No se contempla la intervención voluntaria de un tercero.

3.5 Reglamento CRC

En nuestro país, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, vigente desde el 21 de julio de 2011, regula ambos tipos de intervención: forzosa y voluntaria.

En lo que se refiere a la intervención forzosa, el artículo 9.1 del Reglamento CCR¹¹ establece que el Tribunal podrá¹² a solicitud de una de las partes, aceptar la intervención de uno o más terceros como partes, condicionado a que el tercero sea parte del acuerdo de arbitraje, se formulen en su contra demandas específicas y exista un interés directo y legítimo en el resultado del arbitraje.

En lo que se refiere a la intervención voluntaria, el artículo 9.2 dispone: “*En el*

⁸ “*Sólo a solicitud de una de las partes, autorizar que uno o varios terceros sean parte del arbitraje, siempre que cualquier tercero y la parte solicitante de su inclusión en el arbitraje hayan expresado su conformidad a este respecto por escrito y su consentimiento para la emisión de un laudo arbitral conjunto o de tantos laudos como partes estén implicadas en el arbitraje.*” Art. 22 h) Reglamento de la LCIA vigente desde el día 1 de enero de 1998.

⁹ Sólo a solicitud de una parte.

¹⁰ Reglamento de Procedimiento de la Corte Española de Arbitraje vigente desde el 15 de marzo de 2011.

¹¹ “El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de una de las partes, aceptar la intervención en el procedimiento arbitral de uno o más terceros como partes, siempre que el tercero sea parte del acuerdo de arbitraje, se formulen en su contra demandas específicas y exista un interés directo y legítimo en el resultado del arbitraje (...).” Artículo 9.1 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo; vigente desde el 21 de julio de 2011.

¹² Énfasis nuestro.

*caso de que la intervención del tercero se produzca de manera voluntaria, el Tribunal Arbitral sólo podrá aceptarla si mediase el consentimiento de todas las partes*¹³.

3.6 Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional

Favorecemos la disposición liberal contenida en el artículo 4 (2) del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional de las principales Cámaras de Comercio de Suiza, pues admite tanto la intervención voluntaria como la forzosa, dejándole al Tribunal amplios poderes de apreciación de su admisibilidad, de manera casuística, después de haber consultado con todas las partes¹⁴. Destacamos que no requiere aprobación de las partes implicadas ni muestra temor a la intervención voluntaria, que es permitida si reúne los méritos, lo que será decidido por el Tribunal Arbitral apoderado.

4. UN DESAFÍO AL PARADIGMA

Evidentemente, en la práctica intervienen múltiples elementos que corresponde al Árbitro revisar y decidir. En nuestro análisis, haremos abstracción de algunos principios que entran en juego para la adopción de la decisión arbitral, como se trata de la igualdad, la contradicción, etc. Partiremos de la premisa de que su cumplimiento se ha verificado y que lo que queda es deliberar sobre la posibilidad de que un verdadero tercero¹⁵ participe en un arbitraje.

4.1 Sobre la intervención forzosa de terceros

Estamos de acuerdo con que no se puede obligar a un tercero a acudir a arbitraje, si éste no ha consentido la cláusula arbitral de alguna manera que pueda constatarse. Sabemos que el arbitraje es una alternativa a los tribunales ordinarios, que requiere que la persona lo elija, dentro del ámbito de sus derechos de libre disposición. A contrario del juez, el árbitro deriva su autoridad del consentimiento de las partes que han optado por el arbitraje y consecuentemente, su autoridad está confinada a los límites pactados por aquellas. Por lo tanto, el tribunal arbitral no puede obligar a un tercero que no lo ha habilitado y frente al cual carece de imperio.

Discrepamos, no obstante, de las soluciones reglamentarias que establecen condiciones expresas para que la intervención de un tercero sea acogida y a la vez disponen que los árbitros podrán aceptar la intervención. Nos parecen soluciones dubitativas que implican una potestad del Tribunal Arbitral que es contradictoria con una facultad reglamentada que sujeta la admisión de la intervención al cumplimiento de ciertas condiciones limitativas: interés legítimo, vinculación con el resultado del proceso, aceptación por parte del tercero, etc.

La situación de que no se pueda obligar a un tercero a incorporarse a un proceso arbitral entre dos o más partes no se encuentra exenta de problemas. Algunas veces, su efecto es colocar a una de las partes en un

¹³ Artículo 9.2 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo; vigente desde el 21 de julio de 2011.

¹⁴ "Si, iniciado un procedimiento arbitral regido por este Reglamento, un tercero solicita participar en el mismo o si una de las partes en un procedimiento arbitral regido por este Reglamento solicita que un tercero participe en él, el tribunal decidirá sobre tal solicitud tras consultar con las partes y teniendo en cuenta todas las circunstancias que considere pertinentes para el caso concreto." Artículo 4 (2) Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional vigente desde julio de 2004.

¹⁵ Aquel a cuyo respecto la cláusula arbitral es totalmente ajena.

estado precario o restar eficacia al laudo a ser dictado.

Imaginemos algunos casos: 1) La parte A tiene un proceso arbitral pendiente con B. A llama en intervención a C, que no ha suscrito ni tácita ni expresamente la cláusula arbitral, pero que se ha obligado frente a A de un modo general, a resarcirle en caso de que le surgiera un conflicto con B; 2) La empresa D ha comprado equipos de la firma E que le ha garantizado el correcto funcionamiento de los mismos por cierto número de años, mediante un convenio sin cláusula arbitral. D vende los equipos a F que posteriormente la demanda arbitrariamente por el mal funcionamiento de estos. Es del interés de D poner en causa a E; 3) En un proceso arbitral en que se discute una transacción que recae sobre un bien de una comunidad matrimonial o de una sucesión, es del interés de la causa que ambos esposos o todos los sucesores participen, aún cuando sólo uno de ellos haya firmado el convenio arbitral.

En todas las hipótesis anteriores, supongamos ahora que los llamados en intervención se niegan a ser incorporados al arbitraje en curso. Aunque podrían ser demandados por separado ante la justicia ordinaria, las partes interesadas en “invitarles” al proceso podrían quedar en una precaria posición para defender su caso o el laudo a ser dictado podría perder eficacia.

Podríamos decir que el arbitraje impone esta camisa de fuerza que simplemente se encuentra entre sus desventajas. Es de notar que uno de los autores consultados,

aunque igualmente entiende que se requiere el consentimiento de todas las partes para incorporar al arbitraje un tercero voluntario, aporta el interesante enfoque de que en caso de “litisconsorcio necesario” o “*compulsory joinder*”, es decir, cuando la efectividad del laudo depende de citar a uno o más terceros, ya sea por efecto de una disposición legal o por la naturaleza de la relación jurídica; si el tercero se niega a participar en el arbitraje, los árbitros deben declinar el caso para que las partes puedan reabrirlo ante la jurisdicción ordinaria, sobre la base de que su laudo no sería efectivo¹⁶.

Similar situación fue legislada en Colombia, en el artículo 30 del Decreto número 2279 de 1989 y sus modificaciones¹⁷, que prevé que en caso de que el laudo genere efectos de cosa juzgada con respecto a personas que no suscribieron el pacto arbitral, el Tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que se adhieran al arbitramento y si no lo hacen, entonces se declararán extinguidos los efectos de la cláusula arbitral o compromisoria¹⁸.

Ni en la República Dominicana ni en nuestra matriz jurídica que es Francia, la legislación hace esta clasificación de litisconsorcios. Sin embargo, puede generarse la misma problemática. En ausencia de norma legislativa o reglamentaria que declare extintos los efectos de la cláusula arbitral o compromisoria, vemos difícil que los Árbitros apoderados, en el caso de que el tercero se niegue a participar, puedan declarar de oficio ineficaz o extinta la cláusula arbitral, ordenando a las partes proveerse ante la jurisdicción ordinaria, si no hay elementos de

¹⁶ GIUSTI, Gilberto. *Arbitration and the Parties in International Arbitration*. Publicado en portugués en Revista de Arbitragem y Mediação. Ed. Revista dos Tribunais. Tercer Año. Nº 9 abril-junio 2006, São Paulo, Brazil.

¹⁷ Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones.

¹⁸ Examinada la constitucionalidad de este artículo por la Corte Constitucional de Colombia, que lo declaró exequible. Ver Sentencia C-163/99.

orden público comprometidos. Este aspecto merece un ensayo separado, que queda pendiente.

4.2 Sobre la intervención voluntaria de terceros

Sobre este tema, gran parte de la doctrina arbitral así como los principales reglamentos de arbitraje se muestran muy conservadores. En efecto, muchos no mencionan la intervención voluntaria de terceros y otros la subordinan al requisito de ser aceptada por todas las partes, sobre las bases de la autonomía de la voluntad y la relatividad del vínculo contractual, “*res inter alios acta*”. Podría tratarse tanto de una intervención voluntaria pura y simple como cuando una de las partes llama en intervención a un tercero y éste acepta la “invitación”¹⁹.

No compartimos ese criterio que dificulta la intervención y la sujeta a elementos que inclusive pueden ser discrecionales de las partes. Nos preguntamos: ¿Es aplicable de un modo absoluto el principio “*res inter alios acta*”? ¿Es susceptible de afectar otros derechos? ¿Es conveniente reglamentar la materia o es preferible el silencio?

Pensamos que varios factores deben ser incorporados al prisma bajo el cual se examina el asunto, como son la eficacia del laudo desde el punto de vista jurisdiccional; la búsqueda de la verdad y la posibilidad de afectar derechos fundamentales. Propugnamos la concepción relativa de los derechos, lo que conlleva a la flexibilidad y a la armonización de estos cuando se producen inevitables colisiones. Por dicha razón, no

nos inclinamos por las soluciones dogmáticas rígidas, como aquellas que establecen que para acoger una intervención voluntaria de terceros en materia arbitral, se precisa el consentimiento de todas las partes.

En el orden jurisprudencial lo ha dicho magníficamente la Corte Constitucional de la República de Colombia, que en ocasión de la acusación de inconstitucionalidad de una norma legislativa que en dicho país permite la intervención de terceros en el arbitraje²⁰, estableció el criterio de que no era constitucionalmente acertado limitar la intervención voluntaria de un tercero a la voluntad de las partes del proceso:

“Si unos particulares suscriben un pacto arbitral en virtud del cual aceptan someter sus diferencias a la decisión de un árbitro, es razonable entender que están habilitando a este tercero a que tome todas las medidas permitidas legal y convencionalmente para la resolución del conflicto específico. Por lo tanto, las partes facultan expresa o tácitamente la intervención de terceros en el proceso, pues el principal objetivo de la instalación del tribunal del arbitramento y de la intención plasmada en el acuerdo es resolver el litigio. En tales circunstancias, no resulta razonable suponer que quienes ya aceptaron que su conflicto fuera resuelto por un tribunal arbitral tengan a su vez, la posibilidad de impedir la participación de un tercero en ese proceso, puesto que la persona ya había habilitado al tribunal para que resolviera ese conflicto”²¹.

En el orden legislativo, la anterior Ley de Arbitraje de Perú, hoy derogada, tenía un

¹⁹ La Corte de Apelación de París ha sentado el principio de que la intervención de terceros no es compatible con el carácter contractual del arbitraje, por lo que para ser viable debe ser aceptada por todos: tercero, partes y árbitros. *Coquard vs. S. A. Videopole. Paris, Cour d'Appel* (1ere Chambre C.), 8 de marzo de 2001.

²⁰ El previamente citado artículo 30 del Decreto N° 2279 de 1989.

²¹ Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-163/99 de fecha 17 de marzo de 1999.

artículo interesante cuyo postulado, aunque no se mantiene en la Ley actual, entendemos que permanece subyacente. Es el siguiente: “El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral”²².

En ausencia de una fórmula reglamentaria adecuada (que a nuestro entender debe ser flexible para que el árbitro tenga margen para decidir) pensamos que muchas veces resulta mejor escoger la desregulación, como lo han hecho deliberadamente o no algunos reglamentos. Este silencio, al menos deja un espacio que permitirá al árbitro resolver casuísticamente, en base a los hechos y méritos que le son presentados.

Como dice el autor mexicano Francisco González de Cossío, “cuando un estudio del arbitraje, abogado practicante, árbitro o juez se encuentre en una circunstancia no contemplada por la letra de la ley arbitral, sin precedentes que brinden orientación sobre cómo resolver la misma, es el deseo de este autor recordarle que, al margen de la postura que considere que más adecuadamente refleja el esqueleto jurídico del arbitraje, la solución que adopte debe ser progresiva, entendiendo por progresiva, que se acerque más a lograr el fin último que busca el arbitraje: ser un mecanismo eficiente para resolver controversias”²³.

La rigidez del dogma es susceptible

de acarrear violaciones a derechos fundamentales, tanto del tercero como de la parte que lo ha invitado a participar, asumiendo que el primero ha acogido la invitación. Supongamos que una de las partes en el proceso, sin dialéctica alguna, se niegue a que un tercero participe en el mismo, porque sabe que cuando éste apoye las pretensiones de su contraparte, no le convendrá a su causa. ¿Puede la búsqueda de la verdad verse coartada a discreción? Entendemos que no. ¿Podría el tercero que tiene un interés legítimo y directo en participar en un proceso arbitral, pero que no es incorporado porque una o ambas partes no lo aceptan, ser lesionado en su derecho fundamental de acceder a la justicia? ¿Podría la parte que ha invitado al tercero (quien ha aceptado) ser lesionada en su derecho fundamental a la defensa, cuando sin embargo, no se le permite al primero participar debido a la negativa de la contraparte? ¿Conllevaría esta situación una posible nulidad del laudo final o la apertura de otra vía de tutela para el tercero que resulte lesionado por sus efectos? Entendemos todas las hipótesis posibles, lo que claramente atenta contra la eficacia del laudo arbitral²⁴.

De acuerdo a lo generalmente consagrado en los textos constitucionales²⁵ y en las convenciones internacionales, el acceso a la justicia debe ser efectivo, oportuno y útil, aspectos que según la Corte Europea de Derechos del Hombre, se aprecian de conformidad con los hechos de la especie²⁶.

El derecho a la defensa es un derecho

²² Artículo 9 Ley General de Arbitraje de Perú N° 26572 (derogada).

²³ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa, Ciudad México. 2004, p. 19.

²⁴ Para un futuro ensayo quedan algunos temas interesantísimos como la posibilidad del amparo contra el laudo arbitral, interpuesto por un tercero en estas circunstancias.

²⁵ Artículo 69 Constitución de la República Dominicana establece el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita.

²⁶ En el caso *Bellet c/France* (4 dic. 1995 serie A, N° 333-B RUDH 1996, Sudre p.14), la Corte Europea de Derechos del Hombre precisó que la efectividad del derecho de acceso requiere que un individuo goce de la posibilidad clara y concreta de cuestionar un acto. Citado en *DALLOZ, Droit et Pratique de la Procédure Civile*, 1999, *Dalloz Action*, París, Francia. N° 2120. p. 486.

natural, inmanente, que guarda a cada parte de un litigio, de los excesos del juez o árbitro y de su contraparte, dándole la libertad de exponer su posición como mejor entienda, de acuerdo con su inteligencia. Constituye, además, un instrumento esencial para que surja la verdad que debe buscar todo juzgador.


Nos adherimos plenamente al criterio de la Corte Constitucional de Colombia y a la disposición reglamentaria suiza, arriba expresados. El arbitraje es también un método jurisdiccional. Una vez iniciado, es un litigio en toda su extensión. Por lo tanto, las partes que convinieron acudir a arbitraje, deben soportar sus consecuencias plenas, aun cuando éstas incluyan la participación de un tercero. Asimismo, un tribunal arbitral debe poder resolver la situación que se le plantea.

5. CONSIDERACIONES FINALES

En cuanto al tercero que es llamado a un arbitraje y rehúsa participar, opinamos que nadie puede ser obligado a participar en un arbitraje si no ha consentido expresa o tácitamente una cláusula arbitral o un pacto compromisorio. El Tribunal Arbitral no estaría habilitado a su respecto. Es una consecuencia ineludible del carácter consensual del arbitraje. Ahora bien, en el caso de que la participación del tercero sea indispensa-

ble para la eficacia de la solución de la controversia, algunos consideran que el pacto arbitral puede ser declarado extinto por los árbitros, quedándole a las partes el camino de la justicia ordinaria. Opinamos que en ausencia de normativa, será difícil para un Árbitro acoger dicha solución, sobre todo si ninguna de las partes se la ha pedido. Queda por investigar si en base a los principios contractuales de derecho común y al orden público²⁷, el Árbitro podría optar por dicha solución.

