

La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado

CRISTIÁN CONEJERO ROOS* Y RENÉ IRRA DE LA CRUZ**

1. Introducción

En virtud del Decreto Legislativo No. 1071, publicado el 28 de junio de 2008, Perú dio un paso más para modernizar su legislación en materia de arbitraje al introducir una nueva Ley de Arbitraje que entró en vigor el 1 de septiembre del mismo. La ley de arbitraje peruana (la “LAP”), adapta instituciones modernas del arbitraje ya acogidas en la legislación y jurisprudencia extranjera y da soluciones a problemas planteados a partir de la propia experiencia arbitral en Perú durante la vigencia de la Ley General de Arbitraje de 1998 (Ley N° 26572) vigente antes de la LAP.

Dentro de las diversas novedades que contiene la LAP, se encuentra la posibilidad expresa de extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias¹. En efecto, el artículo 14 de la LAP establece lo siguiente:

* Socio, Phillipi, Yrarrázaval, Pulido&Brunner Ltda. Abogados. Profesor de Derecho Comercial y Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Profesor invitado en la Fundación Getulio Vargas y la Universidad Autónoma de Madrid en temas de arbitraje.

** Abogado asociado, Grupo Arbitraje Internacional, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.

1 Carlos SOTO, *Nueva Ley Peruana de Arbitraje 2008*, Ed. Magna, 2009, pp. 3 y ss.

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.²

Esta reforma, que no registra paralelismos en otras legislaciones extranjeras, constituye por lo mismo una de las innovaciones más importantes de la LAP y tiene una consecuencia práctica enorme pues establece criterios expresos mediante los cuales es posible concebir como partes del convenio arbitral a personas o entidades que no han suscrito el contrato que lo contiene. La importancia deviene todavía más crítica si se toma en consideración que, en la actualidad, una buena parte de las transacciones y operaciones comerciales descansan en un complejo entramado de múltiples partes y contratos, en que varias de las partes intervinientes no concurren necesariamente a la firma del contrato que contiene la cláusula arbitral y que sirve de base a un arbitraje.

No obstante lo anterior, y acaso como corolario de la misma innovación, hay muchas cuestiones prácticas pendientes de resolver que solo se cristalizarán a medida que los tribunales vayan asentando el sentido y alcance de la citada disposición. Ello no significa que en dicha tarea quien interpreta la ley se encuentre enfrentado a una suerte de ostracismo y de estado de abandono. El artículo 14 de la LAP ha sido elaborado sobre la base de una rica experiencia en materia de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias construida a partir de la jurisprudencia y doctrina comparada, fundamentalmente europea y americana.

En el presente texto, partiendo de la premisa básica del Artículo 14 que descansa en el consentimiento de las partes (II), intentaremos despejar en seguida ciertos conceptos que, por su proximidad o confusión recurrente, inducen a error para así poder situar el tema de la extensión del acuerdo arbitral a partes no firmantes en su debido contexto (III). A continuación describiremos el estado de la cuestión en la jurisprudencia de tribunales ordinarios, por oposición a tribunales arbitrales, en algunos países europeos y en Estados Unidos de América (IV), para luego esbozar algunas ideas en cuanto al alcance y límites de la norma contenida en el artículo 14 de la LAP.

2 Decreto Legislativo N° 1071, Artículo 14.

2. El punto de partida: el consentimiento como premisa fundamental

Quizás una pregunta preliminar sería ¿por qué habría interés en incluir en un arbitraje a una entidad o persona que no ha firmado el convenio arbitral con la dificultad que ello conlleva de demostrar que ha consentido en someterse a arbitraje, a pesar de que no ha firmado el contrato que contiene el acuerdo arbitral?

La respuesta, más que encontrarse en cuestiones jurídicas, obedece fundamentalmente a consideraciones prácticas. Durante los últimos años, se ha registrado un aumento considerable en el número de procedimientos arbitrales en los que se han visto involucradas más de dos partes³. Los esquemas contractuales actuales son el resultado de operaciones transnacionales complejas, estructuradas sobre la base de una multiplicidad de partes y de contratos que constituyen una sola transacción económica y que derivan en procedimientos arbitrales igual de complejos⁴.

En muchos casos, hay partes que intervienen en la ejecución del contrato o parte de él sin que hayan concurrido como partes formales del mismo mediante su firma y los derechos y obligaciones violados o incumplidos solo pueden ser perseguidos por o en contra de tales entidades. Por la misma razón, se ha llegado a sostener que el paradigma del arbitraje ha cambiado y se ha abandonado el modelo bipartito del procedimiento arbitral caracterizado por la presencia de un demandante y un demandado. Hoy el arbitraje puede apreciarse desde dos ópticas considerando las partes que intervienen en él: por un lado, como una institución bipolar, en que aún cuando hayan varias partes en cada polo, las partes pueden agruparse en demandantes y demandados por compartir un interés común, y por otro, como una institución multi-polar en la que existen más de dos intereses divergentes⁵, y en que la posibilidad de que una parte no signataria sea arrastrada al, o quiera tomar parte en el arbitraje aumenta.

En este contexto, las razones prácticas que justifican los esfuerzos de extender el convenio arbitral a una parte no signataria son evidentes. En algunos casos, la parte no signataria otorga al o los demandantes un segundo patrimonio, además del patrimonio del obligado principal, en donde hacer efectivos sus

3 Jason FRY, *ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 21, N° 1*, 2010.

4 Ver, Bernard HANOTIAU, *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions* (Kluwer Law International 2006), *Complex Arbitrations, Perspectives on their Procedural Implications*, ICC Ct. Bull., Special Supplement 2003, “Chartered Institute of Arbitrators: Guideline on Multi-Party Arbitrations”, 72 *Arbitration* (2006, N° 2).

5 Ver, porejemplo, Nathalie VOSER, *Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties, 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, 2009, Dublin, Volume 14, 2009*, p. 343.

derechos, como ocurre en el caso de las relaciones entre filiales y matrices, o entre obligados principales y garantes que no han firmado el contrato principal. En otras ocasiones, la parte no signataria es realmente la parte más idónea para reclamar o responder por algún incumplimiento contractual. Además existen razones de eficiencia, en cuanto a que conducir un único arbitraje por o en contra de partes signatarias y no signatarias debería ofrecer mayores condiciones de celeridad y menores costos y, por último, se eviten decisiones contradictorias o incompatibles que puedan resultar de dos o más procedimientos paralelos que versan sobre una misma cuestión controvertida.

Todas estas razones prácticas no pueden soslayar una limitación evidente que nace del carácter consensual del arbitraje: nadie puede beneficiarse de o ser arrastrado a un arbitraje si no ha consentido en someterse al mismo. En efecto, tal como lo reconoce la propia LAP al definir al convenio arbitral⁶, el cimiento sobre el que debe construirse un arbitraje de cualquier tipo, ya sea nacional o internacional, es justamente que las partes hayan acordado someter la resolución de sus conflictos a arbitraje. El arbitraje nace de un acuerdo de las partes y ello se traduce en la vinculación de las partes a la cláusula de arbitraje y en el sometimiento de las disputas que surjan entre ellas a la vía arbitral.

Esta premisa opera sin inconvenientes cuando se trata de dos partes que han concurrido a nombre propio a la firma de un contrato que contiene un acuerdo arbitral. Sin embargo, presenta dificultades cuando corresponde determinar si hay individuos o entidades que deben reputarse como partes del acuerdo arbitral a pesar de no haberlo firmado pues surge entonces una asimetría entre la forma del contrato que da una apariencia de vinculación con las partes que lo han firmado, y la realidad del mismo que se extiende más allá de dicha forma para incluir a otras partes no signatarias del mismo.

Así las cosas, lo que se intenta dilucidar es si un individuo o entidad que no ha firmado el contrato que contiene el convenio arbitral y que tampoco aparece designado como parte en el mismo, puede prevalerse de dicho convenio para iniciar un arbitraje en contra de alguna de las demás partes de dicho contrato, o si puede ser demandado en sede arbitral por las demás.

Como es bien sabido, el contrato solo produce efectos entre las partes en virtud del principio del efecto relativo de los contratos, de modo que para que el convenio arbitral contenido en el contrato pueda ser invocado por o en contra

6 El artículo 13 de la LAP define al convenio arbitral como “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”. La base del convenio es pues el consentimiento de las partes.

de alguien que no lo ha firmado, lo primero que debe determinarse es si dicha persona puede ser considerada como una parte del contrato. Dicho de otro modo, la única manera de conciliar el efecto relativo del contrato con la inclusión de una persona o entidad no signatario del contrato que contiene el convenio arbitral en el marco de un arbitraje iniciado al amparo de dicho convenio consiste precisamente en establecer que ella ha “consentido” o ha “acordado” ser parte del convenio arbitral.

En consecuencia, la extensión del convenio arbitral resulta un tema de evidente importancia práctica pero que aparece condicionada por un elemento de carácter jurídico como es el consentimiento, lo cual genera una evidente tensión entre un movimiento que privilegia el consentimiento expresado en términos claros e inequívocos de que las partes han querido someterse a un arbitraje, y un movimiento que privilegia la eficacia del arbitraje y permite construir o presumir un consentimiento a partir de elementos fácticos y teorías jurídicas, a pesar de que no se haya expresado inequívocamente. Esta tensión la que ha hecho que, a pesar de años de jurisprudencia judicial y arbitral⁷, y amplios comentarios y literatura al respecto⁸, la cuestión de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias esté lejos de ser agotada.

Ahora bien, la adición del artículo 14 a la LAP resulta un avance de enorme interés porque, con una vocación pionera, la ley establece expresamente ciertos parámetros de apreciación del consentimiento efectivo del convenio arbitral de la parte no signataria para considerarla como parte del mismo. En este sentido, se puede anticipar que la LAP ha optado por encontrar un equilibrio entre una mayor eficacia del arbitraje condicionada, más allá de las formas del contrato y de la identificación de las partes que concurren a su celebración, por la realidad de quienes han consentido en ser partes del mismo. Como bien lo advierte Silva Romero, la LAP adopta la teoría del “contrato-realidad”⁹ o, en palabras

7 Para profundizar en la discusión ver: Bernard HANOTIAU, *Non-Signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law*, ICCA Congress Series N° 13.

8 Solo por citar algunos: John M. TOWNSEND, *Non-Signatories in International Arbitration: An American Perspective*, ICCA Congress Series N° 13, p. 359; Anne Marie WHITESELL, *Non-Signatories in ICC Arbitration*, ICCA Congress Series N° 13, p. 366; Babak BARIN, *Non-Signatories in International Arbitration: Some Thoughts from Canada*, ICCA Congress Series N° 13, p. 375; James HOSKING, *The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent*, *Pepperdine Dispute Resolution Journal*, Vol. 4, N° 3, 2004, p. 469; James HOSKING, *Non-Signatories in International Arbitration in the United States: The Quest for Consent*, *Arbitration International*, Vol. 20, N° 3, 2004, p. 289; Pierre MAYER, *Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories under French Law*, *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford, 2009, p. 189; Marc BLESSING, *Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories*, *ASA Special Series N° 9*, p. 151; y Alan SCOTT RAU, *“Consent” to Arbitral Jurisdiction: Disputes with Non-Signatories*, Oxford, 2009, p. 69.

9 Eduardo SILVA ROMERO, *El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje-realidad*, *Lima Arbitration N° 4*, 2010/2011, p. 54.

de Cantuarias y Caivano, se prioriza la realidad por sobre la forma o la mera apariencia del contrato¹⁰.

Antes de entrar a su análisis, es importante hacer ciertas distinciones conceptuales a fin de definir qué se entiende por extensión del convenio arbitral y elaborar las principales doctrinas o teorías que han permitido dicha extensión.

3. Algunas distinciones conceptuales

Si hubiese que definir la extensión del convenio arbitral a una parte no signataria, podríamos decir que es el mecanismo que permite, en virtud de la concurrencia de determinados elementos fácticos y jurídicos, la vinculación de una parte con un acuerdo arbitral a pesar de no haber firmado el contrato que lo contiene.

Este concepto permite distinguir una serie de cuestiones que pueden confundirse con la extensión pero que realmente escapan de su campo de aplicación, como (i) la distinción entre la extensión y la existencia del acuerdo arbitral, (ii) la distinción entre la extensión y la cesión o transmisión del acuerdo arbitral, y (iii) la distinción entre la extensión del acuerdo arbitral a una parte no signataria por oposición a un tercero ajeno al contrato.

3.1. Distinción entre forma del convenio arbitral y extensión

Las formas que debe revestir el acuerdo arbitral han sido flexibilizadas al punto de que basta que el acuerdo arbitral conste por escrito, despojándosele de cualquier otro requisito o elemento de carácter formal¹¹. Aún más, las legislaciones más modernas en materia de arbitraje, entre las que ciertamente se cuenta la LAP, le dan a la forma escrita un requisito *ad probationem* más que *ad solemnitatem* en cuanto permiten que el acuerdo arbitral se pruebe o demuestre por otros medios o registros distintos de la forma escrita. Así lo establece, por lo demás, el artículo 13(2) de la LAP¹².

10 Fernando CANTUARIAS y Roque CAIVANO, *La nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un Nuevo Salto a la Modernidad*, Revista Peruana de Arbitraje N° 7, p. 61.

11 Para un excelente análisis de esta cuestión, ver Toby LANDAU, *The Requirement of a Written Form for an Arbitration Agreement: When “Written” Means “Oral”*, ICCA Congress Series 2002 (Londres), pp. 82-189.

12 El artículo 13(2) establece: “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”.

La misma ley indica a continuación 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”¹³, que “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”¹⁴ y que 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”¹⁵. Como señala Jorge Santistevan de Noriega, se ha ampliado así la noción de escritura, resultando válido afirmar que se encuentra comprendida dentro de ella cualquier forma de registro del acuerdo de voluntad entre las partes para demostrar a posteriori que existe un convenio arbitral que compromete jurídicamente a quienes lo celebraron¹⁶.

Ahora bien, el hecho de que el acuerdo arbitral conste por escrito no implica que solo vincula a aquellos que han concurrido a la firma del mismo. De hecho, la misma LAP admite que hay acuerdos arbitrales en los que no necesariamente concurre la firma de las partes vinculadas por el mismo, como sería el que resulta de un intercambio de comunicaciones electrónicas. Del mismo modo, puede acontecer que un contrato que contenga un acuerdo arbitral sea firmado por dos partes únicamente y, no obstante ello, pueda vincular a otras partes no signatarias que hayan manifestado su consentimiento por un modo distinto al de la firma del contrato. Como lo indican Cantuarias y Caivano, la ley reconoce –en sintonía con la ampliación del concepto de convenio arbitral escrito– que la firma puesta en el instrumento no es la única forma de prestar el consentimiento para someterse a arbitraje¹⁷.

Así las cosas, hoy al menos en el contexto de la LAP, la firma no juega un rol decisivo para determinar quiénes son las partes vinculadas por un convenio arbitral, primero, porque el requisito de que el acuerdo arbitral conste por escrito no es asimilable a que el convenio arbitral deba ser firmado y, segundo, porque

13 Artículo 13(3) de la LAP.

14 Artículo 13(4) de la LAP. El mismo precepto señala que: “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”.

15 Artículo 13(5) de la LAP.

16 Jorge SANTISTEVAN DE NORIEGA, *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje*, Revista Peruana de Arbitraje N° 8, 2009, p. 20.

17 Fernando CANTUARIAS y Roque CAIVANO, *op. cit.*, p. 61.

pueden haber personas que hayan materialmente firmado el contrato que contiene el convenio arbitral y sin embargo no sean reputadas jurídicamente como partes del mismo como si se trata, por ejemplo, de alguien que firma como mandatario actuando a nombre y representación de otra persona, y a la inversa pueden haber partes que no hayan firmado el contrato que contiene dicho convenio y queden vinculados a la misma, precisamente porque la LAP admite, conforme al artículo 14 citado, que el consentimiento se manifiesta por elementos exógenos a la forma del contrato en el que se inserta el convenio arbitral, y distintos de la firma del mismo.

3.2. Distinción entre parte no signataria y tercero ajeno al contrato con interés en el arbitraje

Una segunda distinción acaso evidente y, sin embargo, inductiva a permanentes errores y confusiones radica en el uso de la expresión “extensión a terceros no signatarios”, pues la idea de tercero parece aludir a una persona que permanece fuera del alcance del contrato a la cual se le extiende el convenio arbitral. William Park lo nota acertadamente cuando dice que “extensión” de una cláusula arbitral sugiere erradamente la idea de una imposición de una obligación más allá del círculo de quienes han acordado someterse a arbitraje, en circunstancias que el consentimiento sigue siendo la piedra angular del arbitraje¹⁸.

El error resulta de una doble confusión. Primero, cuando se habla de extensión, en realidad se quiere hablar de alcance. En estricto rigor, no se está extendiendo una cláusula arbitral a quien no es parte de la misma, sino que se está determinando, más allá de la forma del contrato y de quienes lo han firmado, quiénes son realmente las partes vinculadas por el convenio arbitral, delimitando así el alcance *rationaepersonae* o subjetivo de dicho convenio. Así, la idea de extensión solo cobra sentido si se mira como una extensión más allá de la forma del contrato y de las partes que lo han firmado, pero no como una extensión del alcance natural del convenio arbitral que sigue siendo el mismo. Segundo, porque el término “tercero” en este contexto es incorrecto dado que, si el análisis lleva a la conclusión de que un individuo o entidad no signataria ha consentido en quedar vinculada por el convenio arbitral, se trata de una auténtica parte del mismo y no de un tercero.

18 William W. PARK, *Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma*, en *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford, 2009, p. 3.

Así, en aras de mantener la consistencia con el uso generalizado del término “extensión del convenio arbitral” hemos optado por mantener este concepto, aunque con el alcance antes citado y referido en todo caso a “partes no signatarias” pero no a “terceros”.

La problemática de terceros ajenos al convenio arbitral pero que puedan tener interés en el arbitraje es distinta y supone más bien problemas de orden procesal pero no relacionados con el requisito sustantivo de existencia de consentimiento, precisamente porque tales terceros no han consentido con las partes del contrato que contiene el convenio arbitral en someter sus disputas a arbitraje. Tal puede ser, por ejemplo, el caso de un subcontratista que puede sufrir un perjuicio si el propietario de la obra pone término al contrato de construcción pactado con el contratista principal o si no le concede al mismo un plazo adicional para la conclusión de una determinada etapa de la obra, pero en la medida que el subcontratista tenga un contrato distinto con el contratista que contenga su propia cláusula de resolución de controversias, no estaremos en estricto rigor en presencia del problema de extensión del convenio arbitral a una parte no signataria. Lo mismo ocurre en el caso del subarrendatario en caso de disputas entre el arrendador y el arrendatario bajo el contrato de arriendo del cual el subarrendatario no es parte. Más remotamente, también puede ser el de un arrendatario de un local comercial que tiene interés directo en la interpretación de una cláusula de fuerza mayor insertada en un contrato idéntico suscrito por su vecino, también arrendatario de un local colindante, con el mismo arrendador.