En cuanto al tercero que desea participar en un arbitraje, ya sea que se presente voluntariamente o acepte el llamado de una de las partes; partiendo de las premisas de que tiene un interés personal, directo y legítimo en el resultado del proceso, opinamos que los criterios que subordinan su participación a la voluntad de las partes, contienen un irritante privilegio del principio de la autonomía de la voluntad y la relatividad del vínculo contractual, que no es siempre razonable ni proporcional. Abogamos porque exista la apertura necesaria para que el acceso del tercero a un arbitraje pueda siempre ser examinado por el Tribunal Arbitral, de acuerdo con sus méritos.

Por último, confiamos en que este tema sea objeto de renovado interés para que continúe su proceso de enriquecimiento y transformación. 

²⁷ Sobre cuya definición internacional existe una amplia controversia.

SOCIEDAD CIVIL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN. AMICUS CURIAE ANTE TRIBUNALES CIADI

YARITZA PÉREZ PACHECO (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Transparencia y participación ciudadana. 3. Participación de la sociedad civil en las disputas Inversor-Estado. 4. Tratamiento de los amicus curiae en el sistema de arbitraje CIADI. 4.1. Partes intervinientes. 4.2. Primeras respuestas a los amicus curiae. 4.3. Reformas a las Reglas de Arbitraje CIADI. 5. Nuevos tratados de inversión frente a la sociedad civil. 6. Formas de participación de los amicus curiae en los procedimientos CIADI. 6.1. Acceso a las audiencias. 6.2. Presentación de argumentos. 6.3. Acceso al expediente. 7. Consideraciones finales.*



1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), como una opción dentro de los complejos mecanismos de resolución de controversias en materia de inversión, creado en 1965 al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington), instaura las bases procesales de un sistema independiente de las jurisdicciones nacionales y de la protección diplomática de los Estados.

A pesar que el arbitraje de inversiones es sobre todo un mecanismo de resolución de conflictos de naturaleza privada y, en el caso que nos ocupa, más concretamente, de

conflictos mixtos, en función de los sujetos intervinientes (Inversor-Estado), puede tener repercusiones importantes para el público en general. Así, en el arbitraje Inversor-Estado hay una tensión subyacente entre la necesidad de un procedimiento confidencial y la privacidad de las actuaciones de las partes, por un lado, y la demanda de la sociedad civil por una mayor transparencia y participación en los procedimientos arbitrales, por otro lado.

Aunado a ello, en los últimos años se ha incorporado un tema nuevo, se trata del debate acerca del grado de relevancia que tiene el Derecho internacional de los Derechos Humanos en este tipo de litigios. Algunos tratados de inversión contienen disposiciones que pretenden responder a las

(*) Abogada y Ms. Sc. en Derecho Internacional Privado y Comparado, calificación excelente, Universidad Central de Venezuela (UCV). Doctora en Derecho, mención honorífica, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Directora de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Investigador-Docente y Profesora de pre y postgrado, Categoría Agregada, UCV. Investigadora nivel A, Programa de Estímulo a la Innovación e Investigación (PEII).

preocupaciones de la sociedad civil, ante sus reclamos de participación y acceso a la información relacionada con las controversias Inversor-Estado. Estas regulaciones no se contraponen a la posibilidad de mantener información confidencial vinculada con el negocio objeto del litigio. Pero, la tendencia a promover la transparencia en los procedimientos de arbitraje internacional va más allá de la consagración del acceso público a las actas del proceso arbitral.

En los últimos años, se han publicado, ya sea oficial o extraoficialmente, la gran mayoría de los laudos arbitrales dictados en la resolución de litigios en materia de inversiones. Así, las condenas en contra de un Estado a menudo son del conocimiento público; del mismo modo, la divulgación pública de las acciones de los inversores en contra de los Estados, en violación del Derecho internacional, se encuentran fácilmente disponibles para cualquier persona interesada, y pueden estos terceros, no parte en el procedimiento arbitral, solicitar al tribunal participar en el proceso para hacer valer sus posiciones en el caso planteado, en virtud de los intereses públicos en discusión.

La proliferación de mecanismos de solución de controversias ha beneficiado a las organizaciones no gubernamentales (ONGs), en particular, y a la sociedad civil, en general, en la medida en que se les permite el acceso a los foros internacionales, a menudo como “amigos del tribunal” (*amicus curiae*). Por ello, este artículo se centrará en el papel desempeñado por la sociedad civil, ya sea a través de ONGs y otros sujetos individuales o colectivos en el arbitraje internacional de inversiones, tanto desde el punto de vista de la reglamentación de las intervenciones de terceros, como parte no contendiente, y desde la perspectiva de la racionalidad, utilidad y beneficios de

este tipo de intervenciones en los arbitrajes CIADI.

Para ello, es necesario revisar la evolución de la figura de los *amicus curiae* en los arbitrajes CIADI, para posteriormente abordar sus facultades procesales. Estas suelen estar relacionadas con el “*interés público*” o el “*carácter público*” de la disputa en materia de inversiones.

En primer lugar, se analizan las garantías fundamentales de transparencia y participación ciudadana y su reconocimiento en el arbitraje llevado a cabo al amparo del Derecho internacional de inversiones. En segundo lugar, se describe brevemente la posición de la sociedad civil en la resolución de controversias internacionales en materia de inversiones, tanto a la luz de la jurisprudencia como de las normas con respecto a este tipo de participación. También es necesario analizar la lógica y la conveniencia de la función desempeñada por la sociedad civil como “*amigos del tribunal*” en los procedimientos de solución de controversias en materia de inversión.

En este contexto, es importante analizar las condiciones que deben reunir estos sujetos en calidad de *amicus curiae* para acceder a la jurisdicción del CIADI, mediante la revisión de las decisiones arbitrales sobre la materia, las cuales no siempre son coincidentes ni uniformes, para así identificar las principales tendencias que siguen los tribunales en la actualidad. Por último, realizaremos una evaluación del impacto de este tipo de la participación en los procedimientos arbitrales CIADI.

2. TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La transparencia y la participación son garantías fundamentales utilizadas por la

mayor parte de las sociedades democráticas para asegurar la legitimidad y la responsabilidad en los procedimientos judiciales¹. Se ha considerado como deseable la incorporación de ciertos mecanismos en los tratados para que puedan materializarse dichas garantías; como son: publicación de la notificación de solicitud de arbitraje (presentada por el inversionista) y de iniciación del proceso; publicación de todos los argumentos presentados a un tribunal; publicación de los laudos y decisiones del tribunal; el acceso del público a las audiencias arbitrales; y la posibilidad de presentar una petición para comparecer como *amicus curiae*.

Si bien, en el arbitraje comercial internacional privado la confidencialidad y privacidad del procedimiento arbitral es, muchas veces, una condición indispensable para las partes contendientes; en el arbitraje de inversión la participación del Estado y la naturaleza de las controversias reclama cierta publicidad y participación de terceros que proporcionen sus puntos de vista en aras del resguardo de los derechos colectivos y difusos de un determinado grupo o grupos de personas, o de la colectividad en general,

cuando de servicios públicos, materia ambiental y de recursos naturales se trata.

Las instituciones arbitrales existentes escasamente cumplen con las exigencias de transparencia y apertura antes señaladas, sin embargo, es importante destacar que el CIADI cuenta con un registro público de sumarios de todas las causas². Además, en el marco del CIADI cualquiera de las partes también tiene derecho a publicar el laudo unilateralmente, si así lo desea. Si el CIADI no tiene el consentimiento de las partes puede, no obstante, publicar extractos de los laudos para ilustrar los desarrollos jurídicos más relevantes.

En los últimos tiempos la sociedad civil reclama mayor apertura y un significativo conocimiento sobre la forma en que se conducen los procedimientos internacionales, lo cual reforzaría la aceptación de la opinión pública y la legitimidad del sistema, en particular cuando se involucran Estados y materias de interés público. Es este imperativo el que ha impulsado el aumento de la transparencia en los procedimientos de arbitraje llevados ante la Organización Mundial

¹ En esencia, la transparencia consiste en la apertura, comunicación y rendición de cuentas.

La transparencia es a menudo un principio que se aplica a los gobiernos a nivel nacional. Sin embargo, el debate se extiende a las actividades de los Estados a nivel internacional con lo cual cada vez más las solicitudes de transparencia se hacen valer en el contexto de los litigios internacionales, particularmente en el arbitraje al amparo de los tratados de inversión. Así, cuando una de las partes implicadas en un arbitraje es un Estado y está siendo demandado por el ejercicio de los poderes públicos, se argumenta que hay un fuerte interés público en la promoción de la transparencia de las actuaciones, lo cual se encuentra directamente vinculado a los valores democráticos y el derecho de la colectividad a conocer e informarse de las acciones gubernamentales que pudieren afectarles. Ver HARRISON, James. "Recent developments to promote transparency and public participation in investment treaty arbitration". En: *University of Edinburgh School of Law. Working Paper N° 2011/01*, pp. 2-3. Disponible *online* <http://ssrn.com/abstract=1739181> (consultada el 20/01/2012).

² Por ejemplo, la Secretaría de la CNUDMI no lleva registros internos de los procesos iniciados de conformidad con su Reglamento de Arbitraje. Esto obedece a la naturaleza especial de sus reglas, que pueden aplicarse a los arbitrajes en cualquier lugar del mundo sin necesidad de asistencia alguna de la Secretaría. Por su parte, en virtud de las reglas de la Cámara de Comercio Internacional y la Cámara de Comercio de Estocolmo, estas instituciones son administradas por una secretaría permanente, pero ninguna lleva un registro público de las controversias presentadas en el marco de tratados. Esta falta de transparencia es producto del origen de las reglas, inicialmente dirigidas a la solución de diferencias comerciales privadas, generalmente entre dos entidades comerciales. Sin embargo, el uso moderno abarca un número cada vez mayor de arbitrajes entre inversionistas y Estados, en cuyos casos las implicaciones van mucho más allá de lo comercial, porque afectan objetivos de política pública, como el medio ambiente, la salud y la seguridad. En tales casos, un mayor grupo de interesados directos, además de las partes en litigio, tendrá un interés legítimo en la controversia, lo que aboga a favor de medidas de transparencia y apertura a la participación del público.

de Comercio (OMC) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y, más recientemente, en los del CIADI. A través de la participación de representantes de la sociedad civil en estos casos, el público adquiere un mejor conocimiento de estos procedimientos³.

En definitiva se trata de permitirle a la sociedad civil someter a consideración del tribunal arbitral internacional sus observaciones a la hora de decidir las controversias, para que se tomen en cuenta el contenido y alcance de los Derechos Humanos de la población⁴.

3. PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LAS DISPUTAS INVERSOR-ESTADO

Al referimos a los *amicus curiae* nos enfocamos en las organizaciones multilaterales y regionales, instituciones financieras y prestamistas privados, ONGs, medios de comunicación y otras entidades similares, así como sujetos individuales.

Aparecen así, en los procedimientos arbitrales internacionales la figura del *amicus curiae*, como aquel sujeto individual o colectivo, que no es parte en el proceso

pero que está interesado en el mismo, por lo cual pueden ser autorizados a presentar una declaración por escrito durante el procedimiento arbitral, ser escuchado por el tribunal⁵ y acceder a las actas procesales. El *amicus curiae* suministra información para ayudar a los tribunales en la toma de una decisión más apropiada.

No debemos perder de vista, en un sistema jurídico basado y centrado en los Estados como los principales sujetos, que los *amicus curiae* se caracterizan por el hecho de que “no son Estados, y no puede aspirar a serlo”. Así, desde una perspectiva teórica, los actores en el Derecho internacional se dividen en sujetos Estados y sujetos no Estados⁶, pero la posición generalizada de la doctrina apunta que la mayoría de los “actores no estatales”, con la excepción de organizaciones internacionales, no son sujetos de Derecho internacional⁷. Sin embargo, otros autores se oponen vigorosamente a tal punto de vista tradicional sobre el concepto de subjetividad internacional⁸.

La noción de “actores no estatales” se ha convertido en un concepto básico del Derecho internacional, pero, como han señalado acertadamente varios autores, esta descripción negativa no es muy útil⁹. La

³ Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/19), en adelante caso Suez/Vivendi I. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, del 19/05/2005, párrafo 22.

⁴ MADALENA, Ignacio y Diogo PEREIRA. *Human Rights as a defense in Investor-State arbitration*. Advocates for International Development, 2011. KRIEBAUM, Ursula. “Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration”. En: *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, N° 5, 2009, pp. 653-677.

⁵ SANDS, Philippe J. y Ruth MACKENZIE. “International Courts and Tribunals, Amicus Curiae”. En: WOLFRUM, Rudiger (ed). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford, 2011. BRABANDERE, Eric de. “NGOs and the “Public Interest”: The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes”. En: *Chicago Journal of International Law*, vol. 12, 2011, p. 87.

⁶ ALSTON, Philip. “The “Not-a-cat” Syndrome: Can the Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?”. En: ALSTON, Philip (ed). *Non-State Actors and Human Rights*. Oxford, 2005, p. 19.

⁷ REINISCH, August. “The changing international legal framework for dealing with non-state actors”. En: ALSTON, cit. nota 6, p. 65.

⁸ HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How we Use It*, Clarendon, 1994. MCCORQUODALE, Robert. “An Inclusive International Legal System”. En: *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, N° 3, 2004, pp. 477-497.

⁹ BRABANDERE, cit. nota 5, p. 89.

ausencia de una definición exacta permite incluir en esta noción a las organizaciones internacionales y las entidades no estatales, organizaciones criminales y comunidades religiosas. Sin embargo, en ausencia de consenso se hace necesario concretar dónde se encuentran ubicadas estas organizaciones en el tradicional orden jurídico internacional.

La categorización de las entidades distintas de los Estados como actores no estatales no implica por lo tanto que son irrelevantes en el Derecho internacional, más bien sugiere que su participación no ha sido formalizada¹⁰. De hecho, la influencia y la participación informal de los actores no estatales, como las ONGs, en distintos ámbitos del Derecho internacional y las relaciones internacionales están fuera de toda duda¹¹. Como señalan acertadamente algunos autores, aunque la participación de las ONGs es esencial y originariamente pertenece a la esfera de la ciencia política, la evolución de su participación, sin embargo tiene importantes implicaciones jurídicas¹².

En la actualidad, la participación de los *amicus curiae* es cada vez más frecuente en la medida en que la presencia del Estado en arbitrajes internacionales implique que se discutan asuntos de interés público, en los que terceros manifiestan algún interés¹³.

La ampliación de los mecanismos de solución de controversias a sujetos no estatales para acceder a los procedimientos internacionales en materia de inversión, a través de comunicaciones en calidad de *amicus curiae*, ha beneficiado principalmente a las ONGs¹⁴. Pero, la participación de las ONGs en estos conflictos, es parte de un fenómeno mucho más amplio. En primer lugar, en el Derecho internacional, esta participación incluye, por ejemplo, la consulta¹⁵. En segundo lugar, se admite la participación de las ONGs como *amicus curiae*, de manera formal o como producto de una práctica aceptada en otros tribunales, como, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷, y la Corte Penal Internacional¹⁸. En este sentido, en la práctica se

¹⁰ *Ibidem*, p. 90.

¹¹ BOYLE, Alan y Christine CHINKIN. *The Making of International Law*. Oxford, 2007, pp. 62-77.

¹² KAMMINGA, Menno T. "The Evolving Status of NGO's under International Law: A Threat to the Inter-State System". En: ALSTON, cit. nota 6, p. 94.

¹³ MEDINA CASAS, Héctor Mauricio. "Las partes en el arbitraje CIADI". En: *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 15, 2009, p. 220.

¹⁴ LEVINE, Eugenia. "Amicus curiae in international investment arbitration: The implications of an increase in third-party participation". En: *Berkley Journal of International Law*, vol. 29, N° 1, 2011, pp. 11-15. Disponible online <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hela/workingpaper2010.html> (consultada el 20/02/2012). DUMBERRY, Patrick y Érik LABELLE-EASTAUGH. "Non-state actors in international investment law. The legal personality of corporations and NGOs in the context of investor-state arbitration". En: D'ASPREMONT, Jean (ed.), *Participants in the International Legal System: Theoretical Perspectives*. Routledge, 2011, pp. 360-371.

¹⁵ BOSSCHE, Peter Van den. "NGO Involvement in the WTO: A Comparative Perspective". En: *Journal of International Economic Law*, vol. 11, 2008, p. 717.

¹⁶ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1953, Art 36(2). "En interés de la buena administración de la justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista".

¹⁷ PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge, 2003, p. 214.

¹⁸ WILLIAMS, Sarah y Hannah WOOLAVER. "The Role of the Amicus Curiae Before International Criminal Tribunals". En: *International Criminal Law Review*, vol. 6, 2006, pp. 151-152.

ha extendido la participación como *amicus curiae* a otras organizaciones públicas o privadas y particulares¹⁹.

A pesar de las críticas sobre las ideas en torno a los actores no estatales y su subjetividad, su importancia en las relaciones internacionales, en su función formal, ya sea en la elaboración del Derecho, la aplicación del Derecho o la solución de controversias internacionales, sólo se ha reconocido muy excepcionalmente²⁰.

En el sistema internacional de Derechos Humanos las ONGs deben ser las víctimas directas de la violación del derecho²¹ y, en consecuencia, una parte contendiente propiamente dicha, que representa sus propios intereses²². También en el Derecho ambiental internacional, las ONGs han tenido participación de conformidad con artículo 9 (2) de la Convención de Aarhus de 1998

sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales²³. Esta postura le abrió la puerta de los tribunales regionales como la Corte Europea de Justicia a las ONGs²⁴.

Los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia de manera clara y explícita rechazan cualquier tipo de participación directa de las entidades distintas de los Estados en los conflictos que se le presentan²⁵. Sin embargo, cada vez más ha tenido que enfrentar solicitudes de participación de actores no estatales²⁶, ante las cuales se toman decisiones sin sustento en ningún artículo específico de su Estatuto o Reglamento, sino en consideraciones relativamente pragmáticas²⁷.

A pesar de estos desarrollos interesantes, la participación directa de la sociedad

¹⁹ Por ejemplo, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, con frecuencia interviene como *amicus curiae* ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Véase, por ejemplo, Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Opinión Amicus Curiae (Procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), sobre la naturaleza de las actuaciones ante la Sala de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina, Opinión N° 337 / 2005, Doc. N° CDL-AD(2005)020, (15/06/2005). Disponible online en [http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-AD\(2005\)020-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-AD(2005)020-e.asp) (consultada el 31/12/2011).

²⁰ KAMMINGA, cit. nota 13, p. 109. BRABANDERE, Eric De. "Non-State Actors in International Dispute Settlement". En: D'ASPROMONT, Jean (ed.), Participants in the International Legal System: Theoretical Perspectives, Routledge, 2011, p. 342.

²¹ Es este el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Justicia, en los cuales se ha aceptado el acceso directo de las ONGs, pero en calidad de partes. VIERUCCI, Luisa. "NGOs Before International Courts and Tribunals". En: DUPUY, Pierre-Marie y Luisa VIERUCCI (eds), NGOs in International Law: Efficiency in Flexibility?. Edward Elgar Publishing, 2008, pp. 156-163.

²² VIERUCCI, cit. nota 21, pp. 156, 158, 159.

²³ FITZMAURICE, Malgosia. "The Participation of Civil Society in Environmental Matters: The 1998 Aarhus Convention". En: Human Rights & International Legal Discourse, vol. 4, N° 1, 2010, p. 47.

²⁴ Ver CROSSEN, Teall y Veronique NIESSEN. "NGO Standing in the European Court of Justice-Does the Aarhus Regulation Open the Door?". En: Community & International Environmental Law, vol. 16, N° 3, 2008, p. 332.

²⁵ Ver, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 34: "Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte".

²⁶ Ver, Corte Internacional de Justicia, Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Orden del 19/12/2003. En: ICJ Reports, 2003, pp. 428-429. También, Corte Internacional de Justicia, conforme al derecho internacional de la declaración unilateral de independencia por las instituciones provisionales de autogobierno-Gobierno de Kosovo, Orden del 17/10/2008. En: ICJ Reports, 2008, pp. 409-410. Disponible online en <http://www.icj-cij.org> (consultada el 01/12/2011).

²⁷ En la opinión consultiva sobre el muro, por ejemplo, la Corte justificó la intervención de Palestina, pero afirmó que: "(...) a la luz de la resolución A/RES/ES-10114 y el informe del Secretario General y teniendo en cuenta el hecho de que la Asamblea General ha concedido a Palestina un estatus especial de observador y que la este último es

civil en las cortes y tribunales internacionales generalmente sigue siendo relativamente limitada y, por tanto, su participación sigue siendo esencialmente una cuestión de litigios internos²⁸.

En los procedimientos arbitrales Inversor-Estado se discute sobre el acceso de la sociedad civil a estos arbitrajes ante la OMC, los órganos de solución de controversias y los tribunales internacionales de inversión, los cuales se han visto obligados a desarrollar una jurisprudencia sobre el acceso de la sociedad civil en estos procedimientos, en tanto y en cuanto a los términos normativos y de conveniencia de su participación en cada caso particular.

En efecto, en el sistema arbitral CIADI este tipo de solicitudes de participación de la sociedad civil en calidad de *amicus curiae* apareció en épocas recientes, con lo cual se plantean varias interrogantes en función de su naturaleza y el tratamiento procesal que debe dársele. Para ello, se ha considerado útil tomar en consideración la experiencia del Mecanismo de Solución de Diferencias (MSD) de la OMC y de los tribunales internacionales de Derechos Humanos.

Las Reglas de Arbitraje CIADI utilizan la expresión parte tanto para identificar

a los particulares y a los Estados como a los *amicus curiae*; en el primer caso, se les denomina partes contendientes; mientras en el segundo, partes no contendientes²⁹.

4. TRATAMIENTO DE LOS *AMICUS CURIAE* EN EL SISTEMA DE ARBITRAJE CIADI

Los arbitrajes de inversión deben poner énfasis en el equilibrio de dos intereses, en principio contrapuestos, pero que necesariamente van de la mano: por una parte, la confidencialidad y, por otra parte, una mayor transparencia en atención a permitir la participación de la sociedad civil, en función del interés público involucrado en los litigios que se plantean en este tipo de procedimientos³⁰.

En el marco del CIADI, la aceptación de los *amicus curiae* ha sido progresiva, en virtud de la exigencia de apertura y participación de usuarios de servicios públicos, ambientalistas y otras organizaciones que representan a un colectivo generalizado de afectados³¹.

Sin embargo, las organizaciones implicadas en la defensa de este tipo de intereses colectivos consideran que el paso adelante dado por CIADI es insuficiente. Casos

co-patrocinador del proyecto de resolución que solicita la opinión consultiva, Palestina también podrá presentar ante la Corte una declaración por escrito sobre la cuestión debatida dentro del plazo antes indicado. En: Corte Internacional de Justicia, Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, ICJ Reports, 2003, pp. 429.

²⁸ VIERUCCI, cit. nota 21, pp. 156-160.

²⁹ MEDINA CASAS, cit. nota 13, 2009, p. 219.

³⁰ WIELAND, Patrick. "Why the Amicus Curia Institution is ill-suited to address Indigenous Peoples' Rights before Investor-State Arbitration Tribunals: Glamis Gold and the right of intervention". En: Trade, Law and Development, vol. 2, N° 2, 2011, p. 337. EGONU, Mabel I. "Investor-State arbitration under ICISD: A case for presumption against confidentiality?" En: Journal of International Arbitration, vol. 24, N° 5, 2007, pp. 479-490.

³¹ FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique. "Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras?: Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado". En: Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, vol. 19, N° 1, 2007, pp. 1-14. STERN, Brigitte. "Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur". En: Revue d'arbitrage, N° 1, 2007, pp. 3-43. EGONU, cit. nota 30, pp. 479-490. KNAHR, Christina. "Transparency, third party participation and access in International investment arbitration". En: Arbitration International, vol. 23, N° 2, 2007, pp. 327-355.

tan controvertidos como *Aguas del Tunari v. Bolivia* (caso Aguas del Tunari) han hecho que desde Latinoamérica se reclame con especial vehemencia una mayor protección de los derechos de terceros en el arbitraje de inversiones³².

Sin lugar a dudas, el CIADI estaría tendiendo su mano a estos grupos e involucrándolos en la consolidación y evolución del sistema arbitral internacional. Para ello, Katia FANCH G. considera que debe tomarse en consideración la necesidad de emprender todas o algunas de las siguientes acciones: reformar nuevamente el Reglamento de arbitraje de forma que las audiencias públicas o la intervención de terceros se convirtiesen en una obligación impuesta por el mecanismo arbitral y desvinculada de la voluntad de las partes y/o los árbitros, respectivamente; crear una figura asimilable a la de un fiscal, encargado de defender ex officio los intereses colectivos afectados por estos procedimientos de arbitraje; impulsar el desplazamiento del tradicional esquema bilateral Inversor-Estado por un arbitraje multiparte, en el que los antiguos terceros pasasen a gozar, en calidad de defensores de intereses generales, de una gama de prerrogativas más extensa³³.

En la actualidad diversas ONGs protectoras del medio ambiente y de los derechos humanos están haciendo uso de la posibilidad de participación en calidad de *amicus curiae* en el procedimiento de arbitraje CIADI. Así, se encuentran en curso los

casos Pac Rim Cayman LLC³⁴ y *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc.*, ambos contra El Salvador³⁵.

4.1. Partes intervinientes

Las partes intervinientes en los arbitrajes CIADI son los inversionistas y los Estados, como partes contendientes. Esto es, la intervención ante el CIADI está limitada a sujetos calificados. Sin embargo, es posible que intervengan sujetos que no cumplen las condiciones referidas, pero tienen un interés significativo en el procedimiento que justifica su participación como terceros, actuando a título de *amicus curiae*, con ciertas facultades dentro del proceso³⁶, como partes no contendientes. En el caso *Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. Argentina* (Suez/Vivendi I), el Tribunal dejó en claro que la participación como *amicus curiae* no es el equivalente a la participación como una parte en el arbitraje, y reiteró que su función consiste en brindar asistencia al tribunal, ofreciendo su experiencia y los argumentos que las partes no pueden proporcionar³⁷.

Por regla general, los inversionistas se oponen a la intervención de *amicus curiae* pues consideran que les genera una carga indebida que los obliga a litigar, no sólo contra el Estado contraparte, sino también contra otros sujetos que no son parte del acuerdo de arbitraje³⁸; no obstante, en varios asuntos CIADI se ha permitido la participa-

³² *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia* (Caso CIADI N° ARB/03/2).

³³ FANCH G, Katia. Proponiendo un decálogo conciliador para Latinoamérica y CIADI. Colombia, 2010, p. 445.

³⁴ *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/09/12). Orden procesal N° 8, del 23/03/2011.

³⁵ *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. El Salvador* (Caso CIADI N° ARB/09/17), Orden Procesal sobre *Amicus Curiae* del 20/10/2010.

³⁶ MEDINA CASAS, cit. nota 13, p. 219.

³⁷ Caso Suez/Vivendi I, párrafo 13.

³⁸ Caso Suez/Vivendi I, párrafo 12. MEDINA CASAS, cit. nota 13, p. 231.

ción de los *amicus curiae* por razones de transparencia y por tratarse de asuntos que involucran un interés público³⁹.

4.2. Primeras respuestas a los *amicus curiae*

Frecuentemente, los tribunales se enfrentan con la ausencia de normas específicas, tanto en el Derecho internacional en general como en los propios estatutos o reglas de procedimiento de los centros o instituciones arbitrales, para hacer frente a la presentación de informes voluntarios de miembros o representantes de la sociedad civil. Estos estatutos y reglamentos a menudo contienen reglas explícitas sólo en el procedimiento de intervención de terceros, lo que permite que un tercer Estado participe directamente como parte en el procedimiento, siempre que haya un interés jurídico que pueda ser afectado por la decisión final del caso⁴⁰. Ese mecanismo es fundamentalmente diferente al de la participación en calidad de *amicus curiae*. Sin embargo, a pesar de la ausencia de una disposición explícita que permita intervenciones *amicus curiae*, en la práctica ha sido aceptada, tanto en los procedimientos de la OMC como en el arbitraje de inversión.

Así, la participación de los *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inver-

sión se ha desarrollado en la misma línea del sistema de la OMC⁴¹. En efecto, el arbitraje CIADI inicialmente no contiene ninguna referencia explícita a la participación de *amicus curiae*, tampoco las Reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), pero confieren al tribunal una gran discreción en cuanto a normas de procedimiento y principios procesales, únicamente limitados por el acuerdo en contrario de las partes y en atención al principio de igualdad.

Debemos remontarnos al año 2001, a la decisión pionera en el caso Methanex⁴², bajo el Capítulo XI del TLCAN, en el cual el Tribunal arbitral, al referirse al Tribunal de Reclamaciones de Guerra Irán-Estados Unidos, llegó a la conclusión que tenía la facultad de aceptar la participación de *amicus curiae*. En efecto, el Tribunal consideró que ni el Reglamento de la CNUDMI ni el Capítulo XI del TLCAN contienen disposición explícita relativa a los escritos *amicus curiae*. Sin embargo, el Tribunal se percató que el artículo 15 del Reglamento CNUDMI otorga al Tribunal mayor discreción en cuanto a las normas de procedimiento⁴³. El Tribunal señaló que la aceptación de escritos *amicus curiae*, como parte no contendiente, no es equivalente al de una de las partes contendientes en el arbitraje⁴⁴.

³⁹ Sobre la intervención de un *amicus curiae*, STERN, Brigitte. "L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et Investisseur". En: *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2, 2002, pp. 329-345.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 62 (1): "Si un Estado considerare que tiene un interés de carácter jurídico que pueda resultar afectado por la decisión en el caso, puede presentar una solicitud a la Corte que le permita intervenir".

⁴¹ BRABANDERE, cit. nota 5, p. 99.

⁴² En el asunto de un arbitraje internacional en virtud del Capítulo XI del LCAN y las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, entre Methanex Corporation y Estados Unidos de América, la Decisión del Tribunal sobre la petición de terceros para intervenir como "amicus curiae", del 15/01/2001, párrafo 32. Disponible online en <http://naftaclaims.com> (consultada el 30/11/2012).

⁴³ *Ibidem*, párrafos 29-32.

⁴⁴ En el caso Methanex, se respalda la facultad del tribunal arbitral para aceptar presentaciones *amicus*. En su interpretación del artículo 15(1) de las Reglas de la CNUDMI, que es sustancialmente análogo al Artículo 44 del Convenio del CIADI, el Tribunal concluyó que dichas Reglas le otorgaban poder para aceptar escritos *amicus* y resolvió, específicamente, que "la recepción de presentaciones escritas realizadas por una persona que no es una de las partes contendientes no equivale a agregar a esa persona como parte en el arbitraje" párrafo 30

Es importante señalar que en el caso Methanex, las ONGs invocaron la necesidad de una mayor transparencia. Así como también, solicitaron participar en el procedimiento por encontrarse relacionado con cuestiones de “interés público”.

A partir de este caso, la Comisión de Libre Comercio emitió una Declaración confirmando que ninguna disposición del TLCAN limita la discrecionalidad de los tribunales arbitrales para aceptar escritos de partes no contendientes⁴⁵. La declaración también recomienda a los tribunales, al amparo del Capítulo XI, entre otras cosas, adoptar el procedimiento que allí se describe.

Centrándonos en el arbitraje de inversiones al amparo de las Reglas de Arbitraje CIADI se identifican dos momentos: antes y después de la adopción de las nuevas reglas del 10 de abril de 2006.

Antes de la modificación de las Reglas no se contemplaba dentro de todo el conjunto de normas que gobiernan el arbitraje CIADI una disposición que permitiera y regulará la intervención de *amicus curiae*. Por ello, en el caso Suez/Vivendi I) en el año 2003⁴⁶, en el cual se estudió por primera vez la intervención de un *amicus curiae* dentro de un procedimiento CIADI, se debieron hacer algunas consideraciones sobre la ad-

misibilidad de dicha participación en los arbitraje Inversor-Estado, en atención a lo dispuesto en el artículo 44 del Convenio de Washington y las Reglas de Arbitraje CIADI del 2003 (reformadas el 29 de septiembre de 2002 y en vigor desde el 1° de enero 2003), en virtud de lo cual se le otorga al tribunal poder residual para resolver cuestiones de procedimiento en una diferencia en concreto; así se facultaba al tribunal arbitral para aceptar, en determinados casos, presentaciones *amicus curiae* realizadas por personas idóneas que no sean parte⁴⁷.