En todos estos casos, se trata de verdaderos terceros ajenos al contrato que contiene el convenio arbitral, pero que tienen un evidente interés en el resultado de un eventual litigio, sea en cuanto tendrían interés en tener algún grado de participación procesal en el arbitraje en curso, o por el efecto reflejo que dicha resolución pueda tener en el marco de sus propias relaciones contractuales, las cuales constituyen cuestiones procesales que escapan al ámbito de nuestro análisis¹⁹.

Lo que es evidente es que el artículo 14 de la LAP no pretende regular la situación procesal de tales terceros y quienes pretenden atribuirle ese efecto no solo se equivocan gravemente, sino que permiten abrir una caja de Pandora tremendamente peligrosa que podría terminar por desnaturalizar por completo el sentido y alcance del referido precepto²⁰.

19 Para mayor información sobre este tema, ver Alexis MOURRE, *L'intervention des tiers à l'arbitrage*, Le Cahiers de l'arbitrage N° 100, 2002, p. 100.

20 A ese respecto, discrepo abiertamente con la opinión del profesor MATHEUS, para quien este precepto abre una interesante puerta a la figura de intervención de terceros en el arbitraje, como también

En este sentido, concordamos con Bullard y Soto que sostienen que muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje lo cual constituye un error conceptual que escapa al contenido del artículo²¹. Los mismos autores ahondan al señalar que no es intención del artículo 14 autorizar a traer a un tercero al arbitraje lo cual no es posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio a pesar de que no firma el mismo²².

3.3. Distinción entre extensión y transmisión del convenio arbitral

Finalmente, hay que distinguir entre la extensión del convenio arbitral a una parte no signataria de la transmisión del convenio arbitral por una parte signataria a otra que no lo es y que pasa a sustituirle en su posición jurídica. Mientras la extensión se designa en general para aquellos casos en los que se incluye dentro del alcance del convenio arbitral a otras partes no signatarias, además de aquellas que han firmado el contrato que contiene dicho convenio, la cesión o transmisión apunta a situaciones en que la cláusula arbitral se transmite de una parte que originalmente ha firmado el contrato a otra que no lo ha hecho por haberlo previsto así la ley o el consentimiento de las partes, en virtud de mecanismos tales como la cesión de derechos o de contrato, la subrogación, la sucesión, la novación, la fusión de empresas por absorción o por creación, entre otros.

Se trata así de un verdadero fenómeno de sustitución de partes del convenio arbitral, en términos tales que la parte originalmente signataria deja de estar vinculada por dicho convenio pues le sustituye otra parte no signataria que pasa a ocupar su posición jurídica. Como lo indica Hosking, en la transmisión se reconocen figuras a través de las cuales se transmiten derechos y obligaciones, incluido el derecho a invocar la cláusula arbitral y la obligación de someterse a arbitraje, de una parte a otra, en cambio, en la extensión se suelen reconocer situaciones en las que, junto con mantenerse los derechos y obligaciones de la parte signataria y obligada originalmente, se crean nuevos derechos y obligaciones, incluyendo aquellos asociados al convenio arbitral, a favor o en contra de una parte no signataria²³.

a aquella del litisconsorcio. (Carlos Alberto MATHEUS LÓPEZ, *La nueva ley de arbitraje peruana*, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/13/jec/jec10.pdf>).

21 Alfredo BULLARD y Carlos SOTO (Eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 202.

22 Alfredo BULLARD y Carlos SOTO (Eds.), *Ibidem*, p. 209.

23 James HOSKING, *op. cit.*, p. 486.

Esta sustitución de partes del convenio arbitral ya ha sido objeto de casos resueltos por tribunales extranjeros²⁴. Sin ánimo de ser exhaustivos, y a título puramente ejemplar, podemos citar los casos de cesión de derechos²⁵, en los que el cesionario se coloca en la posición del cedente adquiriendo todos los derechos y obligaciones de este último, incluyendo por supuesto, la obligación de someter a arbitraje las disputas futuras. En Suiza, los tribunales han aceptado que la cesión de la relación contractual entraña en principio una cesión o transmisión de la cláusula arbitral contenida en el contrato debido a su carácter accesorio, y fundados en el artículo 170(1) del Código de Obligaciones Suizo que reconoce que la cesión de un contrato supone también la cesión de otros derechos accesorios salvo aquellos que son inseparables del cedente o que dicha cesión esté prohibida por la ley o el contrato.

En Francia, una ilustración de este supuesto la encontramos en el caso *Cimat*²⁶. Esta última, una sociedad de Burkina Faso, celebró un contrato con la sociedad checa *Pragoinvest*, la cual entró en concurso mercantil y no terminó los trabajos que le fueron encomendados. Antes de ser declarada en concurso, *Pragoinvest* cedió todos los derechos emanantes del contrato a la Sociedad de Cementos de Abidjan (*SCA*). A falta de pago, la sociedad *SCA* demandó a la sociedad *Cimat* fundándose en el convenio arbitral CCI contenido en el contrato, ante lo cual *Cimat* se opusó arguyendo que *SCA* no era parte del contrato que contenía el convenio arbitral. En el recurso de anulación, la Corte francesa determinó, por un lado, que el convenio arbitral es independiente del contrato y su transmisión no estaría afectada por los vicios que pudieran afectar la cesión del derecho sustantivo. Por otro lado, la transmisión del convenio arbitral se calificó como razonable por ser un modo usual de resolución de conflictos en el ámbito internacional y afirmó que la cláusula arbitral es *indisociable de la economía del contrato inicial*.

A una conclusión similar en cuanto a que el cesionario de un contrato asume dicho contrato con los derechos y obligaciones del cedente, incluyendo el

24 Ver, por ejemplo, Pierre MAYER, *La circulation des conventions d'arbitrage*, Journal du Droit International, 2005, p. 253; Philippe LEBOULANGER, *The Arbitration Agreement: Still Autonomous?*, ICCA Congress Series 2006, Montreal, 2007, pp. 3 – 31, Marie Laure NIBOYET, *Trois arrêts importants sur la portée des clauses d'arbitrage et de juridiction à l'égard des parties non signataires*, Les Cahiers de l'Arbitrage N° 100, 2002, p. 97, y en particular para un análisis exhaustivo de la jurisprudencia comparada en materia de cesión de contratos y de la cláusula arbitral, ver, Roque CAIVANO, *La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene*, Revista de Derecho Privado UNAM, Edición Especial, 2012, p. 2.

25 Paris, 25 de noviembre de 1999, *Société Burkinabé des ciments et matériaux (Cimat) v. Société des ciments d'Abidjan (SCA)*, Rev. arb. 2001.165, n. Cohen, en DERAINS, Yves and KIFFER, Laurence, National Report for France (2010) in Jan Paulsson (ed), *International Handbook on Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 1984 Last updated: March 2010 Supplement N° 58) pp. 1 – 88.

26 *Idem*.

derecho de acudir al arbitraje y la obligación de someter sus disputas a arbitraje, han llegado tribunales ingleses en el caso *The Jordan Nicolov*²⁷, y de Estados Unidos en el caso *Bell-Ray Co.*²⁸.

Asimismo tanto en Francia como en Estados Unidos se ha resuelto que la subrogación legal hace que una parte asuma la posición jurídica de la otra, con lo cual puede invocar los derechos que derivan del contrato suscrito por éste último. Concretamente, en materia de seguros, en Francia se sostuvo que el asegurador está vinculado al acuerdo arbitral aceptado por el asegurado del cual reclama sus derechos²⁹. En Estados Unidos, en el caso *Tencara*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito resolvió que el asegurador estaba obligado a someterse a arbitraje dado que es un principio claramente establecido que el asegurador se coloca en los zapatos del asegurado, de modo que si éste último ha resuelto someter las disputas surgidas de un contrato a arbitraje, el asegurador debe utilizar el mismo mecanismo para reclamar los derechos del asegurado en los que se ha subrogado³⁰.

Otro caso de sustitución se presenta en los contratos sucesivos o cadenas de contratos. En el caso *Amkor*³¹, la Corte de Casación francesa se pronunció sobre una disputa que involucraba un conjunto de contratos que implicaba al menos a siete sociedades. El litigio versaba sobre la transmisión de procesadores electrónicos que resultaron defectuosos una vez que llegaron al usuario final. Este último demandó a una sociedad de la cadena ante la jurisdicción estatal quien opuso la excepción de incompetencia al amparo de la cláusula arbitral contenida en uno de los contratos previos que la vinculaba a otras dos sociedades de dicha cadena de transmisión de propiedad de los procesadores³². La Corte de Casación francesa resolvió que “*en una cadena de contratos translaticios de dominio, la*

27 *The Jordan Nikolov*, 1990, 2 Lloyd's Rep. p. 19, citadopor HOSKING, op. cit., p. 493.

28 *Bell-Ray Co., Inc. V. Chemrite (Pty.) Ltd. And Lupritene (Pty.)*, 181 F. 3d 435, 445 (D.N.J. 1999), citadopor HOSKING, op. cit. p. 495.

29 Cass. Com., 13 Mayo de 1966, *Société d'approvisionnements textiles vs. Compagnie de Navigation Fraissinet et Cyprien Fable*, citadopor Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Bertrand GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, 1999, par. 714.

30 *Ann Bureau of Shipping v. Tencara Shipyard S.P.A.*, 170 F. 3d 349 (2d Cir. 1999).

31 *Société Alcatel Business Systems et autre v. Société AmkorTechnology et autres*, Dalloz 2008.180, comentario de Thomas Clay.

32 Para contextualizar este caso, se debe destacar que conforme al derecho francés, cuando se transmite sucesivamente la propiedad de una cosa a través de una cadena de contratos desde un fabricante hasta el comprador o consumidor final (incluyendo, por ejemplo, un distribuidor, un vendedor mayorista, un vendedor minorista y el cliente), el comprador final tiene una acción directa contractual contra el vendedor inicial, no obstante la ausencia de vínculo contractual directo entre el comprador final y el vendedor inicial en términos que si el vendedor inicial ha decidido someter sus disputas a arbitraje mediante un convenio arbitral, el comprador podrá prevalerse dicho convenio para someter a arbitraje sus disputas con el vendedor.

cláusula arbitral se transmite de manera automática como accesorio del derecho de acción, el cual es, a su vez, accesorio del derecho sustantivo transmitido".³³ En realidad, dicha posición ya había sido adoptada antes en el caso *Société Taurus Films* en que los tribunales franceses ya habían definido al acuerdo arbitral como un derecho accesorio relacionado con la acción y resuelto que su transmisión operaba automáticamente, sea que se tratase de una cesión de derechos bajo el contrato o la cesión del contrato en su integridad³⁴.

El caso más reciente de *Amkor* resulta relevante para enfatizar la distinción entre transmisión o sustitución, por un lado, y extensión, por el otro, precisamente porque la Corte analizó la diferencia entre el supuesto de sustitución de parte y la extensión del convenio arbitral a filiales no firmantes y respecto de este último supuesto afirmó que *"el efecto de la cláusula de arbitraje internacional se extiende a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que de ella puedan resultar"*.

Aunque nuestro trabajo se centrará en adelante fundamentalmente en los supuestos que permiten la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, desde ya anticipamos que, dada la amplitud en la redacción del artículo 14 de la LAP, no vemos inconveniente alguno y, al contrario, consideramos que hay suficiente campo en dicha norma para que también pueda servir de base para recoger diversas hipótesis de transmisión del convenio arbitral.

4. La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Perspectivas del Derecho Comparado

La inclusión de nuevas partes y la determinación del consentimiento de una de ellas al convenio arbitral para decidir sobre su incorporación a un procedimiento son situaciones de hecho que presentan muchas complicaciones para aquéllos que dedican su práctica al arbitraje³⁵, lo que por supuesto no es exclusivo de la práctica peruana del arbitraje. De presentarse una solicitud de extensión del convenio a una parte no signataria, ello puede requerir un análisis de índole procesal, relativo a la determinación de si una parte no signataria puede ser

33 Para mayor información sobre la transmisión del convenio arbitral en cadenas de contratos, ver Pierre MAYER, *op. cit.*, p. 251; Philippe LÉBOULANGER, *op. cit.*, p. 3 – 31, y Christophe SERAGLINI, *Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt Peavey*, Les Cahiers De l'Arbitrage N° 100, 2002, p. 87

34 *Société Taurus Films v. Les Films du Jeudi, Cour de Cassation*, 8 de febrero de 2000, *Revue D l'Arbitrage*, 2000, p. 280.

35 Nathalie VOSEY, *op. cit.*

incorporada a un arbitraje por iniciarse o ya iniciado, lo cual depende en buena medida del acuerdo de las partes, el reglamento arbitral escogido por ellas y en algunos casos la ley de arbitraje del lugar de la sede³⁶, y requerirá además un análisis substantivo relativo a la determinación de si la parte no signataria es efectivamente una parte del convenio arbitral. En este último examen, habrá que hacer un análisis caso por caso, usando como base los criterios generales reconocidos en la ley aplicable para determinar el consentimiento de las partes, los cuales varían dependiendo la jurisdicción de que se trate.

El presente comentario precisamente tiene por objeto hacer una breve enunciación de los criterios que han sido utilizados en otras jurisdicciones para establecer la extensión de un convenio arbitral a una parte no firmante, pues la rigidez o laxitud en la aplicación de los estándares de apreciación del consentimiento a un convenio arbitral son distintos en cada jurisdicción pero, en su conjunto, ofrecen una buena guía para la aplicación del artículo 14 de la LAP³⁷.

4.1. Perspectiva del derecho europeo

Las teorías más comunes que han sido utilizadas en derecho europeo para justificar la extensión del convenio arbitral, incluyen teorías como el consentimiento implícito o la asunción de consentimiento basada en la conducta de las partes, la teoría del grupo de compañías o sociedades, la representación o teoría del agente, el otorgamiento de garantías y el levantamiento del velo societario.

4.1.1. Asunción del consentimiento basado en la conducta o consentimiento implícito

La asunción del consentimiento de una parte al convenio arbitral por virtud de su conducta es una de las teorías más recurridas en el arbitraje internacional para lograr que una parte no signataria sea sometida a un arbitraje³⁸. Tal como lo ha recogido la legislación peruana, el hecho de que una parte haya tenido

36 Para un análisis pormenorizado de la cuestión ver, Cristián CONEJERO ROOS, *Multi-party Arbitration and Rule-making: Same Issues, Contrasting Approaches*, 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, Dublin, Volume 14, 2009, p. 411.

37 Se deben destacar los valiosos aportes en el mismo sentido de encuadrar la doctrina comparada en el marco del artículo 14 de la LAP realizados por Jorge SANTISTEVAN DE NORIEGA, *op. cit.*, p. 35, Eduardo SILVA ROMERO, *op. cit.*, pp. 60-67, y Roque CAIVANO, *Arbitraje y grupo de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo a quien no ha sido signatario*, Lima Arbitration N° 1, 2006, p. 121.

38 VOSER, *op. cit.*

participación directa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato es un muy buen indicio para considerar que dicha parte ha consentido en formar parte del convenio arbitral.

Estas conclusiones han sido confirmadas recientemente en los casos *Orri*³⁹, *Abela*⁴⁰ y *Suba France*⁴¹ provenientes de los tribunales franceses, los cuales además han mostrado una aproximación cada vez más liberal a la intervención de una parte no signataria en el iter contractual como premisa para considerarla como una parte del convenio arbitral contenido en el contrato. En este último caso, la sociedad *Pujol* celebró un contrato con *Suba France* para producir, por cuenta de esta última, diversas variedades de semillas. Una disputa relativa a la compra de estas semillas surgió y *Pujol* comenzó un procedimiento arbitral en contra de *Suba France*, invocando la cláusula de arbitraje contenida en el contrato celebrado con esta sociedad. *Pujol* demandó también a la sociedad *Suba & Unico*, parte del grupo *Suba France*, alegando que esta última había estado directamente involucrada en la ejecución del contrato que contenía el convenio arbitral. Esta conclusión se reforzó con el hecho de que *Suba & Unico* tenía un contrato celebrado con *Suba France* en el que se autorizaba a esta última a celebrar el contrato que la vinculaba con *Pujol*.

El tribunal arbitral condenó a ambas sociedades y las sociedades *Suba France* y *Suba & Unico* promovieron un recurso de anulación en contra del laudo. Al analizar el esquema fáctico y contractual, la Corte de Apelación de París estableció que la decisión de los árbitros de extender los efectos del convenio arbitral a la sociedad *Suba & Unico* era acertada, recordando el principio según el cual la cláusula compromisoria contenida en un contrato internacional tiene una validez y una eficacia propia, que exigen extender su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que pueden resultar de aquél, satisfaciendo así el requisito de consentimiento por la implicación relevante en la ejecución del contrato.

El caso *Amkor*⁴², analizado anteriormente, es también un claro ejemplo de extensión del convenio arbitral basado en la conducta, pues como vimos, la Corte de Casación tomó en cuenta la implicación de las filiales de la sociedad firmante para determinar su inclusión en el arbitraje. En este caso, es importante resaltar

39 *Orri*, CA París, 11.01.1990, Rev. arb., 1992, p. 99, nota Cohen; JDI 1991.141, nota Bernard AUDIT.

40 CA París, 22.05.2008 y 25.09.2008, Joseph Abela Family Foundation, RG n.º 07/10356, F.-X. Train, *L'extension de la clause d'arbitrage statutaire à un non associé: interrogations sur un nouveau cas d'extension de la convention d'arbitrage à un non signataire et sur l'étendue du contrôle de la sentence*, Revue De L' Arbitrage, 01.10.2008, N° 4, p. 730.

41 *Suba France y otro v Pujol*, París, 7 de mayo de 2009, N° 08/02025.

42 *Vid. Supra*.

el criterio de que el último comprador no podía alegar un desconocimiento del convenio arbitral para pretender su inoponibilidad⁴³.

Sin embargo, la aproximación de tribunales europeos para determinar cuándo ha habido una participación de suficiente entidad o envergadura que suponga un consentimiento de una parte no signataria de someterse a arbitraje sigue siendo objeto de divergencias. El reciente **caso *Dallah*** ilustra perfectamente la aproximación diametralmente distinta entre **países europeos** sobre esta misma cuestión que dio lugar a dos sentencias, una primera proveniente de los tribunales ingleses (la “sentencia inglesa”⁴⁴) y una segunda de los tribunales franceses (la “sentencia francesa”⁴⁵)⁴⁶.