En el arbitraje *Suez/Vivendi I*, el Tribunal manifestó que por versar la discusión en ese momento sobre un asunto de derecho, particularmente jurisdiccional, no era necesaria la intervención de los *amicus curiae*, pero indicó la forma en que podrían ser presentados en el futuro sus escritos para que fueran estudiados por los árbitros⁴⁸. En cuanto al arbitraje CIADI se refiere, el Tribunal explicó la conveniencia de aceptar escritos *amicus curiae* al señalar que el caso no sólo abordaba cuestiones de interés público, que están presentes en todos los casos CIADI, pero en este caso, se trata de un “especial interés público”: la distribución de agua y alcantarillado de la ciudad de Buenos Aires y los municipios circundantes. El Tribunal por lo tanto señaló que esos sistemas proporcionan los servicios públicos básicos a millones de personas y, como consecuen-

⁴⁵ Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no contendientes del 07/10/2003. Disponible online en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Nondisputing-en.pdf> (consultada el 01/04/2011).

⁴⁶ Este caso se registró en el año 2003 y surge de una reclamación por parte de tres empresas, las cuales alegaban que Argentina había violado los términos de varios Tratados Bilaterales de Inversiones como resultado de las acciones tomadas durante y después de la crisis financiera que enfrentó ese país en los años noventa. En el momento de la crisis, los tres inversores eran accionistas de una empresa argentina que poseía una concesión por 30 años para suministrar servicios hídricos a la ciudad de Buenos Aires y a municipios aledaños. En este caso, varias ONGs argentinas solicitaron participar en calidad de *amicus curiae* en el procedimiento arbitral.

⁴⁷ En el caso Suez/Vivendi I, el Tribunal considera que la aceptación de presentaciones *amicus* es una cuestión de procedimiento que no afecta los derechos sustantivos de las partes contendientes en razón de que los derechos de las partes son iguales tanto antes como después de la presentación. Suez/Vivendi I, párrafo 14.

⁴⁸ Suez/Vivendi I, párrafos 25-29.

cia, podrían plantear una serie de complejas cuestiones de derecho público y Derecho internacional, incluyendo las consideraciones sobre derechos humanos. No cabe duda que toda decisión dictada en este caso, ya sea a favor de los reclamantes o el demandado, tiene el potencial de afectar el funcionamiento de los sistemas y, por lo tanto, el público al que sirven⁴⁹.

Después de un detallado análisis, el tribunal arbitral consideró que las ONGs podían presentar sus argumentos y puntos de vista en el caso, siempre que (i) se tratara de escritos pertinentes al caso bajo estudio, (ii) fueran presentados por personas con conocimientos especializados, experiencia e independientes de las partes y (iii) bajo un procedimiento apropiado definido por el tribunal tendiente a proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes contendientes. Sin embargo, el tribunal llegó a la conclusión que presentaciones *amicus curiae* sobre las cuestiones jurisdiccionales no serían procedentes, bajo los estándares antes mencionados pues, en nada ayudaría en su tarea de determinar la jurisdicción⁵⁰.

Posteriormente, dentro de este mismo proceso arbitral se autorizó la presentación de escritos *amicus curiae* en el debate sobre el fondo de la controversia⁵¹.

En el caso *Aguas del Tunari SA v. Bolivia*⁵², el Tribunal luego de haber recibido los puntos de vista de las partes y debatir sobre lo solicitado, llegó a la conclusión de que la interrelación de los dos tratados en cuestión, el Convenio del CIADI y el TBI, y la naturaleza consensual del arbitraje hacen que las cuestiones planteadas por los terceros no partes en el procedimiento deban ser resueltas por las partes, y no por el Tribunal. A falta de consentimiento de las partes, el Tribunal carece de la facultad de admitir la intervención de entidades que no sean partes en el procedimiento, facilitarles el acceso a las audiencias a tales entidades y, *a fortiori*, al público en general, o hacer públicos los documentos de los procedimientos⁵³.

Los criterios antes reseñados, fueron confirmados en los casos *Suez/Vivendi II*⁵⁴, y *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interaguas Servicios Integrales de Agua*

⁴⁹ *Suez/Vivendi I*, párrafo 19. ISHIKAWA, Tomoko. "Third party participation in investment treaty arbitration", En: ICLQ, vol. 59, 2010, p. 394.

⁵⁰ *Suez/Vivendi I*, párrafo 28.

⁵¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/19)*. Resolución en respuesta a la solicitud de autorización de cinco organizaciones no gubernamentales para realizar una presentación en calidad de *amicus curiae*, del 12/02/2007.

⁵² *Aguas del Tunari, S.A. v. Bolivia (Caso CIADI N° ARB/02/3)*. Este procedimiento se inició por Aguas del Tunari, S.A. como parte demandante, una sociedad constituida de conformidad con las leyes de Bolivia, y se refería a un Contrato de Concesión para la prestación de los servicios de agua y alcantarillado sanitario a la ciudad de Cochabamba, Bolivia, celebrado en septiembre 1999. La empresa alegó que Bolivia a través de diversos actos y omisiones que llevaron a la rescisión de la Concesión en abril de 2000, violó varias disposiciones del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Bolivia. Poco después de la constitución del Tribunal, algunos individuos y unas organizaciones no gubernamentales de asuntos ambientales presentaron ante el tribunal una petición conjunta solicitando que les reconociera legitimación procesal como partes en el arbitraje, o si tal condición fuere negada a uno o más de los peticionarios, se reconociera a éstos el derecho de participar en las actuaciones como *amici curiae*, para presentar escritos referentes a los aspectos procesales de las actuaciones del tribunal, asistir a las audiencias y tener acceso a las comunicaciones de las partes.

⁵³ *Caso Aguas del Tunari*, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, del 21/10/2005, párrafo 17.

⁵⁴ *Caso Suez/Vivendi II*, párrafo 12.

S.A.⁵⁵, ambos contra Argentina. En ambas decisiones, los tribunales, que se constituyeron de manera similar, señalaron que las nuevas Reglas de Arbitraje CIADI no eran aplicables, pero que se corresponden con los criterios previamente identificados por el Tribunal en el caso Suez/Vivendi I, en su Resolución del 19 de mayo de 2005⁵⁶.

En otro caso, que podríamos ubicar en una especie de transición entre las Reglas de Arbitraje aplicadas en el caso anterior y las Reglas modificadas, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* (caso Biwater)⁵⁷, se presenta una petición para actuar como *amicus curiae*. Entre los aspectos a destacar se encuentran dos de las cinco órdenes procesales producidas en este procedimiento, en las cuales se persigue mantener el equilibrio entre la necesidad de transparencia y la necesidad de proteger la integridad de los procedimientos en cuestiones como la confidencialidad de los arbitrajes al amparo de tratados (Orden Procesal N° 3), y el alcance de la nueva Regla de Arbitraje del CIADI 37 (2) con respecto a las presentaciones de partes no contendientes (Orden Procesal N° 5).

Así, en el caso *Biwater*, el Tribunal en relación con el carácter de interés público de estas disputas⁵⁸, consideró que el proceso arbitral en general, podría beneficiarse de una mayor transparencia, incluso si se admitiera que no había ningún interés especial o general en juego. Por lo tanto, el Tribunal aceptó que cinco ONGs presentaran un solo escrito, pero breve, en cuanto a su extensión, pero negó la solicitud de acceso a los documentos presentados por las partes y la solicitud de participación en las audiencias. Las partes en este caso aceptaron la aplicación de la nueva Regla de Arbitraje a pesar de que el conflicto se había iniciado antes de su entrada en vigor⁵⁹.

Las Reglas modificadas en el año 2006 serán analizadas a continuación.

4.3. Reformas a las Reglas de Arbitraje CIADI

El CIADI ha realizado esfuerzos en los últimos tiempos por dar cabida en su institución a alguna de las reivindicaciones planteadas por la sociedad civil⁶⁰. Ejemplo

⁵⁵ Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales de Agua S.A. (Caso CIADI N° ARB/03/17). Resolución en respuesta a la petición de participación como *amicus curiae*, del 17/03/2006.

⁵⁶ Caso Suez/Vivendi II, párrafos 15-16 y 22; Caso Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales de Agua S.A., párrafos 4, 6-8.

⁵⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* (Caso CIADI N° ARB/05/22), Orden Procesal N° 5, del 02/02/2007. Laudo del 24/07/2008.

⁵⁸ El caso *Biwater* se refiere a un proyecto de agua y alcantarillado de la infraestructura en Dar es Salaam, Tanzania. Una oferta exitosa de la operación y administración del sistema de agua potable y alcantarillado presentada por una empresa conjunta británico-alemán condujo a la creación de la Demandante como un vehículo de inversión constituida en Inglaterra y Gales. A su vez, el Demandante estableció una compañía local en Tanzania, City Water Services Limited (City Water), que en 2003 llegó a la conclusión de determinados acuerdos con una empresa pública de Tanzania, Dar es Salaam Water and Sewerage Authority (DAWASA), para poner en práctica el proyecto. En mayo de 2005, tras las conversaciones para resolver una disputa entre City Water y DAWASA, City Water inició un procedimiento de arbitraje contractual contra DAWASA. Posteriormente, una serie de eventos dirigidos a la presunta deportación de los altos directivos de City Water, así como la incautación de los activos de Agua Potable y de adquisición de las acciones de DAWASA. Posteriormente, el 5 de agosto de 2005, el Demandante presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI, invocando el incumplimiento del Acuerdo entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Unida de Tanzania para la Promoción y Protección de Inversiones de 1994 y la Ley de Inversiones de Tanzania de 1997. Caso *Biwater*, orden procesal N° 5 del 02/02/2007.

⁵⁹ Caso *Biwater*, párrafo 67.

⁶⁰ FANCH G., cit. nota 33, p. 445.

paradigmático de ello es el reconocimiento de la figura del *amicus curiae*. En este sentido, en el año 2006 se introduce una doble reforma en el Reglamento de Arbitraje CIADI⁶¹. Por una parte, la Regla 32, para permitirle a la sociedad civil intervenir en las audiencias orales del tribunal arbitral, al establecer que:

(1) Las actuaciones orales comprenderán las audiencias del Tribunal para oír a las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, y a los testigos y peritos.

(2) Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida.

(3) Los miembros del Tribunal podrán, durante las audiencias, interrogar a las partes, sus apoderados, consejeros y abogados y solicitarles explicaciones” (resaltado nuestro).

La reforma de la Regla 32 se centra en el numeral 2, dejando a un lado la necesidad de que las partes consientan que “otras personas” puedan asistir a las audiencias. La Regla modificada permite al tribunal tomar la decisión sobre dicha participación, con la consulta del Secretario General, salvo ob-

jeción de alguna de las partes. Antes de la modificación, si bien el tribunal tenía ciertos poderes inherentes con respecto al procedimiento arbitral, no estaba facultado para ejercer esos poderes en oposición a una directriz estipulada claramente en las Reglas de Arbitraje que exigía la aceptación tanto del Demandante como del Demandado para permitir la presencia de público en las audiencias.

Por su parte, la posibilidad de intervenciones escritas para las partes no contendientes se reglamenta en el artículo 37 (2), de la siguiente forma:

“(2) Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla “parte no contendiente”) que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:

(a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia;

(b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;

(c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.

⁶¹ Las sugerencias para modificar las reglas de arbitraje de la CNUDMI, cuando se aplican al arbitraje de inversión internacional, aún no han sido adoptadas. Ver PAULSSON, Jan y Georgios PETROCHILOS. Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules. Disponible online en http://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf (consultada el 12/01/2012).

El Tribunal deberá asegurarse que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente” (resaltado nuestro).

La Regla 37 modificada añade el numeral 2 y el párrafo único. En cuanto a la posibilidad de otorgar la condición de *amicus curiae* a terceros no partes en los litigios, las Reglas reformadas tienen como finalidad “*permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia*” realice “*una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia*”, previa consulta a ambas partes (Regla 37), y así mismo permite que otras personas “*asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen*”, salvo objeción de alguna de las partes (Regla 32).

Sin lugar a dudas, estas reglas introdujeron cambios que facilitan la labor de los árbitros en la aceptación de escritos *amicus curiae* y brindan mayor seguridad al sistema. Como rasgos a destacar de las disposiciones en comento se señalan:

a) el artículo 37 (2) no crea un derecho ni un status en favor de los *amicus curiae* que los autorice a participar en los procedimientos arbitrales CIADI. Sino que la participación está supeditada a la decisión autónoma de cada tribunal arbitral.

b) las partes contendientes no pueden oponerse a la decisión del tribunal que acepta la participación de *amicus curiae*. El derecho de las partes se limita a ser oídos

y consultados por los árbitros acerca de la solicitud de intervención realizada.

c) es deber de los árbitros analizar si la intervención solicitada es beneficiosa para el proceso y si el *amicus curiae* tiene un interés legítimo que justifique su participación⁶².

d) se establece la obligación para los árbitros de asegurar que la intervención de los *amicus curiae* no interfiera negativamente en el proceso arbitral y no afecte el derecho de defensa y contradicción de las partes contendientes.

5. NUEVOS TRATADOS DE INVERSIÓN FRENTE A LA SOCIEDAD CIVIL

En los últimos tiempos muchos actores de la sociedad civil han alzado sus voces en contra del procedimiento del CIADI. El principal reclamo se enfoca en la tramitación secreta de los casos y la celebración de audiencias privadas, impidiendo el acceso a la información y participación del público en los procesos arbitrales, en donde se discuten, por ejemplo, cuestiones que afectan de manera directa los derechos de los consumidores de servicios públicos esenciales.

Los tribunales arbitrales de inversiones han sido descritos como un “*tribunal de empresarios*” (*businessman’s court*) diseñado para favorecer a los inversores con el otorgamiento de compensaciones por pérdidas ocasionadas en sus inversiones, como consecuencia de las medidas gubernamentales de los Estados receptores. Sin embargo, si fuere posible sustituir los foros creados por los tratados de inversión por un foro judicial, en opinión de Ahmad Ali GHOURI,

⁶² En noviembre de 2008, se autorizó la participación de la Comisión Europea a título de *amicus curiae* en AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT v. Hungría (Caso CIADI N° ARB/07/22).

profesor titular de la Universidad de Punjab, Pakistán, “*sólo se curarían los síntomas pero no la enfermedad*”. El problema de fondo se encuentra en el apego a las normas sustantivas, y la ausencia de una política colectiva es la enfermedad real del sistema⁶³.

Los tratados de inversión se basan en una filosofía particular y están jugando un papel importante para resolver las controversias Inversor-Estado, junto con el desarrollo de otras normas de Derecho internacional de inversiones. Estos tratados tiene el potencial para curar sus defectos, lo cual implica una mejor formulación de las normas sustantivas y una política basada en valores colectivos establecidos indiscutiblemente en el plano internacional, como lo son la protección del medio ambiente, los Derechos Humanos, la cultura, la salud y la seguridad de las personas.

En los últimos diez años la experiencia acumulada en la resolución de disputas Inversor-Estado ha influido en el desarrollo de los nuevos tratados de inversión. Así, se han incorporado innovaciones en los TBIs vinculadas con la solución de controversias Inversor-Estado. Nuevas cláusulas más detalladas prevén una actuación orientada jurídicamente, previsible y ordenada en las diversas etapas del procedimiento de resolución de controversias. Por ejemplo, algunos TBIs recientemente concluidos por Canadá y Estados Unidos⁶⁴, han introducido novedades tendientes a garantizar

mayor transparencia y más disposiciones sustanciales en los procedimientos de arbitraje como audiencias públicas, publicación de documentos y posibilidad de que representantes de la sociedad civil presenten informes *amicus curiae* ante los tribunales de arbitraje, dentro de ciertas limitaciones⁶⁵.

Si bien, en un primer momento, los tratados de inversión incluían muy pocas previsiones de carácter general sobre los mecanismos de resolución de controversias Inversor-Estado, la tendencia va a cambiar con la adopción del TLCAN, cuyo Capítulo XI se dedica a este tipo de procedimientos. En respuesta a estas preocupaciones sobre la intervención de terceros no partes en los arbitrajes de inversión, los Estados han comenzado a modificar sus modelos de tratados de inversión.