Dallah es una compañía saudí árabe que firmó un acuerdo de entendimiento con el Gobierno de Pakistán, con relación a la construcción de ciertos establecimientos de alojamientos para peregrinos pakistaníes. Con posterioridad, Dallah celebró un contrato con un Trust constituido por el propio Gobierno de Pakistán, mediante el cual se comprometía a realizar dicha construcción. El contrato contenía una cláusula arbitral que preveía un arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en París. El **contrato también hacía referencia a una garantía a ser otorgada por el Gobierno pakistaní y a la posibilidad de que el Trust pudiese ceder sus derechos y obligaciones bajo el contrato al Gobierno, sin consentimiento de Dallah.**

Debido a un cambio de gobierno, el proyecto no terminó de prosperar y el Trust fue disuelto como entidad legal, razón por la cual Dallah decidió iniciar un arbitraje ante la CCI en contra del Gobierno pakistaní. En dicho arbitraje, Dallah logró demostrar que el Gobierno, pese a no haber firmado el contrato, era una parte del mismo y dado que había frustrado la ejecución del contrato, el tribunal arbitral lo encontró responsable y lo condenó ordenándole indemnizar a Dallah en un suma cercana a los 20 millones de dólares. Dallah solicitó la ejecución del laudo en Inglaterra y el Gobierno pakistaní se opuso a dicha ejecución basado en la falta de jurisdicción arbitral dado que no era parte del convenio arbitral. La Corte Suprema inglesa, basándose en los hechos del caso y sobre la base del derecho francés que consideró aplicable por ser la sede del arbitraje, resolvió

43 *Alcatel Business System v. Amkor Technologies y os.*, *vid. Supra*.

44 *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Corte Suprema de Reino Unido, 3 de noviembre de 2010, [2010] 3 W.L.R. 1472.

45 *Gouvernement du Pakistan – Ministère des Affaires Religieuses v. Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, Casos N.º. 09/28533, 09/28535 y 09/28541, Corte de Apelaciones de París, 17 de febrero de 2011.

46 Para información sobre el caso Dallah, ver Jacob GRIERSON y Mireille TAOOK, *Dallah. Conflicting Judgments from the UK Supreme Court and the Paris Court d'Appel*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 28, N.º 4, 2011, p. 407.

que el convenio arbitral no podía extenderse al Gobierno pakistaní y, por ende, rechazó la ejecución del laudo arbitral.

En la sentencia inglesa, la Corte Suprema concluyó primero que las conclusiones del tribunal arbitral sobre su jurisdicción no son finales y pueden ser examinadas *de novo* por los tribunales estatales⁴⁷. La sentencia inglesa concluyó además que el derecho francés debía regir el análisis de la extensión del convenio arbitral al Gobierno pakistaní por ser el derecho del lugar de la sede del arbitraje y estimó que, conforme al derecho francés, debía indagar en la intención común de todas las partes del procedimiento arbitral.

Como consecuencia de dicho examen, la sentencia inglesa desestimó las alegaciones de Dallah, acogidas en el laudo, de que el Gobierno pakistaní era el alter ego del Trust dado que no había suficiente material que justificase dicha conclusión, y también rechazó que el Gobierno pakistaní fuese parte del convenio arbitral por no existir, a su juicio, una intención —explícita o implícita— de dicho Gobierno de ser parte del referido convenio, rechazando así la ejecución del laudo solicitada por Dallah. La sentencia inglesa llegó a esta conclusión teniendo en cuenta una serie de elementos fácticos como: (i) el claro cambio del acuerdo de entendimiento firmado por el Gobierno al contrato final firmado únicamente por el Trust, (ii) el hecho de que la restructuración deliberada de las partes tuvo por objeto dejar al Trust como única contraparte de Dallah, (iii) el que el Trust constituía una entidad capaz de detentar propiedades y demandar y ser demandado, y (iv) que Dallah fue en todo momento asesorada por abogados expertos que debían entender la diferencia entre un acuerdo con una entidad estatal y con el Estado mismo.

En paralelo, el Gobierno pakistaní solicitó la nulidad de los laudos arbitrales de jurisdicción, responsabilidad y daños dictados en contra de dicho Gobierno en el marco del arbitraje ante la CCI. Dicha acción se presentó ante tribunales en París, lugar de la sede del arbitraje. La sentencia francesa dictada por la Corte de Apelaciones de París, basada en exactamente los mismos hechos, decidió desestimar la acción de anulación en contra de los laudos arbitrales y reconocer que el Gobierno pakistaní efectivamente era una parte del convenio arbitral contenido en el contrato suscrito por Dallah.

47 La sentencia estableció que aunque la decisión de los árbitros es relevante, ellos no son los únicos jueces de su jurisdicción. Ello no sería ni lógico ni aceptable. Como consecuencia, su jurisdicción debe ser revisada por los tribunales estatales si se presenta una acción para anular o solicitar la ejecución del laudo arbitral y que, para tales efectos, se requería nada menos que una investigación completa de los hechos.

Aunque la sentencia francesa coincidió con su homóloga inglesa en que los jueces estaban autorizados para examinar exhaustivamente la cuestión de la jurisdicción arbitral y de si esta alcanzaba en este caso al Gobierno pakistaní, discrepó en prácticamente todo el resto de las conclusiones. Así, la sentencia francesa consideró que en virtud del caso Dalico⁴⁸, los jueces franceses no necesitan aplicar normas de un derecho nacional para determinar esta cuestión, sino que reglas materiales de arbitraje internacional según las cuales el alcance o extensión de un acuerdo arbitral se determina conforme a los mismos términos del convenio arbitral, sin necesidad de recurrir a un derecho nacional. Así, la cuestión de si una parte no signataria es parte del convenio arbitral debe resolverse fundamentalmente a través de un ejercicio fáctico a fin de determinar si las partes han tenido la intención de someterse a arbitraje. En este contexto, la sentencia francesa analizó con detención las distintas fases de la vida contractual y notó que el Gobierno pakistaní había sido la única y real contraparte de Dallah dado que había negociado directamente el contrato, había participado en la ejecución del mismo y se había encargado directamente de la terminación del contrato⁴⁹.

Resulta a lo menos sorprendente que dos jurisdicciones europeas, con amplia experiencia en arbitraje, hayan llegado a conclusiones tan diametralmente opuestas al resolver una disputa sobre la base de los mismos hechos entre las mismas partes. La lección es que, más allá de las fórmulas sacramentales en torno a las cuales se construyen doctrinas como la de la intención implícita de las partes, la aproximación que adoptan los jueces al momento de interpretar y aplicar la ley aplicable a la extensión del convenio arbitral⁵⁰, así como los elementos fácticos que consideran más gravitantes para resolver dicha cuestión, puedan condicionar absolutamente el resultado de su análisis.

48 Dalico, Cass. 1e civ., 20 de diciembre de 1993, Revue De l' Arbitrage, 1994, p. 116, nota de Hélène GUADEMET-TALLON; J. Droit International (Clunet), Vol. 121, 1994, p. 432, nota de Emmanuel GAILLARD.

49 La sentencia francesa concluyó que el Gobierno se comportó como "si el contrato fuese suyo". Esta involucración del Gobierno, en ausencia de pruebas que demuestren que el Trust adoptó alguna acción, unida a la conducta del Gobierno durante las negociaciones precontractuales, confirman que la creación del Trust fue puramente formal y que, de hecho, el Gobierno fue la verdadera parte pakistaní en el curso de la transacción económica.

50 De hecho, en el caso Dallah se ha criticado mucho que la sentencia inglesa haya pretendido aplicar el derecho francés pero lo haya hecho con la óptica de un juez inglés al concentrar sus esfuerzos en la letra expresa del contrato, dejando de lado las negociaciones precontractuales así como otros elementos que podían revelar una intención implícita por ser un test demasiado ambiguo y liberal para el estándar inglés. Ver, Gary BORN, *Dallah and the New York Convention*, Kluwer Law International (Jun. 25, 2011) <http://kluwer.practicesource.com/blog/2011/dallah-and-the-new-york-convention>.

4.1.2. Grupo de sociedades o compañías

Esta teoría fue “concebida” en Francia en 1987 a partir del caso *Dow Chemical* que resulta emblemático para el desarrollo de las teorías de extensión del convenio arbitral a partes no firmantes⁵¹.

En este caso, *The Dow Chemical Group* celebró dos contratos para la venta de sus productos en Francia. El primero celebrado entre Dow Chemical Venezuela, quien a su vez cedió sus derechos a *Dow Chemical AG* (Zurich), subsidiaria de *Dow Chemical Co.* (USA), y una empresa francesa cuyos derechos fueron cedidos a *Isover St. Gobain Co.* (Francia). El segundo contrato se celebró entre *Dow Chemical Europa* (Zurich), subsidiaria de *Dow Chemical AG* (Zurich) y tres compañías que cedieron sus derechos a *Isover St. Gobain*. El procedimiento arbitral fue comenzado por *Dow Chemical France* (Francia), *Dow Chemical Co.* (USA), *Dow Chemical AG* (Suiza) y *Dow Chemical Europa* (Suiza) contra *Isover St. Gobain*. Esta última argumentó que no existía ningún convenio arbitral que la vinculase con *Dow Chemical France* y *Dow Chemical Co.* El tribunal arbitral consideró que, independientemente de la personalidad jurídica de las empresas de un grupo, “una cláusula arbitral expresamente aceptada por ciertas compañías del grupo debe considerarse vinculante para otras compañías cuando, en razón de su rol en la suscripción, ejecución o terminación de los contratos conteniendo tales cláusulas y de conformidad con la intención común de las partes del procedimiento, aparecen como las verdaderas partes del contrato o como involucradas de manera principal por estos y las disputas que de estos resultan”⁵².