Por ejemplo, el TBI Uruguay-EE.UU. (2005), no sólo proporciona un procedimiento especial para las primeras etapas de la solución de controversias Inversor-Estado, destinada a descartar las demandas temerarias, sino también la posibilidad de establecer un mecanismo de apelación para fomentar una aplicación más coherente y rigurosa del Derecho Internacional en los laudos arbitrales. Así, se incluyen disposiciones más detalladas para regular los mecanismos de resolución de controversias y asegurar un comportamiento mejor orientado, confiable y ordenado en todas las etapas del procedimiento; igualmente, las partes han acordado

⁶³ GHOURI, Ahmad Ali. “Investment Treaty Arbitration and the Development of International Investment Law as a ‘Collective Value System’: A Synopsis of a New Synthesis”. En: *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, N° 6, 2009, pp. 234-236.

⁶⁴ Sobre el Tratado Modelo de Canadá, véase: NEWCOMBE, Andrew *Canada’s New Model Foreign Investment Protection Agreement*, Faculty of Law, University of Victoria. Disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/CanadianFIPA.pdf> (consultada el 20/01/2012). Por su parte, sobre el Tratado Modelo de EE.UU., véase: HUIPING, Chen. “The Investor-State Dispute Settlement Mechanism: Where to go in 21st Century?”. En: *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, N° 6, December, 2008, pp. 482-488.

⁶⁵ TIENHAARA, Kyla. “Third Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments”. En: *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 16, N° 2, 2007, pp. 230-233.

que el tribunal arbitral tiene la facultad de aceptar y considerar informes *amicus curiae* “de una persona o entidad que no es una de las partes contendientes”.

También, los Tratados de Libre Comercio negociados por EE.UU. con Chile, Perú y Singapur, establecen que el tribunal arbitral estará facultado para “*aceptar y considerar comunicaciones amicus curiae que provengan de una persona o entidad que no sea una parte contendiente*” (ver, por ejemplo, artículo 10.19.3 del TLC Chile-EE.UU.).

En definitiva, la “*nueva generación*” de tratados de inversión ha incorporado varias disposiciones innovadoras, en materia de resolución de controversias Inversor-Estado, con el fin de alcanzar cuatro objetivos generales en esta materia: (i) proporcionar mayor control a las partes sobre el procedimiento de arbitraje; (ii) promover el principio de economía procesal; (iii) asegurar la consistencia en los laudos arbitrales; y (iv) promover un clima de mayor legitimidad de la disputas Inversor-Estado dentro de la sociedad civil. Estos cambios son producto de las necesarias respuestas ante las duras críticas que ha tenido que enfrentar el arbitraje Inversor-Estado, desarrollado al amparo de los instrumentos internacionales. En el próximo apartado nos centraremos en el análisis del último de estos objetivos, antes señalados para abordar la participación de los *amicus curiae* en el procedimiento arbitral CIADI.

6. FORMAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS *AMICUS CURIAE* EN LOS PROCEDIMIENTOS CIADI

Muchos tribunales de arbitraje de inversión han invocado explícitamente la necesidad de mayor transparencia en atención al carácter de “*interés público*” de los casos, para apoyar la idea de participación de los *amicus curiae*⁶⁶.

La “*amplia*” representación de la sociedad civil en el arbitraje de inversiones, se justifica en atención a la defensa de “*intereses públicos*” que pudieren verse afectados por el laudo definitivo que al efecto se dicte, para la resolución de la controversia entre un Estado y un inversor, ya sea que la decisión que llegare a adoptar el tribunal en cuestión pudiere afectar derechos humanos, temas ambientales, o temas específicos o sectoriales, como la representación de los derechos de un determinado grupo social.

La lógica de la participación de la sociedad civil como *amicus curiae*, paradójicamente actúa como limitación inherente a esta participación. Esto es, cuando los Estados incluyen escritos en sus actuaciones, el “*interés público*” en representación de la sociedad civil desaparece, ya que los intereses de ese Estado, hasta cierto punto, se hace coincidir con el “*interés público*” representado por ésta.

Sin embargo, la institución del *amicus curiae* está siendo utilizado de manera

⁶⁶ Véase, por ejemplo, caso Methanex, en el cual se observó que el procedimiento presenta un problema de interés público, ya que incluía la prestación de los servicios públicos y las cuestiones relativas a la salud, por lo que “se extiende mucho más allá de los [intereses] planteadas por el arbitraje transnacional entre partes comerciales”. Caso Methanex, párrafo 149. En el mismo sentido, en el Tribunal Arbitral en el caso UPS recordó el reciente énfasis en lograr una mayor transparencia en el arbitraje de inversión internacional, que no se puede “equipararse al arbitraje comercial internacional entre particulares.” United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Canadá, Decisión del Tribunal sobre Petición de intervención y participación como *amicus curiae*, del 7/10/2001. Disponible online en http://naftaclaims.com/disputes_canada_ups.htm. Consultada 01/04/2011. En ese caso, el Tribunal aceptó la representación de los derechos laborales de los trabajadores de la Oficina de Correos de Canadá a través de comunicaciones de *amicus curiae*, párrafo 70.

restringida. Por un lado, las presentaciones de *amicus curiae* no han sido reconocidas como un derecho: es un tema de prerrogativas procesales a discreción de cada tribunal. Por otro lado, en el arbitraje internacional, por lo general, los tribunales imponen una serie de restricciones a los *amicus*: se les limita a presentar informes por escrito, deben cumplir con un límite de páginas previsto por el tribunal en cada caso, y en general, no se les concede acceso a los expedientes del procedimiento arbitral⁶⁷.

Por regla general, los *amicus curiae* en sus intervenciones solicitan a los tribunales tener acceso a las audiencias que se adelantan en el proceso, tener la posibilidad de presentar sus argumentos ante el tribunal y tener acceso a los documentos y piezas procesales que conforman el expediente. Abordemos cada una de estas solicitudes:

6.1. Acceso a las audiencias

En relación con el acceso a las audiencias el tribunal en cada caso concreto “podrá permitir(...) que otras personas(...) asistan a la totalidad o parte de las audiencias o las observen” (Regla 32.2). Así, podrá una parte no contendiente, salvo objeción de algunas de las partes contendientes, tener acceso a las audiencias, previa solicitud de este tipo de participación⁶⁸.

En el caso *Biwater*, el Tribunal rechazó la solicitud de las partes no contendientes para asistir a la audiencia oral, por considerar que, por el momento, el “interés público” que los peticionarios invocaban no requiere de la divulgación de los documentos

del proceso, pero que la decisión podría ser revisada después de la audiencia. En efecto, con posterioridad, el Tribunal decidió que no era necesaria ninguna otra intervención de *amicus* en el procedimiento.

6.2. Presentación de argumentos

Los tribunales CIADI tienen libertad para aceptar la presentación de argumentos de partes no contendientes y definir el procedimiento concreto que deberán seguir en su condición de *amicus curiae*. En ese sentido, se les ha permitido la presentación de argumentos escritos siempre que se hagan en forma conjunta y en un solo documento, si son varios los interesados en participar, sin anexos, y siguiendo estrictos parámetros en relación con la extensión del documento en cuestión⁶⁹.

La participación a través de escritos *amicus curiae* es sólo indirecta y no se puede equiparar con la participación como parte en la disputa. En consecuencia, los argumentos presentados por éstos están limitados al objeto de la controversia y la necesidad de representar un interés distinto al de las partes. En ese sentido, los escritos *amicus curiae* son esencialmente visto como beneficiosos para el tribunal, ya que le proporcionaría información útil y argumentos distintos de los presentados por las partes contendientes, por el conocimiento especializado sobre la materia objeto de controversia⁷⁰. Esto es, la función principal de las presentaciones en calidad de *amicus curiae* es ayudar al tribunal en la toma de decisiones, por lo que sus escritos tienen que estar relacionados con las

⁶⁷ WIELAND, cit. nota 30.

⁶⁸ Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/19).

⁶⁹ Los tribunales CIADI han limitado la extensión de los escritos *amicus* a 30 y 50 páginas.

⁷⁰ Ver Suez/Vivendi I, párrafo 13.

cuestiones objeto de debate en el procedimiento arbitral.

Las normas revisadas de arbitraje CIA-DI, que ahora permiten explícitamente para la presentación de *amicus curiae*, limita la posibilidad de intervenciones *amicus curiae* a los escritos que “ayudarían al Tribunal en la determinación de una cuestión de hecho o de derecho relacionado con el procedimiento al aportar una perspectiva, en particular el conocimiento o la idea de que es diferente a la de las partes contendientes”⁷¹.

Por ejemplo, en el caso *Biwater*, en el cual las partes habían acordado la aplicación de la Regla de Arbitraje del CIADI adoptadas el 10 de abril de 2006, cinco ONGs presentaron una solicitud de *amicus curiae*, alegando que el caso se refiere a cuestiones relacionadas con el desarrollo sostenible, el medio ambiente, derechos humanos y política gubernamental en lo cual ellos tienen experiencia.

El Tribunal, en primer lugar subrayó que un permiso para participar como parte no contendiente no le daba derecho a dicha parte a los derechos y privilegios procesales de las partes, sino “una oportunidad concreta y definida para hacer una presentación en particular.” Habiendo examinado cada una de las condiciones previstas en la Regla de Arbitraje 37 (2), el Tribunal llegó a la conclusión que pueden beneficiarse de un

documento presentado por los peticionarios y permitir la presentación para lograr mayor confianza en el proceso arbitral. Sin embargo, el Tribunal señaló que la presencia de una parte no contendiente no debe interrumpir el proceso o constituirse en una carga excesiva para cualquiera de las partes, según lo dispuesto en las Reglas. Por lo tanto, el Tribunal estableció un procedimiento para que los peticionarios presentaran una comunicación limitada, sin pruebas, y que ambas partes contendientes tengan la oportunidad de hacer observaciones sobre el escrito de la parte no contendiente⁷².

Con ocasión del caso *AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT v. Hungría*, se han presentado críticas a esta limitación, en la medida en que se ha considerado que la intervención de la Comisión Europea no era la de un simple *amicus*, sino la de un sujeto con un interés especial en el procedimiento que requería seguramente más de esa extensión para fijar los puntos que deseaba proteger, pero que no tenía forma distinta para intervenir. En este caso, el Tribunal consideró que el papel de *amicus curiae*, “es proveer sus perspectivas, conocimientos especializados y argumentos para ayudar al Tribunal”, en todo caso, “los Peticionarios podrán ejercer dicha función sin tener acceso al expediente”⁷³.

En el caso *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador*⁷⁴, habiendo examinado las respec-

⁷¹ Antes de la revisión de las Reglas, el tribunal de Suez / Vivendi I ya había señalado que las ONG's que deseen presentar escritos *amicus curiae* necesario para convencer al tribunal que ellos tenían la experiencia necesaria, experiencia e independencia para ser de ayuda en el caso. En el caso *Biwater* la adjudicación definitiva del Tribunal Arbitral, después de que ya admitió a un grupo de organizaciones no gubernamentales a que presenten un escrito único, señaló que los intereses, experiencia y perspectivas dadas por la ONG “se ha demostrado que difieran materialmente de aquellos de las dos partes contendientes, y como tal, han proporcionado una valiosa contribución a este proceso”. Del mismo modo, la Declaración de la Comisión de Libre Comercio exige a los Tribunales para evaluar, entre otras cosas, la medida en que la presentación sería “ayudar al Tribunal en la determinación de un hecho o de derecho cuestión relacionada con el arbitraje de llevar una perspectiva, conocimiento particular o una visión diferente de la de las partes contendientes”.

⁷² Caso *Biwater*, Laudo del 24/07/2008, párrafos 57-68.

⁷³ *AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT v. Hungría*, párrafos 24-25.

⁷⁴ *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador* (Caso CIADI N° ARB/09/12), orden procesal N° 8, del 23/03/2011.

tivas comunicaciones escritas presentadas por las Partes, el Tribunal decide conceder parcialmente la solicitud presentada por los solicitantes, en el siguiente sentido: los solicitantes podrán presentar una comunicación escrita como *amici curiae* en virtud del artículo 10.20.3 del CAFTA y la Regla de Arbitraje del CIADI 37(2), después de la audiencia de jurisdicción; este escrito deberá ser limitado a los aspectos jurisdiccionales, con el único fin de ayudar al Tribunal en la determinación de las cuestiones de competencia planteadas por las partes (no el fondo); y no debe interrumpir el procedimiento de arbitraje o imponer una carga excesiva que perjudique injustamente a cualquiera de las Partes o la Parte no contendiente.

6.3. Acceso al expediente

Las reglas relativas al acceso a la información en el arbitraje CIADI parecen ser muy estrictas. En primer lugar, la regla 32 (1) trata de proteger la privacidad de las actuaciones, al disponer que las actuaciones orales comprenderán las audiencias del Tribunal para oír a las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, y a los testigos y peritos⁷⁵; las otras personas deberán ser autorizadas previamente por el tribunal para poder asistir. En segundo lugar, el artículo 48 (5) Convenio de Washington establece que el Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes, pero si las partes no consiente en su publicación la regla 48 (4) dispone que “el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal”. En tercer lugar, las disposiciones del Convenio y las Reglas de Arbitraje CIADI sólo regulan

la publicación de la decisión definitiva del tribunal arbitral. No regula la publicación de los alegatos de las partes, las pruebas aportadas por estas, o las órdenes y decisiones del tribunal antes de laudo final. ¿Están estos documentos sujetos a divulgación unilateral por las partes?⁷⁵

En consecuencia, en lo relacionado con el acceso a los documentos del procedimiento arbitral (expediente)⁷⁶, los distintos tribunales CIADI han negado esta solicitud, afirmando que las Reglas de Arbitraje no consagran este derecho a favor de los *amici curiae*, que su papel no es indicar a los árbitros cómo apreciar las distintas pruebas que obran en el expediente ni debatirlas y que su intervención se justifica en la medida en que previamente conozcan el asunto en discusión y aporten nuevas perspectivas a los árbitros⁷⁷.

Compartimos esta posición, toda vez que otorgarles mayores facultades a los *amici curiae* alteraría la igualdad procesal entre las partes contendientes y excedería el consentimiento que éstas manifestaron cuando decidieron someter sus controversias al CIADI⁷⁸.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Sin duda, el acceso de actores no estatales a los procedimientos internacionales se ha incrementado sustancialmente en los últimos años, especialmente a través de la proliferación de instituciones de resolución de controversias, que les han otorgado reconocimiento a los individuos para presentar reclamaciones directamente contra los Es-

⁷⁵ HARRISON, cit. nota 1, pp. 4-7.

⁷⁶ TRIANTAFILOU, Epaminontas. A More Expansive Role for Amicus Curiae in Investment Arbitration?. Disponible online en <http://www.kluwerarbitrationblog.com> (consultada el 11/05/ 2010).


⁷⁷ MEDINA CASAS, cit. nota 13, pp. 235-236.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 236.

tados, especialmente en áreas de Derechos humanos y Derecho internacional de inversiones⁷⁹.

En esencia, el debate sobre la participación de la sociedad civil y la representación de los “intereses públicos” se relaciona con el fundamento y razón de ser del actual sistema internacional de arbitraje de inversión. Estos tribunales suelen estar comprometidos con la evaluación que ejercen los Estados de sus prerrogativas soberanas, lo que inevitablemente hace que las tensiones entre el carácter comercial y cerrado del procedimiento y el carácter público e inter-

nacional de tales controversias.

Por ello, durante la última década, las disputas Inversor-Estado han mostrado mayor disposición para proporcionarle a las partes no contendientes alguna posibilidad de participación a través de escritos *amicus curiae*. Sin embargo, esto no es una panacea para curar todas las deficiencias existentes en materia de transparencia y acceso a la justicia en el Derecho internacional de inversiones. De hecho, el *amicus* no ha sido reconocido como un sujeto de derecho y aún está sujeto a una serie de limitaciones, lo que restringe su eficacia⁸⁰. 

⁷⁹ ROMANO, Cesare P. R. “The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle”. En: *Journal of International Law and Politics*, vol. 31, Nº 4, 1999, pp. 709-711. HOLTZMANN Howard M. y Edda KRISTJANSDOTTIR (eds). *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives*. Oxford, 2007.

⁸⁰ WIELAND, cit. nota 30.

LAS PARTES NO SIGNATARIAS

YVES DERAÏNS (*)

SUMARIO: 1. La cesión de la cláusula de arbitraje. 2. Cláusula de arbitraje y garantía. 3. Los grupos de compañías. 3.1 El auge del concepto de grupo de compañías. 3.2 El ocaso del concepto de grupos de compañías.



¿Puede una parte no signataria de una cláusula de arbitraje valerse de esta cláusula o, al contrario, encontrarse obligada de participar como demandada en un arbitraje iniciado en base a esta cláusula? No hay duda que la contestación a esta pregunta, formulada de modo tan general es afirmativa. Ya se admite sin discusión que un sucesor es parte a la cláusula de arbitraje como la parte a la cual sucedió. Tampoco es discutible que una cláusula de arbitraje pueda ser objeto de una cesión. Sin embargo, hay situaciones en las cuales las soluciones de los problemas planteados son menos evidentes. ¿Se extiende la cesión de un contrato a su cláusula de arbitraje (1)? ¿Es el garante beneficiario obligado por la cláusula de arbitraje que se aplica a la obligación del deudor principal (2)? ¿Es la existencia de un grupo de compañías suficiente para que un miembro del grupo pueda ser considerado como parte a una cláusula de arbitraje firmada por otra compañía del grupo (3)? A mi modo de ver,

esos casos son los más significativos entre los problemas relativos a la extensión de los efectos de una cláusula de arbitraje a partes no signatarias¹.

1. LA CESIÓN DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE

Es pacífico que cuando una parte F ceda a una parte M un contrato que había concluido con Z, la cláusula de arbitraje incluida en el contrato puede ser invocada por o opuesta a M². Sin embargo, eso supone que la cesión sea válida bajo la ley que se aplica al contrato³. Al tratarse de una cesión de obligaciones y de deudas, la cesión de un contrato es fuente de dificultades especiales, sin hablar de las limitaciones a las cesiones que el contrato pueda contener para preservar su carácter *intuitu personae*. Sea lo que sea, estas dificultades legales o contractuales son relativas a la cesión del contrato en su globalidad y no a la cláusula arbitral so-

⁰) Socio fundador de Derains & Gharavi. Presidente del ICC *Institute of World Business Law*. Co-Presidente del ICC Working Group en la reducción de costos y tiempos en el arbitraje internacional. Miembro del Comité Francés de Derecho Internacional Privado. Miembro del Consejo Consultor del Instituto Peruano de Arbitraje.

¹ Por el análisis de otros problemas, ver Bernard HANOTIAU, *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2005, p. 49.

² Ver el laudo CCI de 1993, en el caso N° 7154, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1991-1995*, Kluwer Law International, 1997, p.555, comentarios Yves DERAÏNS.

³ Ver el laudo CCI de 1991 en el caso N°6363, *Yearbook Commercial Arbitration - Volume XVII*, Kluwer, 1992, p. 186.

metida a la suerte de la cesión como cualquiera cláusula del contrato.

Esta solución no estaba tan evidente porque parece incompatible con las justificaciones tradicionales del principio de la autonomía de la cláusula de arbitraje, también aludido como “separabilidad” de la cláusula. Según la mayoría de la doctrina, el principio de autonomía de la cláusula de arbitraje se justifica por el hecho de que el acuerdo principal (el contrato) y el acuerdo arbitral (la cláusula de arbitraje)— ya sea incluido materialmente en el texto del acuerdo principal o constitutivo de un documento separado— son en realidad dos contratos, cada uno con un objeto distinto, el objeto del acuerdo arbitral siendo de índole procesal cuando lo del contrato es de índole substantiva⁴. Así se explicaría el principal efecto del principio de autonomía de la cláusula de arbitraje: la nulidad, la resolución, la novación o la inexistencia del contrato principal no afectan la validez del acuerdo arbitral. Sin embargo, que la cesión del contrato conlleve la cesión de la cláusula de arbitraje demuestra el carácter artificial de la justificación tradicional del principio de autonomía. ¿Si el contrato y su cláusula de arbitraje fueran dos actas jurídicas distintas, como explicar que una sola cesión abarque ambas? Se podría admitir la presunción según la cual las expresiones de la voluntad de ceder y de aceptar la cesión se aplican al mismo tiempo a dos actas jurídicas distintas pero tal presunción sería una justificación artificial sin otro propósito que

hacer entrar por fuerza una solución práctica dentro de una teoría preexistente. ¿Porque no admitir sencillamente que la justificación más satisfactoria del principio de autonomía del acuerdo arbitral reside en definitiva en la voluntad manifestada por la jurisprudencia y los legisladores de asegurar al acuerdo arbitral la mayor eficacia⁵?. Tal eficacia sería muy limitada si la cláusula de arbitraje no fuera indiferente a la suerte del contrato principal. La misma preocupación de eficacia explica que el contrato y su cláusula de arbitraje puedan ser sometidos a dos derechos distintos⁶. Al contrario, la autonomía de la cláusula se olvida cuando su intervención restringiría su eficacia, como en materia de cesión.

Muy cerca de la situación del cesionario, se encuentra la de la parte que se encargó de la ejecución de las obligaciones de un signatario del contrato o de una de sus obligaciones. Un ejemplo tópico esta proporcionado por la sentencia del Tribunal Supremo suizo del 18 de diciembre de 2001⁷. Un contrato de construcción había sido concluido entre una compañía rusa P y una compañía turca M. Otra compañía rusa, L, intervino después en las relaciones de las partes y garantizo a M el pago de deudas atrasadas de P. Como los pagos no fueron hechos, M pretendió prevalecerse de la cláusula de arbitraje incluida en el contrato de construcción para demandar a L. Un tribunal arbitral fue constituido en Ginebra, cuya competencia fue objetada por L. El

⁴ Para una interpretación diferente, ver: P. MAYER *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, en *Revue de l'arbitrage*, 1998, N° 2, p. 359, que ve en la cláusula de arbitraje únicamente una cláusula del contrato principal separable del mismo, y que por lo tanto le puede sobrevivir.

⁵ J. B. RACINE, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international*, en *Revue de l'arbitrage* 2005, N°2, p. 313. Ver también A. DIMOLITSA, *Autonomie et Kompetenz-Kompetenz*, en *Revue de l'arbitrage* 1998, p. 307: “l'enjeu est l'efficacité maximale de la convention d'arbitrage”.

⁶ Ver por ejemplo la sentencia de la Corte de apelación de París que declaró en una decisión *Quijano Agüero* del 25 de enero de 1972, que “la ejecución [del acuerdo de arbitraje] no obedece necesariamente a la ley que rige [el contrato que lo incluye]”, *Revue de l'arbitrage* 1973, p. 158.

⁷ L.v.M. *Bulletin A.S.A.*, 2002, p. 482, comentado por B. HANOTIAU, *Op. cit.*, p. 19.

Tribunal arbitral se declaró competente, lo que llevo L a pedir la anulación del laudo por el Tribunal Federal suizo. La alta jurisdicción no vaciló en decidir que L, al haberse hecho responsable del pago de las deudas contractuales de P, era más que un garante, era un verdadero deudor. El Tribunal Federal suizo caracterizó su compromiso, que hacía referencia expresa al contrato de construcción, como una adquisición de la deuda, con la consecuencia de que la cláusula de arbitraje del contrato de construcción le había sido transmitida. Se puede analizar esta decisión como el reconociendo de una cesión de deuda de hecho, con los efectos normales de la cesión del contrato o, más bien, de parte de ellos, sobre la cláusula de arbitraje. Pero, como se notará más en adelante, esta decisión tiene relevancia no solo en la discusión sobre la cláusula de arbitraje y la garantía sino también en la discusión sobre la cláusula de arbitraje en los grupos de compañías.

2. CLÁUSULA DE ARBITRAJE Y GARANTÍA

Las relaciones entre la cláusula de arbitraje incluida en un contrato y el garante de la ejecución de las obligaciones de una de las partes de este contrato plantean difíciles problemas que no son resueltos de modo unívoco en la jurisprudencia internacional. Hay muchos elementos que tener en consideración que puedan justificar soluciones distintas. La complejidad del tema se puede ilustrar por una serie de ejemplos.

Una parte A y una parte B firman un contrato que incluye una cláusula de arbitraje. Bajo la firma de B, una tercera parte, C,

pone también su firma con la mención “garante”. ¿Puede A invocar la cláusula de arbitraje contra C, en caso de incumplimiento de sus obligaciones por B? La lógica parece llevar a responder por la vía afirmativa: C es garante del cumplimiento de las obligaciones de B para con A y resolver las disputas con A por arbitraje es parte de las obligaciones de B. Sin embargo, la solución no es tan sencilla, como lo indica la sentencia más arriba mencionada del Tribunal Federal suizo, que había matizado que la compañía rusa que también garantizaba el pago de la deuda de otra compañía era más que un garante⁸. De hecho, en un caso similar al ejemplo propuesto, una corte norteamericana⁹ decidió que el garante no había claramente expresado su intención de ser vinculado por la cláusula del contrato. Dicha cláusula mencionaba “*any dispute between the parties*”, lo que no abarca el garante. Se trata de una interpretación muy estricta de la interpretación de la voluntad de las partes (incluso la del garante) que no convence. De hecho, en 2000, la Corte de Apelación de los Estados Unidos para el cuarto circuito adoptó una decisión contraria¹⁰, a la luz de provisiones contractuales más amplias. La cláusula de arbitraje del contrato aplicaba a las disputas que derivan del contrato o que guarden relación con él y, más importante, una provisión de la garantía otorgaba al garante (en el caso los “garantes”) los mismos “*rights and remedies*” que a las partes bajo el contrato. La particularidad de que, en este caso, fueron los garantes que eran demandantes puede ser significativa. Sea lo que sea, estas diferencias entre las soluciones de las dos cortes norteamericanas confirman que un garante no es un cesionario y que no es automáticamente parte a la cláusula arbi-

⁸ Ver N°4.

⁹ 106 F.3d 201 (7th Circ. 1997) Grunstad v. Ritt.

¹⁰ 210 F.3d 262 (4th Circ. 2000) Kvaerner v. Bank of Tokyo Mitsubishi.

tral incluida en el contrato.

La solución depende también de la naturaleza de la garantía. ¿Es accesoria del contrato o es independiente del contrato? El problema suele presentarse en materia de garantías bancarias. El siguiente ejemplo es ilustrativo de la dificultad. Un contratista A concluye un contrato con un Estado B para la construcción de una represa. Este contrato (el contrato principal) exige que el contratista remita una garantía emitida por un banco para garantizar la buena ejecución de la obra. También contiene una cláusula de arbitraje que contempla que todos los litigios relativos al contrato serán resueltos por arbitraje. La garantía no contiene una cláusula de arbitraje. En caso de que el dueño de la obra requiera el pago de la garantía al banco y que el contratista considere esta petición abusiva porque la obra fue ejecutada correctamente, puede el contratista prevalerse de la cláusula de arbitraje contenida en el contrato principal para que árbitros ordenen al banco que no pague el monto requerido hasta que su litigio con el dueño de la obra haya sido resuelto por un laudo final? Al contrario, en caso de que el banco hubiese pagado el monto garantizado, podría iniciar un arbitraje contra el contratista en base a la cláusula de arbitraje del contrato principal. La posición tradicional de la jurisprudencia francesa es negativa a la luz de la teoría del efecto relativo de los contratos¹¹: el garante no es parte al contrato principal y este último y el contrato de garantía son dos contratos diferentes, aunque el segundo fuera concluido para garantizar el buen cumplimiento del primero. Es evidentemente así cuando la garantía bancaria

no esta emitida como un contrato accesorio del contrato principal sino como un contrato independiente y que el banco tiene la obligación de pagar a primer requerimiento del beneficiario, sin establecer ni siquiera invocar un incumplimiento de su contraparte al contrato principal¹². Sin embargo, como lo demostró el caso *Kvaerner v. Bank of Tokyo Mitsubishi* ya mencionado¹³, esta solución restrictiva no es ineluctable a la luz de cláusulas contractuales que permiten aplicar la cláusula arbitral del contrato principal a la garantía o que confieran al garante el derecho de prevalerse de los derechos procesales que deriven del contrato principal. Hay más. En una decisión de 2002¹⁴, en Suecia, la *Svea* Corte de Apelación rechazó una petición de anulación por falta de jurisdicción de un laudo arbitral en el cual el árbitro se había declarado competente en base a la cláusula arbitral del contrato principal para condenar un garante a pagar una suma debida por la otra parte a este contrato. Ninguna cláusula contractual permitía integrar el contrato principal y la garantía. El árbitro resaltó que las obligaciones del garante y del deudor principal eran idénticas y que el garante se había enterado de la cláusula de arbitraje del contrato principal. Es verdad que el garante no era un banco, pero no hay motivos teóricos para que esta circunstancia modifique la solución.

Sea lo que sea, la mayoría de las decisiones son de tendencia restrictiva. Los árbitros suelen declararse incompetentes para tomar decisiones dirigidas hacia el garante. Eso, por dos razones. La primera, indiscutible, es que cuando las partes al arbitraje son únicamente las partes al contrato principal y

¹¹ Cass. Com., 22 de noviembre de 1997, *Revue de l'Arbitrage*, 1978, p. 461; Cass. Civ., 16 de julio de 1992, *Revue de l'Arbitrage* 1993, p. 611.

¹² Es la figura clásica de las *first demand guarantees*.

¹³ Ver nota 10.

¹⁴ *Vea* Corte de Apelación, 16 de mayo de 2002, *Stockholm Arbitration Report*, 2003-1, p. 273.

no el garante, no es posible rendir un laudo que ordene al garante que haga o no haga algo. La incompetencia del árbitro es sencillamente de origen procesal: los poderes de un tribunal arbitral no alcanzan terceros al procedimiento, incluso si fueran partes a la cláusula arbitral sin haber sido demandados en tiempo útil. La segunda es más criticable. Es la idea general que la cláusula de arbitraje del contrato principal no aplica a las relaciones entre el ordenador de la garantía, su beneficiario (ambos signatarios del contrato principal) y el garante (no signatario)¹⁵. Como ya se indicó, no es una conclusión evidente, en particular cuando las obligaciones del deudor principal y las del garante son idénticas. En este caso, no hay ninguna razón para que el garante que pagó el monto de la garantía y que se encuentra subrogado en los derechos del beneficiario de la garantía no pueda iniciar un arbitraje contra el deudor principal, en base a la cláusula de arbitraje aplicable a esos derechos¹⁶. Si así es, no se ve claramente porque el deudor principal que corre el riesgo de participar en el futuro en un arbitraje con el garante no pueda anticipar esta relación arbitral como demandante, pidiendo que el árbitro ordene al garante que no pague. El argumento según lo cual hasta que no ha pagado el garante no se encuentra subrogado en los derechos de una parte al contrato principal parece muy artificial. Antes del pago como después, esos derechos son el objeto principal de la disputa.

Sin embargo, esta crítica pierde toda justificación si las obligaciones del deudor principal y del garante no son idénticas. Es el caso de las garantías pagaderas a primer requerimiento. Con ellas, la obligación del

garante es de pagar un monto determinado cuando se lo pida. Esta obligación no se confunde con ninguna obligación de una parte al contrato principal y el banco garante no está subrogado en los derechos del beneficiario. Se rembolsa directamente sea al cobrar el depósito pagado por el ordenador de la garantía para conseguir su emisión, sea al debitar la cuenta bancaria del ordenador en sus libros o, finalmente, al cobrar la contra garantía emitida en su favor por el banco del ordenador. No invoca derechos que deriven del contrato principal. Sin embargo, eso no significa que los árbitros no tengan el poder de intervenir para evitar pagos abusivos de garantías. La obligación del garante hacia su beneficiario resulta de las cláusulas de la garantía y los árbitros del contrato principal generalmente no aceptan jurisdicción al respecto. Al contrario, el derecho del beneficiario de la garantía de cobrarla yace en el contrato principal y los árbitros tienen jurisdicción para valorar su existencia. Si solicitados a tiempo los árbitros del contrato principal pueden, de modo provisional, ordenar al beneficiario de la garantía, en su calidad de parte al contrato principal y a su cláusula de arbitraje, que se abstenga de solicitar el pago de la garantía hasta que la responsabilidad contractual que derive del contrato principal haya sido determinada. Esta decisión está confirmada, de modo definitivo esta vez, si los mismos árbitros llegan a la conclusión de que el beneficiario de la garantía no tiene crédito para con su contraparte en base al contrato principal. En estas circunstancias no dudarán en ordenar que el beneficiario cancele la garantía, o, en caso de resolución del contrato principal, en decidir que la causa de la garantía desapareció y que, en las relaciones entre las partes

¹⁵ Ver el laudo CCI de 1990, en el caso N° 5721, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990*, Kluwer, 1994, p. 400, comentarios Jean-Jacques ARNALDEZ.