Considerando que *Dow Chemical Co.* estaba efectivamente involucrada en la negociación, ejecución y terminación por ejercer un control absoluto sobre sus subsidiarias, que para los distribuidores y vendedores de los productos era irrelevante con qué sociedad del grupo *Dow Chemical* contrataban pues, en realidad, todas las sociedades del grupo participaban indistintamente en la distribución de

51 Para mayor información, ver Yves DERAIS, *L'Extension de la Clause D'Arbitrageaux Non-Signatories: La Doctrine de Groupe des Sociétés*, ASA Special Series, Vol. 8, 2004, p. 241, John GAFFNEY, *The Group of Companies Doctrine and the Law Applicable to the Arbitration Agreement*, Mealey's Report, Vol. 19, N° 3, 2004, p. 27, Stephan WILSKE, Laurence SHORE y Jean-Michael AHRENS, *The Group of Companies Doctrine: Where Is it Headed?*, American Review of International Arbitration, Vol. 17, 2006, p. 73, Roque CAIVANO, *Arbitraje y grupo de sociedades op. cit.*, p. 121 y, Ignacio SUÁREZ ANZORENA, *Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral, según la práctica internacional*, Revista Internacional de Arbitraje, Enero-Junio 2005, p. 65.

52 CCI N° 4131, laudo de 23 de septiembre de 1982, *Recueil de sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, Kluwer, 1998, pp. 464 y ss.

los productos en Francia y, que ambas compañías estuvieron considerablemente involucradas en la terminación del contrato, el tribunal determinó que dichas sociedades formaban parte de la misma realidad económica de la operación celebrada y ejecutada por el grupo *Dow Chemical*, por lo que debían considerarse como parte del convenio arbitral.

La teoría del grupo de sociedades, a pesar de haber sido utilizada en otras ocasiones en Francia⁵³, ha sido objeto de sendas críticas que, en gran medida, se amparan en el nombre y alcance doctrinal de la teoría del grupo societario más que en el conjunto de elementos que efectivamente han sido tomados en consideración a nivel jurisprudencial. En efecto, el grupo de sociedades entendido como un conjunto de entidades unidas entre sí por vínculos comunes de control en la propiedad y administración, efectivamente no constituye un elemento suficiente por sí solo para demostrar que ha habido consentimiento de las distintas entidades que componen dicho grupo para someterse a un arbitraje pactado solo por alguna de ellas y, lo que es más grave, en ausencia de dicho consentimiento, atenta seriamente contra el principio de independencia de la personalidad jurídica y de separación de patrimonios.

Probablemente, derivada de los riesgos que esta doctrina supone, la teoría del grupo de sociedades no ha sido tan bien recibida en otras jurisdicciones, como es el caso de Inglaterra. El derecho inglés reconoce la autonomía del convenio arbitral respecto del contrato que la contiene, sin embargo, es reacio a aceptar la extensión bajo la consideración del grupo de sociedades. En el caso *Peterson Farms Inc. V. C&M Farming Ltd.*, las partes celebraron un contrato por el que *Peterson* vendería a *C&M* aves vivas para su comercialización. Las aves se infectaron con la gripe aviaria y *C&M* demandó a *Peterson* reclamando daños sufridos por aquélla y por otras sociedades del grupo *C&M*. El tribunal arbitral concedió los daños reclamados y *Peterson* recurrió en anulación la parte del laudo relativa a la inclusión de las sociedades del grupo *C&M* que no habían firmado el convenio arbitral.

En la sentencia de anulación parcial del laudo, el Juez inglés Langley J, sostuvo que en derecho inglés, es imperativo constatar de manera fehaciente el consentimiento que las partes hayan dado al acuerdo que las vincula, lo que impediría, en todo caso, reconocer la extensión del convenio por el simple hecho de que una sociedad sea parte del mismo grupo que una de las partes en el

53 Caso *Société OferBrothers v. TheTokyo Marine and FireInsurance Co.*, Corte de Apelaciones de París, 14 de febrero de 1989, *Revue de l'Arbitrage*, 1989, p. 691.

contrato⁵⁴. En este caso, Langley afirmó sutilmente que la teoría del grupo de sociedades, simplemente no existe en derecho inglés.

En Suiza, los tribunales también han sido reacios a acuñar una teoría del grupo de sociedades para incluir a una parte no signataria y han preferido reconocer dicha posibilidad sobre la base de una participación efectiva en la ejecución del contrato. Así, en el caso *Cartier* un tribunal suizo reconoció los vínculos de propiedad y la influencia decisiva que una sociedad ejercía sobre la otra que era signataria del acuerdo arbitral, pero consideró también que no se había demostrado que tales vinculaciones no suponían que la parte no signataria fuese un órgano de la sociedad signataria ni tampoco que actuase con poderes para concluir actos jurídicos que la comprometiesen personalmente⁵⁵.

Sin embargo, la realidad es que cuando esta teoría ha sido aplicada como fundamento para incluir a partes no signatarias en un arbitraje, como en el caso *Dow Chemical*, lo ha sido como sustento adicional o complemento a otros elementos que revelan que las entidades no signatarias han consentido en someterse a arbitraje derivados de su implicación efectiva en la ejecución del contrato en cuestión. De ahí que Hanotiau haya criticado fuertemente el uso confuso y ambiguo de esta teoría como único fundamento para considerar a no signatarios como partes de un convenio arbitral y ha sostenido que esta doctrina debería ser abandonada en beneficio de la doctrina más sólida y afín con la idea de consentimiento que consiste en la participación efectiva en la ejecución del contrato⁵⁶.

4.1.3. Representación, agencia y mandato

La representación, figura conocida genéricamente como agencia en Estados Unidos, es un concepto legal comúnmente aplicado en derecho europeo para los casos de extensión del convenio arbitral a no firmantes.

Es evidente que, por aplicación de las normas relativas al contrato de mandato, cuando alguien comparece a firmar un contrato que contiene una cláusula arbitral a nombre y en representación de otro, el firmante no es jurídicamente hablando una parte del contrato pues los efectos del mismo se radican en el representado no signatario. Esta situación no guarda, por tanto, relación con una

54 Sarita PATIL WOOLHOUSE, *Group of companies Doctrine and English Arbitration Law*, Arbitration International, Kluwer Law International, 2004, Volume 20, N° 4, pp. 435-443.

55 Decisión del Tribunal suizo en el caso *Cartier*, 10 de octubre de 1979, citado en Francois PLOUDRET, *L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé*, Bulletin d'information de la Cour de Cassation, N° 589, 15/12/2003.

56 Bernard HANOTIAU y Barbara DEN TANDT, *Back to Basics or Why the Group of Companies should be disregarded once and for all*, en P. Wautelet, T. Kruger and G. Coppens (eds.), *The Practice of arbitration. Essays in honour of Hans Van Houtte*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 125.

supuesta hipótesis de extensión del convenio arbitral pues se entiende que el no signatario es la única parte del contrato.

La teoría del mandato aparente, en cambio, sugiere una cosa distinta. Cuando una parte ha contratado con otra pero, en la práctica, esta última actúa indistintamente con un tercero y ambos crean en la otra parte la apariencia legítima de que ha contratado con los dos, entonces la jurisprudencia ha permitido extender el convenio arbitral a la parte no signataria sobre la base de inferir que entre la parte signataria y la no signataria existe una relación aparente de agencia o representación.

Ello ocurrió en el caso *China National*⁵⁷ en que el Tribunal Federal Supremo suizo resolvió que la cláusula arbitral debía extenderse al mandatario o agente y su mandante por haberse presentado durante la ejecución de un contrato como una entidad única e indivisible. *China National Machinery & Equipment Import & Export Corporation* (China National) negoció un contrato con la austriaca *Loebersdorfer Maschinenfabrik AG* (LM) para la construcción de compresores de aire. La legislación en China requería la participación de una compañía provincial de comercio internacional para este tipo de operaciones (en este caso, *A Corp*) quien suscribió el contrato con LM. Iniciado el arbitraje por LM, *China National* objetó la jurisdicción del tribunal alegando que la verdadera contraparte de LM era *A Corp*, pues el contrato había sido firmado por esta última. Tanto el tribunal arbitral, como el Tribunal Federal Supremo de Apelación suizo desecharon el argumento y consideraron a *China National* vinculada al convenio arbitral. La Corte suiza sustentó su decisión en el hecho de que ambas sociedades, *China National* y *A Corp*, estaban mutuamente vinculadas, con un propósito único y una simple división geográfica de tareas. Además, existía una dependencia corporativa entre ambas porque *China National* designaba al Presidente y Vicepresidente de *A Corp*. Por ello, la Corte vinculó a *China National* bajo la teoría del mandato aparente.

En el caso *Butec*⁵⁸, en el contexto de un arbitraje CCI con sede en Suiza, el tribunal arbitral determinó que no tenía jurisdicción para vincular a la *holding* de un subcontratista a pesar del hecho de que en algunos folletos se ostentaba como representante de dicha *holding*. *Butec*, subsidiaria saudita de una compañía libanesa, celebró un contrato de construcción con *Saudi Saipem*, una subsidiaria

57 *China National Machinery & Equipment Import & Export Corporation v. Loebersdorfer Maschinenfabrik AG*, Cámara de Comercio de Zurich, caso n° 188/1991, in Tobias ZUBERBUHLER, “Non-Signatories and the consensus to arbitrate, ASA Bulletin, Kluwer Law International 2008, Volume 26, N° 1, pp. 18-34.

58 *Saudi Butec Ltd et Al Fouzan Trading v. Saudi Arabian Saipem Ltd.*, Laudo CCI de 25 de octubre de 1994, no publicado, en ZUBERBUHLER, *op. cit.*

de la italiana *Saipem SpA*. Surgida la disputa, *Butec* demandó tanto a la subsidiaria como a la *holding* italiana. El tribunal arbitral negó sostener jurisdicción respecto de *Saipem SpA* puesto que *Butec* sabía la relación de subcontratista que existía entre la *holding* y su subsidiaria, razón suficiente para determinar que la verdadera intención de *Butec* era contratar con *Saipem Saudi* y no con la empresa *holding*, por lo que esta última no podía quedar vinculada al convenio arbitral en que *Butec* fundó sus reclamaciones.

Dicha sentencia fue objeto de una acción de anulación y al desestimarla, la Corte suiza afirmó que la procedencia de la extensión del convenio arbitral bajo la teoría del mandato aparente, requería que el co-contratante confiara en que el mandante estaría detrás de la operación contratada, pues el mandante había creado esa apariencia legítima en el co-contratante. Considerando que tanto el tribunal arbitral, como la Corte suiza, apreciaron que *Butec* estuvo consciente en todo momento que contrataba únicamente con la subsidiaria y no con la *holding*, la extensión del convenio arbitral no fue reconocida.

4.1.4. Levantamiento del velo societario o teoría del alter ego

No existe uniformidad en la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario, pues los matices que definen su adopción por los tribunales arbitrales y cortes nacionales varían de jurisdicción en jurisdicción. Esto es así porque la apreciación de la separabilidad de la personalidad de una persona jurídica con relación a la de sus socios o propietarios, varía dependiendo del derecho que sea aplicable para resolver esta cuestión.

En todo caso, en la mayoría de los sistemas legales el levantamiento del velo societario es un remedio de aplicación excepcional y se utiliza de manera muy limitada para aquellos casos en que se demuestre la existencia de un abuso de derechos o fraude a la ley⁵⁹. Básicamente supone como premisa fundamental que una parte controla a otra y abusa de este control utilizando la personalidad de esta última con el objeto de evadir o limitar su propia responsabilidad, escondiéndose detrás de la apariencia de la entidad controlada.

El abuso de la personalidad jurídica permite hacer excepción al principio de separación de patrimonios y de personalidad jurídica, tratando a ambas entidades como si se tratase de una misma y única entidad. Por lo mismo, el fundamento de esta teoría no descansa exclusivamente en la noción de consentimiento de

59 B. HANOTIAU, *op. cit.*, pp. 43-47; Dominique VIDAL, *L'extension de l'engagement compromissoire dans un groupe de sociétés : application arbitrale et judiciaire de la théorie de l'alter ego*, Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI, Vol. 16, N° 2, 2005.

la sociedad controladora, sino que toma en cuenta consideraciones de fraude y mala fe en su conducta que justifican otorgar protección a la otra parte frente al comportamiento fraudulento que le ocasiona daño. Park lo explica con absoluta claridad cuando dice: asumamos que un hombre de negocios no juega ningún rol en la negociación o ejecución de un contrato, pero se apropia ilícitamente de bienes de la sociedad para su uso y consumo personal. Si dichas transacciones fraudulentas convirtieron a la sociedad en una cáscara vacía, un árbitro puede considerar justificado indagar más allá de la sociedad hasta su dueño, independientemente de la intención original de las partes⁶⁰. En el mismo sentido se pronuncia Fernando de Trazegnies⁶¹.

De ahí su dificultad en ser aplicada en cuanto supone dejar de desconocer dos principios jurídicos de gran importancia como son el principio de separación de patrimonios, y el principio de que nadie se obliga sino por su consentimiento⁶². Quizás por estas mismas limitaciones, la teoría del levantamiento del velo societario no ha tenido mucha aplicación en el campo arbitral y en ocasiones ha sido derechamente sustituida por la eficacia de la teoría del grupo de sociedades que, por lo menos en Francia, tiene más aceptación para extender un convenio arbitral⁶³.

4.1.5. Garantías

En el mundo del comercio internacional, es muy común que en las operaciones intervengan terceros que garanticen total o parcialmente el cumplimiento de las obligaciones de una parte, sin que el garante necesariamente ejecute el contrato en cuestión.

Por esta razón, muchos tribunales, tanto arbitrales como estatales, han reconocido que el garante de una parte en una operación, estaría vinculado a un

60 William PARK, *op. cit.*, par. 1.16.

61 Fernando DE TRAZEGNIES, *El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje*, Rev. Ius et Veritas, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 29, 2004. El autor señala: “Como el Derecho no puede amparar el abuso del derecho ni el fraude, la simple posibilidad de que ello esté sucediendo justifica una investigación. Y esto supone que los accionistas de la empresa principal que se sienten perjudicados puedan emplazar a las subsidiarias sobre la base del convenio contenido en los estatutos de la principal y que los árbitros puedan incorporar a tales subsidiarias no signatarias dentro del arbitraje, salvo que demuestren que su constitución y operaciones no han afectado los fines y el patrimonio de la sociedad principal. Obviamente, la carga de la prueba corresponderá a los accionistas demandantes”.

62 Con todo, resulta interesante notar que en derecho suizo, el levantamiento del velo societario (*Durchgriff*) no se considera propiamente un caso de extensión del convenio arbitral a un no signatario, sino simplemente el desmascaramiento de una parte escondida pero que ha consentido expresamente dicho convenio arbitral. Nathalie VOSER, *op. cit.*

63 Sebastien BESSON, *Piercing the Corporate veil: back on the right track*, Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration, 2010.

convenio arbitral contenido en el contrato que sustenta la operación que garantiza, especialmente para el caso de bancos que se portan garantes de la ejecución de ciertas obligaciones y aun cuando dichas garantías se hayan otorgado por instrumentos separados y el garante no haya concurrido a la firma del contrato que contiene el convenio arbitral⁶⁴.

4.2. Perspectiva de la extensión del convenio en Estados Unidos

La aplicación de los efectos de la cláusula arbitral a partes no signatarias en Estados Unidos ha sido objeto de varias sentencias y la apreciación de los parámetros para determinarla son similares a los ya expuestos en el apartado anterior, aunque con algunas particularidades propias.

El caso seminal en esta materia es el caso Thomson⁶⁵ en que se enunciaron y sistematizaron por primera vez las siguientes teorías en cuya virtud se podía extender el convenio arbitral a una parte no signataria:

4.2.1. Incorporación por referencia (*incorporation by reference*)

Esta teoría permite que una parte no signataria pueda acudir a arbitraje en contra de otra parte que ha suscrito un contrato que contiene un acuerdo arbitral, en la medida que entre ambas hayan celebrado un contrato separado en el cual se hace referencia y se incorpora dicho acuerdo arbitral.

Como lo sostiene Caivano, en la jurisprudencia norteamericana se ha interpretado que ello sucede cuando la parte no-signataria del acuerdo arbitral celebró con una de las partes un contrato diferente, mediante el cual “asumió todas las obligaciones y privilegios que nacen de aquel”o cuando la cláusula arbitral está expresamente incorporada a un conocimiento de embarque, en cuyo caso las partes no signatarias que están relacionados a este último documento por los principios generales pueden ser obligados por aquella⁶⁶.

64 B. HANOTIAU, *Arbitration and Bank Guarantees – An illustration of the Issue of consent to Arbitration in Multicontract-Multiparty Disputes*, Journal of International Arbitration, Vol. 16, N° 2, p. 15, 1999.

65 Thomson-CSF S.A. v. Am. Arb. Ass'n, 64 F.3d 773 (2nd Cir. 1995).

66 Roque CAIVANO, *Arbitraje y Grupo de Sociedades*, op. cit., p. 131, en el que cita los casos Court of Appeal of the Second Circuit, in re Import Export Steel Corp. v. Mississippi Valley Barge Line Co., 351 F.2d 503, 505-506 (2d Cir. 1965) y Court of Appeal of the Southern District of New York, in re Continental U.K. Ltd. v. Anagel Confidence Compañía Naviera, S.A., 658 F. Supp. 809, 813 (S.D.N.Y. 1987), respectivamente.

Dicha incorporación por referencia no es algo llamativo en las legislaciones modernas de arbitraje y, de hecho, está expresamente prevista en el artículo 13(6) de la LAP.

4.2.2. *Asunción de obligación (assumption of obligation)*

Según este criterio, aun en ausencia de la firma del contrato que contiene el convenio arbitral, una parte quedará vinculada al mismo si su conducta posterior revela que ha asumido la obligación de someterse a arbitraje. Así ocurrirá cuando una parte no signataria acepte someterse voluntariamente a arbitraje sin oponerse o manifestar objeción alguna al mismo antes o durante la conducción del mismo⁶⁷.

4.2.3. *Representación o Mandato (Agency)*

Según este criterio, se permite que en virtud de principios de orden jurídico en materia de representación, se vincule a una parte no signataria a un acuerdo arbitral que ha sido concluido por otro en su nombre y representación⁶⁸.

4.2.4. *Levantamiento del velo societario/alter ego (Veilpiercing/alter ego)*

Esta doctrina postula que, en algunos casos excepcionales, la relación societaria entre una sociedad controlada y su matriz son suficientemente próximas como para justificar que se levante el velo societario y se determine que ésta última debe responder por las obligaciones asumidas por la otra, aunque se parte de la base que una relación societaria, por intensa que sea, no sirve en términos generales por sí sola para producir dicho efecto. De hecho, se requiere que esta vinculación vaya unida a una finalidad defraudatoria en la que se utiliza el vehículo de la sociedad controlada para evadir responsabilidades que de otro modo le cabrían a la matriz no signataria.