¹⁶ El artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje justifica esta conclusión.

al contrato principal, cobrar la sería ilícito¹⁷.

3. LOS GRUPOS DE COMPAÑÍAS

El concepto de grupo de compañías es bien conocido en el derecho financiero y aún más en el derecho tributario. Aunque se encuentran definiciones del concepto en algunos laudos arbitrales, pocos proporcionan una definición general. La gran mayoría enfoque el problema caso por caso, a la luz de elementos fácticos como el control de una compañía sobre otra o una gestión integrada. Sin embargo, un grupo de compañías puede definirse como una unidad económica, con una gestión integrada más ella de la personalidad jurídica individual de cada compañía del grupo¹⁸. En este análisis, se prefiere la unidad económica a la individualidad jurídica, pero, con un límite: el grupo de compañías supone varias entidades con personalidades jurídicas separadas. Es la condición *sine qua non* de su existencia. Si la sucursal sin personalidad jurídica de una compañía firma una cláusula de arbitraje, no es parte la sucursal sino la compañía, cual que sea el tamaño de la sucursal¹⁹. Un *minimum* de dos compañías se requiere para crear un grupo de compañías.

El concepto de grupo de compañías tuvo sus horas de gloria en la jurisprudencia arbitral internacional, en particular en Francia (3.1). Hoy en día, no es más que un factor a considerar para valorar la intención de las partes (3.2).

3.1 El auge del concepto de grupo de compañías

Varios laudos de los años setenta contribuyeron al auge de la doctrina arbitral relativa a los grupos de compañías. Uno de ellos, hecho en París, de 1975²⁰ no hesito en afirmar que “*hay que reconocer la autonomía de la comunidad internacional de los hombres de negocios, cuyas relaciones mutuales son gobernadas por reglas específicas*”. El mismo laudo añadió que: “*compañías de grupo comerciales se encuentran fuera del alcance del derecho estatal*” y que “*el concepto de grupo se define, más allá de la independencia formal que resulte de la creación de personalidades jurídicas separadas, por una orientación económica única que depende de un poder común*”. Estas consideraciones condujeron los árbitros a decidir que compañías que pertenecían a dos grupos de compañías podían demandar a sus demandadas en base a una cláusula de arbitraje firmada por otras compañías de sus grupos respectivos.

En el mismo año, otro laudo²¹, hecho en Ginebra esta vez, declaró que tan el líder de un grupo multinacional como las compañías del grupo no podían oponerse a la aplicación de una cláusula de arbitraje firmada por uno solo de ellos. La motivación de esta decisión fue que el contrato había sido negociado con un Estado por el líder del grupo multinacional, sin que las partes

¹⁷ Lo explica claramente el laudo CCI en el caso 5721, citado en la nota N°14.

¹⁸ En este sentido ver D. HASCHER en sus comentarios del laudo CCI de 1988 en el caso N° 8910, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1996-2000*, Kluwer Law International, 2003, p. 569.

¹⁹ Ver nota N° 15.

²⁰ Laudo CCI de 1975, en el caso N°2375, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985*, Kluwer, 1990, p. 257, comentarios Yves DERAÏNS.

²¹ Laudo CCI de 1975, en el caso N°1434, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985*, Kluwer, 1990, p. 263, comentario de Yves DERAÏNS.

se preocuparan de saber cuales de las filiales ejecutarían el contrato en la práctica.

Este enfoque fue sistematizado más tarde, en 1982, por el famoso laudo Dow Chemical, hecho en París en el caso CCI N°4131²². Introdujo los tres elementos constitutivos de la doctrina de los grupos de compañías y merece una importa citación:

“[...] irrespective of the distinct juridical identity of each of its members, a group of companies constitutes one of the same economic reality of which the Arbitral tribunal should take account when it rules on its own jurisdiction [...].”

Considering that the tribunal shall, accordingly, determine the scope and effects of the arbitration clauses in question, and thereby reach its decision regarding jurisdiction, by reference to the common intent of the parties to these proceedings, such as it appears from the circumstances that surround the conclusion and characterize the performance and later the termination of the contracts in which they appear. In doing so, the tribunal, following, in particular, French case law relating to international arbitration should also take into account usages conforming to the needs of international trade, in particular, in the presence of a group of companies [...].”

Considering, in particular, that the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in

the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise.”

Como se nota, los famosos árbitros (los profesores Pieter Sanders, Berthold Goldman y Michel Vasseur) empiezan por afirmar que un grupo de compañías es un factor económico que los árbitros deben tomar en consideración para decidir sobre su propia competencia. Es el primer elemento constitutivo de la doctrina de los grupos de compañías. El segundo elemento es el recurso a usos que responden a las necesidades del comercio internacional en presencia de un grupo de compañías. El tercer elemento, el más importante, es que la intención de las partes debe buscarse en las circunstancias de la conclusión, ejecución y, si aplicable, resolución del contrato. Es la combinación de esos tres elementos que suscitó la creación del principio según el cual una cláusula arbitral firmada por algunas compañías miembros de un grupo obliga las otras compañías del grupo que participaron en la conclusión, ejecución o, si aplicable, la resolución del contrato que contiene la cláusula.

El artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje de 2008 no necesitó mencionar el concepto de grupo de compañías cuando estableció una solución que responde a las necesidades del arbitraje de este siglo: *“El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante*

²² Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985, Kluwer, 1990, pp. 146 y 464, comentarios Yves DERAINS.

en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

3.2 El ocaso del concepto de grupos de compañías

La Corte de apelación de París²³ rechazó un recurso de anulación del laudo en el caso Dow Chemical²⁴. Sin embargo, la Corte no reconoció al concepto de grupo de compañías la importancia que le había otorgado el tribunal arbitral. La Corte consideró que los árbitros habían correctamente justificado el laudo al analizar la intención común de las partes a la luz de las circunstancias relativas a la negociación y de la ejecución del contrato. Notó que los árbitros mencionaron el concepto de grupo de compañías, un concepto cuya existencia según los usos del comercio internacional, no había sido denegada por las demandadas. Resultó que la Corte no era preparada en seguir los árbitros en este terreno. Lo determinante para ella era la intención común de las partes.

Con la excepción de una sentencia de la Corte de Apelación de Pau de 1986²⁵ y de una sentencia aislada de la Corte de Apelación de París de 1990²⁶, la jurisprudencia francesa abandonó la referencia al concepto de grupo de compañías. De ma-

nera sistemática, declara que:

“an arbitration clause in an international contract has a validity and an effectiveness of its own, such that the clause must be extended to parties directly implicated in the performance of the contract and in any dispute arising out of the contract, provided that it has been established that their respective situations and activities raise the presumption that they were aware of the existence and scope of the arbitration clause, and irrespective of the fact that they did not sign the contract containing the arbitration agreement”.

Tal declaración se encuentra repetida, con muy pocas diferencias de redacción, en una serie de sentencias de la Corte de Apelación de París²⁷. Estas sentencias confirman que la ausencia de firma de una cláusula de arbitraje por una parte no se opone a que ella se prevalezca de o sea obligada por esta cláusula. Sin embargo, dos elementos fácticos son necesarios: (1) un papel activo de la parte no signataria en la ejecución del contrato que contiene la cláusula de arbitraje y en la disputa relativa a este contrato; (2) la presunción de que la parte no signataria conocía la existencia de la cláusula de arbitraje. Es interesante notar que este último elemento fue utilizado por el laudo sueco que aplico la cláusula de arbitraje al garante²⁸.

²³ Corte de Apelación de París, 21 de Octubre de 1983, *Revue de l'Arbitrage*, 1984, p. 98, comentarios por A. CHAPELLE.

²⁴ Ver nota n°22.

²⁵ Corte de Apelación de Pau, 26 de Noviembre de 1986, *Revue de l'Arbitrage*, 1988, p. 153, comentarios por A. CHAPELLE.

²⁶ Corte de Apelación de París, 11 de enero de 1990, *Revue de l'Arbitrage*, 1992, p. 95, comentarios por D. COHEN.

²⁷ *Inter alia*, Corte de Apelación de París, 30 de noviembre de 1988 y 14 de Febrero de 1989, *Revue de l'Arbitrage*, 1989, p. 691, comentarios por P.Y. TSCHANZ; 28 de noviembre de 1989, *Revue de l'Arbitrage*, 1990, p. 675, comentarios por P. MAYER; 11 de enero de 1990, ya mencionada (nota n°26) que añade a la motivación común una referencia al concepto de grupo de compañías.

²⁸ Ver n° 7, *supra*.

El papel esencial conferido a la común intención de las partes integra una regla substancial de derecho francés que las jurisdicciones francesas aplicaban ahora sin preocuparse del derecho nacional que pueda regir la cláusula de arbitraje según las reglas de conflicto de leyes. Lo afirmó de modo tajante la Corte de casación francesa en el caso Dalico de 1993²⁹:

“By virtue of a substantive rule of international arbitration, the arbitration agreement is legally independent of the main contract containing or referring to it, and the existence and effectiveness of the arbitration agreement are to be assessed, subject to the mandatory rules of French law and international public policy, on the basis of the parties’ common intention, there being no need to refer to any national law.”

La aplicación de la cláusula de arbitraje a partes no signatarias que participaron en la ejecución del contrato, con la presunción de que conocían la cláusula es una solución que tiene su origen en la jurisprudencia arbitral relativa a los grupos de compañías. Hoy no se limita a este terreno y es una regla general en derecho francés cuando se plantea el problema de la aplicación de una cláusula de arbitraje a una parte no signataria. La existencia de un grupo de compañías solo refuerza la presunción de conocimiento de la cláusula por la parte no signataria cuando la parte que firmó pertenece al mismo grupo.

La posición del derecho francés se encuentra muy bien resumida en un laudo CCI de 2001 en el caso N° 11405³⁰:


“[t]here is no general rule, in French international arbitration law, that would provide that non-signatory parties members of a same group of companies would be bound by an arbitration clause, whether always or in determined circumstances. What is relevant is whether all parties intended non-signatory parties to be bound by the arbitration clause. Not only the signatory parties, but also the non-signatory parties should have intended (or led the other parties to reasonably believe that they intended) to be bound by the arbitration clause [...]. The legal literature confirms that what is relevant is whether the non-signatory parties were intended to be bound, rather than a general rule about a group of companies: ‘[c]learly, however it is not so much the existence of a group that results in the various companies of the group being bound by the agreement signed by only one of them, but rather the fact that such was the true intention of the parties’”.

Finalmente, al contrario de que se sostuvo, principalmente en Francia en la última parte del siglo 20, la existencia de un grupo de compañías es de poca importancia cuando se plantea el problema de la aplicación de una cláusula de arbitraje a una parte no signataria. De tal existencia no deriva una regla objetiva que se pueda implementar. No es más que un factor que considerar para determinar la intención de las partes. Sin embargo, es un factor significativo porque la realidad económica debe prevalecer y miembros de un mismo grupo de compañías no deben ser permitidos de abusar de sus personalidades jurídicas diversas.

²⁹ Corte de Casación, 20 de diciembre de 1993, *Revue de l'Arbitrage*, 1994 p. 116, comentarios por H. GAUDEMET-TALLON.

³⁰ Citado por B. HANOTIAU, *Op. cit.*, p. 50, N° 142.

Algunas líneas de conclusión. En los derechos modernos, la firma de una cláusula de arbitraje no es una condición de su validez. La firma es solo un modo de expresar la intención de aceptar la cláusula de arbitraje. Esta intención se puede manifestar de otra manera, por actos concretos que significan la voluntad de adherir a una cláusula de arbitraje firmada por otras partes³¹. Sin embargo, las 2010³² diversas tradiciones jurídicas nacionales no tienen el mismo enfoque cuando se trata de analizar la intención de las partes. El famoso caso *Dallah* es un ejemplo característico de esas divergencias. La Corte Suprema inglesa confirmó en 2010 que un laudo arbitral rendido en París no podía ser reconocido en Inglaterra. El motivo de este rechazo del laudo por las cortes inglesas fue que los árbitros hubieran mal

aplicado el derecho francés al decidir que una parte era vinculada por una cláusula de arbitraje a pesar de ser no signataria. Lo gracioso es que la Corte de Apelación de París llegó a la conclusión contraria por una sentencia de 2011³³ en la cual opinó que los árbitros habían correctamente justificado su decisión de aplicar la cláusula de arbitraje a la parte no signataria!. La aplicación del derecho francés a través de lentes inglesas llega a conclusiones que las lentes francesas no perciben. Este ejemplo demuestra que aunque existiera una tendencia internacional para admitir que la intención común de las partes es suficiente para que una cláusula de arbitraje pueda ser opuesta a una parte no signataria o reivindicada por esta parte, su aplicación en la práctica continuara a ser problemática en el futuro. 

³¹ Lo que los juristas suizos llaman "actes concludants". Ver J.F. POUURET, *L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse*, *Journal du droit international*, 1995, p. 813 en particular p. 912.

³² *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] USCK, 46.

³³ Corte de Apelación de París, 17 février 2011, *Revue de l'Arbitrage*, 2011, p. 286; *Les cahiers de l'arbitrage*, 2011, p. 470 y los comentarios de G. CUNIBERTI *Divergences d'appréciation entre juges français et anglais du contrôle sur l'existence d'une convention d'arbitrage*, p. 433.

Agradecimientos

Agradecimientos



AGRADECIMIENTOS

La Dirección del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE agradece a las personas e instituciones que han colaborado directa e indirectamente con la publicación del segundo número de nuestro ANUARIO:

Antonia Magdaleno Abogados (España)
Astigarraga Davis (Miami)
Biaggi & Messina - Abogados (República Dominicana)
Cabrera Cammorata PLLC (New York)
Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP (Italia)
Club Español del Arbitraje - CEA (España)
Consortium Centro América Abogados (San Salvador)
Corte Civil y Mercantil de Arbitraje - CIMA (España)
Corte de Arbitraje de Madrid (España)
Dechert LLP (Francia)
Derains & Gharavi Abogados (Francia)
Dickson Morales Abogados Consultores (República Dominicana)
DLA PIPER LLP (Miami)
Estudio de Abogados Moreno Baldivieso (Bolivia)
Foley Hoag LLP (Washington D.C.)
Hogan Lovells Us LLP (Miami)
Hughes Hubbard & Reed LLP (París)
Medina & Rizek Abogados (República Dominicana)
Osvaldo Marzorati - Árbitro Internacional (Argentina)
Porter Wright Morris & Arthur LLP (Washington D.C.)
Quevedo & Ponce (Ecuador)
Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez Abogados (Venezuela)
Tobar & Bustamante (Ecuador)
VA Consulting, Asesores - Consultores (República Dominicana)
WDA Legal S.C. (Venezuela)

Amprimo & Flury Abogados
Balbi Consultores Asociados

Caral Ingeniería y Consultoría S.A.C.
Delia Revoredo Marsano de Mur - Árbitro
Escuela de Negocios y Consultoría Corporativa S.A.C. - ENCORP
Estudio García Sayan Abogados
Estudio Horacio Canepa Abogados
Estudio Hurtado Abogados
Estudio Jurídico Juan Huamaní Chávez Abogados
Estudio Montezuma Abogados
Estudio Oré & Abogados
Estudio Rubio, Leguía, Normand y Asociados
Estudio Shoschana Zusman Abogados
Hortencia Rozas Olivera - Árbitro
Hugo Sologuren Camet - Árbitro
Ivan Galindo Tipacti - Abogado
Lex Asesores S.A.C.
Linares Prado & Asociados Abogados
Martin Consultores Abogados
Miranda & Amado Abogados
Montoya Alvarez, Noack & Casas
Muñiz, Ramirez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados
Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados
Organización Peruana Empresarial y de Negocios SAC
Ruíz Morales Asesores y Consultores
Simons - Solución de Controversias

Indice General

Indice
General



ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i>	V
CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA	
<i>Prólogo</i>	XI
JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG	
<i>Discurso de presentación del primer número del Anuario Latinoamericano de Arbitraje</i>	XIV
DELIA REVOREDO MARSANO DE MUR	

DOCTRINA

La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Límites y posibilidades en Chile

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL (*Chile*)

1. Explicación general	3
2. El control del ámbito subjetivo del acuerdo de arbitraje	4
2.1. El efecto relativo del convenio en el arbitraje interno	4
2.2. La instalación del arbitraje como medio de control	4
3. La extensión del convenio en el arbitraje comercial internacional	6
4. Algunas instituciones que justifican la extensión del convenio a terceros	7
4.1. El levantamiento del velo de las personas jurídicas	7
4.2. El concepto de “grupos sociales”	10
4.3. La doctrina del acto propio	11
4.4. Representación, agencia oficiosa y estipulación a favor de otro	13

La extensión del convenio de arbitraje sin consentimiento: ¿Una excepción francesa?

ALEXANDRA MUÑOZ (*Francia*)

1. Introducción	15
2. El fundamento de la extensión del convenio de arbitraje	16

2.1. La naturaleza contractual del arbitraje	16
2.2. La extensión del convenio de arbitraje fundada sobre el consentimiento	17
3. ¿La marginación del consentimiento en derecho francés?	18
3.1. La posición ambigua de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema Francesa (Cour de Cassation)	18
3.2. El consentimiento de las partes, una necesidad todavía	19

¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (*Perú*)

1. Introducción	21
2. La tarjeta de invitación a la fiesta: El carácter contractual del convenio arbitral	23
3. Los alcances del artículo 14 como herramienta de naturaleza contractual	25
4. Elementos para la aplicación del artículo 14	30
4.1. Consentimiento	30
4.2. Buena fe	30
4.3. Participación activa y determinante	31
4.4. Negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato	31
4.5. Pretender derivar un beneficio del contrato	31
5. Casos de aplicación del artículo 14	32
5.1. Incorporación por referencia	33
5.2. Representación y agencia	33
5.3. Estoppel/equitable estoppel/doctrina de actos propios	34
5.4. Levantamiento del velo societario/grupos de sociedades	36
5.5. Contrato a favor de tercero	41
5.6. Acción oblicua	42
5.7. Cesión, novación y subrogación	43
6. La Aplicación de artículo 14 a arbitrajes extranjeros	44

La extensión de la cláusula compromisoria en el arbitraje societario: Una perspectiva brasileña

ARNOLDO WALD (*Brasil*)

1. Introducción	45
2. Extensión de la cláusula de arbitraje a empresas de un grupo económico	46

3. Extensión como sanción	50
4. Cesión y sucesión	51
5. Vinculación de los accionistas de una sociedad anónima en virtud del estatuto social	53
6. Vinculación de la compañía en virtud del acuerdo de accionistas	54
7. Conclusión	55

La extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios: ¿Una marginalización de consentimiento?

BERNARD HANOTIAU (*Bélgica*)

ERICA STEIN (*Bélgica*)

1. Introducción	57
2. El caso Dow Chemical: ¿El nacimiento de una doctrina?	58
A. El laudo arbitral	58
B. La jurisprudencia francesa	60
3. El concepto de consentimiento: ¿Existe un legado de Dow Chemical?	63
A. Países civilistas	63
B. Países del common law	65
4. Conclusión	67

La sociedad civil entra en el arbitraje internacional a través de la figura del derecho anglosajón del *amicus curiae*

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ (*España*)

1. Introducción: Confidencialidad versus intereses públicos	69
2. Los primeros atisbos de un cambio en la práctica arbitral y la respuesta de los países del TLCAN	72
3. La modificación del reglamento de arbitraje del CIADI	74
3.1. La postura previa de los tribunales arbitrales	74
3.2. La nueva regla 37.2	77
3.3. Las primeras aplicaciones de la nueva reglamentación	78
4. La situación actual	80
4.1. Los futuros APPRI de la Unión Europea	80
4.2. Los trabajos en la CNUDMI	82
5. Valoración final	83

Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje

FABIOLA MEDINA GARNES (*República Dominicana*)

MANUEL FERMÍN CABRAL (*República Dominicana*)

1.	Introducción	85
2.	La convención arbitral como fundamento jurídico del arbitraje. El marco legal que la permite y la figura del tercero	86
3.	Los terceros y el arbitraje: La extensión a partes no signatarias	89
4.	La cláusula arbitral: ¿Consensualismo o formalismo?	91
5.	El caso del “grupo de sociedades” o “conjunto económico”	92
6.	Las atenuantes que introduce el marco legal en la República Dominicana	95
7.	Reflexiones finales	95

¿Velo societario vs. arbitraje?

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*Perú*)

1.	El velo societario	97
	1.1. Consideraciones básicas	97
	1.2. Condiciones para el rasgado del velo	98
	1.3. El rasgado del velo en el Perú	99
2.	Aplicación de la teoría dentro del arbitraje	101
	2.1. El problema	101
	2.2. Las nuevas tendencias	103
	2.3. El estado de la cuestión hoy	107
3.	¿Cómo obligar a un no signatario del convenio arbitral a aceptar la jurisdicción arbitral?	110
	3.1. Tiempos cambiantes	110
	3.2. El cambio dentro de la legislación peruana	111

El que toma el botín, toma la carga: La solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO (*México*)

1.	El problema	113
2.	Solución postulada: El que acepta el botín, acepta la carga	115

3.	Comprobación teórica	116
3.1.	Introducción	116
3.2.	Arbitraje en materia sucesoria	116
3.3.	Derecho societario	117
3.3.1.	Acciones	117
3.3.2.	Administración, vigilancia y funcionarios	118
3.3.3.	Asambleas	119
3.3.4.	Maniobras corporativas	119
3.4.	Acuerdo arbitral contenido en un contrato con estipulación a favor de tercero	119
3.4.1.	La forma de la <i>lex specialis</i> prevalece	119
3.4.2.	Naturaleza de la estipulación a favor de tercero	120
3.4.3.	Autonomía del acuerdo arbitral y su impacto en la estipulación a favor de tercero	120
3.4.4.	Postura a favor	121
3.4.5.	Postulado	126
4.	Un caso en el que algo similar ya ocurre: El arbitraje de inversión	127
5.	Conclusión	127

La extensión de la cláusula de arbitraje a terceros: Realidades económicas y ficciones jurídicas

FRANCISCO ORREGO VICUÑA (*Chile*)

1.	En búsqueda de la realidad económica subyacente al acuerdo de arbitraje	129
2.	De filial ficticia a sociedad matriz real: Extensión del acuerdo de arbitraje	130
2.1.	Identificando las excepciones a la personalidad societaria	131
2.2.	Control integral de la sociedad matriz	132
2.3.	Compatibilidad con el orden público	132
3.	De sociedad matriz a filial operativa: No extensión del acuerdo de arbitraje ...	134
3.1.	Inexistencia de un acuerdo de arbitraje respecto a la filial	135
3.2.	Ausencia de intención vinculante	136
3.3.	Inaplicabilidad de las teorías jurídicas comunes	136
3.4.	Solución del Derecho Suizo	137
3.5.	Vinculación operativa e interés económico sustantivo	138
4.	Extensión del acuerdo de arbitraje a inversiones indirectas	140
4.1.	Realidad de los vehículos de inversión y acuerdo de arbitraje	140
4.2.	Interpretación de los tratados a la luz de la práctica estatal	142
4.3.	El punto de quiebre de la cadena societaria y la extensión del acuerdo de arbitraje	145
5.	Una realidad económica prevaleciente	146

Las partes en el arbitraje internacional: El “alcance” de los efectos de la cláusula compromisoria en el derecho brasileño

GILBERTO GIUSTI (*Brasil*)

RICARDO DALMASO MARQUES (*Brasil*)

1. Introducción al tema	147
2. Las partes en el régimen brasileño de arbitraje: La Ley de Arbitraje Brasileña y la intervención de terceros	148
3. Los arbitrajes entre múltiples partes en el derecho comparado: La cuestión del “alcance” de la cláusula compromisoria	154
4. El arbitraje entre partes múltiples en el derecho brasileño: La evolución de una tendencia	157
5. Conclusión	159

Extensión intersubjetiva del acuerdo de arbitraje de Estado

HERNANDO DÍAZ-CANDIA (*Venezuela*)

1. Introducción	161
2. Requisito del consentimiento escrito	162
3. Diferencia entre transferencia y extensión del acuerdo de arbitraje	164
4. El test para determinar la extensión intersubjetiva	165
5. Casos de arbitraje entre Estados y arbitraje de inversiones	166
6. Situación del arbitraje ordinario	167
7. Casos en Estados Unidos e Inglaterra	168
8. Grupos de personas jurídicas	169
9. Precedentes sobre personas estatales	169
10. Intereses difusos y colectivos	172
11. Conclusión	174

Consideraciones sobre el convenio arbitral multipartito

JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN (*España*)

1. Efectos sustantivos del convenio arbitral. Regla general: Relatividad del convenio arbitral	175
2. Supuestos de multilateralidad del convenio arbitral	178

2.1. Relaciones multipartitas de carácter vertical	179
2.1.1. Arbitraje y grupos de sociedades	179
2.1.2. Arbitraje y Estados y personas jurídico-públicas integradas en la organización estatal	179
2.2. Relaciones multipartitas de tipo horizontal	180
2.3. Problemática de los arbitrajes multipartitos	182
3. Diversas concepciones positivas del arbitraje multipartito: Ley Arbitral Peruana. Revisión de 2010 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional	184

El nuevo precedente constitucional sobre Arbitraje. En especial, sobre la revisión judicial solicitada por “terceros”

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ (*Perú*)

RAFFO VELASQUEZ MELENDEZ (*Perú*)

1. A modo de introducción	189
2. Los precedentes Cantuarias Salaverry y Hernández Hernández	190
3. Diseños para la revisión judicial de arbitrajes	190
4. Funcionamiento de la revisión judicial de arbitrajes	192
5. Nacimiento y sentido del precedente María Julia	192
6. Sigue. Sentido del precedente María Julia	193
7. Los terceros en el precedente María Julia	195
8. Autonomía de la voluntad y terceros	196
9. Distintas posiciones que pueden tener terceros frente a una controversia	198
10. ¿A qué terceros se refiere el precedente María Julia?	200
11. Eficacia refleja de sentencias y laudos sobre terceros coadyuvantes	202
12. Terceros coadyuvantes y arbitraje	203
13. Sigue. Terceros coadyuvantes y arbitraje	205
14. Resumen	206

El banco avalista en el arbitraje

JUAN SERRADA HIERRO (*España*)

El banco avalista en el arbitraje	209
---	-----

La incorporación de partes no signatarias y el carácter consensual del arbitraje: ¿Cuál es la posición adoptada por las instituciones arbitrales?

MARTIN HUNTER (*Inglaterra*)
 JESSICA PINEDA (*Inglaterra*)
 JAVIER GARCÍA OLMEDO (*Inglaterra*)

1.	Introducción	215
2.	Supuestos en los cuales se permite la incorporación de una parte no signataria a arbitraje	217
2.1.	Doctrina del levantamiento del velo corporativo	217
2.2.	Doctrina del alter ego	219
2.3.	Doctrina del grupo de sociedades	220
2.4.	Doctrina del estoppel arbitral	223
3.	Aspectos procedimentales de la incorporación de partes no signatarias a arbitraje	224
3.1.	El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI)	226
3.2.	Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres	228
3.3.	Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional	228
4.	Conclusión	229

Aplicación del artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje al caso de los grupos de sociedades

PABLO MORI BREGANTE (*Perú*)
 GIUSEPPE GALLUCCIO TONDER (*Perú*)

1.	Artículo 14 del DLA: Una nueva forma de consentimiento al convenio arbitral	231
2.	Extensión del convenio arbitral en el marco del grupo de sociedades	235
2.1.	Elementos para la aplicación de la teoría	237
2.2.	La interpretación de los alcances del convenio arbitral - Deber de buena fe incluido en el mismo	238
2.3.	¿Cómo se determina la voluntad fraudulenta en este caso?	241
3.	Consecuencias de la extensión del convenio arbitral	244
4.	Algunos apuntes para su aplicación práctica	245

El dilema de extender una cláusula de arbitraje comercial internacional a terceras partes: Protegiendo la política federal mientras se va desarrollando la globalización económica

PEDRO J. MARTINEZ-FRAGA (*EE.UU.*)

1.	Introducción	250
2.	Revisitando los trabajos del paradigma actual, sobre la base de los preceptos básicos de derecho contractual y de agencia: Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association, y otros, redefinido	254
2.1.	La rúbrica ortodoxa basada en “los principios ordinarios del derecho contractual y del de agencia”	254
2.2.	Revisitando a Thomson-CSF	256
2.3.	Desarticulando el análisis del segundo circuito en el caso Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association	258
2.4.	Revisitando la Opinión de la Corte Distrital en el caso Thomson-CSF	266
3.	Anomalías que resultan de la aplicación del caso Thomson-CSF a casos de arbitraje internacional	268
4.	Una alternativa a la teoría del estoppel: Explorando la falta de simetría entre una parte no-signataria que pretende vincular a una parte signataria a una cláusula o convenio arbitral y la proposición contraria	273
5.	Conclusión	276

La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje administrativo

RICHARD MARTIN TIRADO (*Perú*)

1.	Introducción	279
2.	El convenio arbitral y su formalidad	281
3.	Las partes no signatarias y la intervención de terceros en los procesos arbitrales	283
3.1.	Aspectos procesales	284
3.1.1.	Intervención voluntaria	284
3.1.2.	Intervención forzosa	284
3.2.	Aspectos sustantivos	285
3.2.1.	Incorporación por referencia	285
3.2.2.	Asunción	286
3.2.3.	Mandato	286
3.2.4.	Grupo de compañías o álter ego	286
3.2.5.	Estoppel equitativo	287

4. La intervención de partes no signatarias y de terceros en la Ley de Arbitraje Peruana: La extensión del convenio arbitral	287
4.1. En el arbitraje nacional	291
4.1.1. Participación de particulares	291
4.1.2. Participación del Estado peruano	292
4.1.2.1. Materias arbitrables	292
4.1.2.2. Entidades públicas facultadas a intervenir como terceros en el arbitraje administrativo: El caso de los organismos reguladores	295
5. Conclusiones	296

La extensión del arbitraje a terceras partes no signatarias del convenio

VICENTE ROLDÁN MARTÍNEZ (*España*)

1. Introducción	299
1.1. La cláusula arbitral y los terceros no signatarios. Especial referencia al arbitraje societario	300
2. Distintas fórmulas o teorías sobre la extensión del arbitraje	301
2.1. Teoría del levantamiento del velo	301
2.2. Grupo de sociedades	301
2.3. El estoppel	302
3. Problemas derivados de la extensión	303
4. Consideraciones finales	304

La intervención de terceros en el arbitraje: Un desafío al paradigma

WANDA PERDOMO RAMÍREZ (*República Dominicana*)

1. Contexto procesal de la intervención de terceros	305
2. El problema de la intervención de terceros en el arbitraje	306
3. Algunas “soluciones” reglamentarias	307
3.1. Reglamento CCI	307
3.2. Reglamento CNUDMI o UNCITRAL	307
3.3. Reglamento LCIA	308
3.4. Reglamento CEA	308
3.5. Reglamento CRC	308
3.6. Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional	309

4. Un desafío al paradigma	309
4.1. Sobre la intervención forzosa de terceros	309
4.2. Sobre la intervención voluntaria de terceros	311
5. Consideraciones Finales	313

Sociedad civil y arbitraje de inversión. *Amicus curiae* ante tribunales CIADI

YARITZA PÉREZ PACHECO (*Venezuela*)

1. Introducción	315
2. Transparencia y participación ciudadana	316
3. Participación de la sociedad civil en las disputas Inversor-Estado	318
4. Tratamiento de los <i>amicus curiae</i> en el sistema de arbitraje CIADI	321
4.1. Partes intervinientes	322
4.2. Primeras respuestas a los <i>amicus curiae</i>	323
4.3. Reformas a las Reglas de Arbitraje CIADI	326
5. Nuevos tratados de inversión frente a la sociedad civil	328
6. Formas de participación de los <i>amicus curiae</i> en los procedimientos CIADI	330
6.1. Acceso a las audiencias	331
6.2. Presentación de argumentos	331
6.3. Acceso al expediente	333
7. Consideraciones finales	333

Las partes no signatarias

YVES DERAIS (*Francia*)

1. La cesión de la cláusula de arbitraje	335
2. Cláusula de arbitraje y garantía	337
3. Los grupos de compañías	340
3.1. El auge del concepto de grupo de compañías	340
3.2. El ocaso del concepto de grupos de compañías	342

AGRADECIMIENTOS	347
------------------------------	-----

ÍNDICE GENERAL	351
-----------------------------	-----

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres de Grández Gráficos S.A.C.
en el mes de Setiembre de 2012
www.grandezgraficos.com
Telf. 531-4658