En este sentido, como lo reconoce Caivano, la jurisprudencia de los Estados Unidos ha utilizado cuatro factores para determinar cuándo puede penetrarse el velo societario: (a) Gran infra-capitalización de la sociedad en el momento de su formación y durante su vida; (b) Incumplimiento de formalidades propias

67 US Court of Appeals for the Second Circuit, in re *Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc.*, 933 F.2d 100, 1105, 2d Cir., citado por Caivano, *ibídem*.

68 Ver, Roque CAIVANO, *Ibídem*, p. 132, citando y explicando los casos Michigan Court of Appeals, in re *Andrea Beaver, v. Cosmetic Dermatology & Vein Centers of Downriver, P.C.*, and Scott Friedman, D.O., 16 de agosto de 2005, N° 253568, y Dallas Court of Appeals, in re *McMillan v. Computer Translation Systems & Support, Inc.*, 66 S.W.3d 477, Tex.App., Dallas, 2001.

de las sociedades, tales como carecer de gerentes o directores, de archivos o registros, o no pagar dividendos; (c) Desvíos de fondos de la subsidiaria hacia la matriz o sus accionistas; y (d) Cuando reconocer la personalidad diferenciada puede violar el orden público o proteger a alguien de responsabilidad criminal⁶⁹.

4.2.5. *Doctrina de actos propios* (Estoppel)

Finalmente, los tribunales de Estados Unidos han aceptado extender el convenio arbitral a una parte no signataria cuando dicha parte deliberadamente ha “explorado” el contrato que contiene el acuerdo arbitral y se ha beneficiado del mismo, en cuyo caso se le impide *a posteriori* escapar del arbitraje sobre la base de que no ha firmado dicho contrato⁷⁰.

Dos ilustraciones más recientes de la perspectiva norteamericana se encuentran en los casos *International Paper Co.*⁷¹ e *InterGen*⁷² que desarrollan el estándar de análisis para extender el convenio arbitral, así como dan explicaciones más detalladas sobre algunos de los criterios ya utilizados antes por tribunales de dicha jurisdicción.

En *InterGen*, el Primer Circuito de Apelación resolvió una disputa sobre una planta de energía construida en Inglaterra por una subsidiaria de *ALSTOM* para una subsidiaria de *InterGen*. Una vez que surge la disputa y las negociaciones fracasan, *InterGen* demanda ante los tribunales de Massachussets a la parte que había suscrito el contrato, *Grina*, y a varias otras sociedades controladoras del Grupo *ALSTOM* que no habían firmado el contrato que contenía el convenio arbitral. Por contrapartida, *ALSTOM* afirmó que *InterGen* se encontraba vinculada a una cláusula de arbitraje que figuraba en los contratos firmados únicamente por la subsidiaria de *InterGen*.

Al hacer el análisis, la Corte reconoció cuáles eran las bases legales para extender los efectos de una cláusula arbitral a una parte no signataria reiterando varios de los criterios establecidos en el caso Thomson, a saber: *estoppel*, la teoría del tercero beneficiario, la teoría de la representación o agencia y la doctrina del *alter ego*. Sin embargo, resulta de interés el elevado estándar de control o examen

69 Roque CAIVANO, *Ibidem*, p.134.

70 Roque CAIVANO, *Ibidem*, p.135, citando los casos US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells, U.S., 9 F.3d 1060, 1064; 2d Cir., 1993., US Court of Appeals for the Second Circuit, 2001, in re Specht, Christopher et al v. Netscape Communications Corporation and America Online, Inc., Docket N° 01-7860(L), 01-7870(CON), 01-7872(CON), 14 de marzo de 2002 y US Court of Appeals for the Second Circuit, 2001, in re Mag Portfolio Consul v. Merlin Biomed Group, Docket N° 00-9502, 10 de octubre de 2001.

71 Int'l Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GmbH, 206 F.3d 411, 418 (4th Cir. 2000).

72 InterGen v. Grina, 344 F.3d 134 (1st Cir. 2003).

para permitir la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. Así, la jurisdicción estatal no concedió extender los efectos de la cláusula en cuestión a *InterGen* al afirmar que “*las cortes deben ser extremadamente precavidas cuando se pretenda forzar el arbitraje en situaciones en que la identidad de las partes que han consentido el convenio arbitral no esté muy clara*”. La Corte sostuvo que como la identificación del consentimiento de *InterGen* a la cláusula de arbitraje con *ALSTOM* no era lo suficientemente clara, sus efectos no podían vincularlos.

Bajo este estándar de análisis, resulta claro que la determinación de la extensión en estos casos es una cuestión de análisis muy fáctico y que, en la perspectiva de los tribunales estadounidenses, los elementos de hecho deben ser suficientemente claros y decisivos como para concluir que una parte ha consentido en someterse a arbitraje aun en ausencia de la firma del contrato que contiene la cláusula arbitral.

El caso *International Paper*, el Cuarto Circuito estableció que los principios establecidos en el *commonlaw* determinan, dependiendo de las circunstancias, que un no signatario pueda resultar vinculado por un convenio arbitral contenido en un contrato ejecutado por otras partes. En este caso, nuevamente se reconocen las teorías de agencia, incorporación por referencia, tercero beneficiario y asunción de la conducta como bases legales para argumentar la extensión del convenio arbitral que no presentan grandes dificultades en su apreciación. Por otro lado, se describen con detención teorías válidas para justificar la extensión de las teorías del *alter ego* o el *equitableestoppel*, las cuales presentan un mayor grado de dificultad en su apreciación.

Sobre esta última, la sentencia en *International Paper* explica que el *equitableestoppel* impide a una parte prevalerse de derechos que hubiera podido hacer efectivos en contra de otro, cuando su propia conducta hace que el ejercicio de tales derechos sea contrario a la equidad. Así, la doctrina reconoce que en el contexto del arbitraje internacional, una parte no podría argumentar la falta de firma del convenio arbitral como ausencia de consentimiento para quedar vinculado al arbitraje cuando, de manera constante, la misma parte se ha prevalecto o ha tratado de beneficiarse de otras cláusulas del mismo contrato que contiene el convenio arbitral impugnado⁷³. En este sentido, el Cuarto Circuito determinó que el hecho de que una parte trate de ejecutar un contrato que contiene un

73 La doctrina del *estoppel* también ha sido reconocida en jurisdicciones europeas como en Francia. Ver, en este sentido, Emmanuel GAILLARD, *L'Interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international*, *Revue De L'Arbitrage*, 1985, p. 241, y Philippe PINSOLLE, *L'estoppel reconnu en France de manière autonome*, nota sobre Cass. Ieciv., July 6, 2005 (*Golshani v. Gouvernement de la République Islamique d'Iran*), *Revue De l'Arbitrage*, 2005, p. 993.

acuerdo arbitral debe ser visto como un claro indicio de que se considera a sí mismo como parte del convenio arbitral⁷⁴.

5. Hacia un intento de sistematización del Artículo 14 de la LAP

Hay dos conductas específicas que se encuentran descritas o tipificadas en el artículo 14 de la LAP en cuya virtud se permite extender el convenio arbitral a una parte no signataria. En primer lugar, la participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato y, en seguida, la pretensión de derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos.

Por otro lado, a nuestro juicio, tales conductas están siempre sujetas a dos condiciones o requisitos externos que si bien, en la redacción del artículo 14 de la LAP, parecen referirse únicamente al primer supuesto de conducta descrito por la ley, en realidad no pueden sino exigirse respecto de ambos. Se trata precisamente de los requisitos concurrentes de consentimiento de someterse a arbitraje y de buena fe. Comenzaremos por el análisis de estos últimos elementos en cuanto tienen un alcance general y nutren, como elementos externos, la aplicación de los dos supuestos de hecho.

5.1. Elementos generales

El consentimiento y la buena fe se erigen como dos elementos de alcance general en la medida que los jueces y árbitros deben considerarlos en cualquier supuesto de extensión del convenio arbitral previsto por el artículo 14 de la LAP.

5.1.1. Consentimiento

El artículo 14 de la LAP está redactado en términos que la exigencia de consentimiento se indica expresamente en la primera frase del mismo que se refiere únicamente al supuesto de participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende o con el cual se relaciona el convenio. A nuestro juicio, ello no quiere decir que los árbitros y jueces estén dispensados de analizar la concurrencia de consentimiento

⁷⁴ Ver *Int'l Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen, idem.; Nauru Phosphate Royalties, Inc. v. Drago DaicInterests, Inc.*, 138 F.3d 160, 167 (5th Cir. 1998), in N. VOSER, *op. cit.*

en el segundo supuesto regulado por el mismo precepto, esto es, el de personas que pretendan derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos.

Jorge Santistevan de Noriega lo explica acertadamente cuando indica que el consentimiento no puede faltar pero podría no haberse manifestado de ninguna forma expresa pero sí de manera tácita, esto es a través de conductas como la participación en la vida contractual o la derivación de derechos o beneficios contractuales que permiten inferir la voluntad de arbitrar en el marco de la coherencia debida a la que obliga el principio de buena fe⁷⁵. Por su parte, Bullard y Soto se manifiestan en similares términos al sostener que, en realidad, del hecho que se pretenda derivar un beneficio de un contrato se concluye que también hay consentimiento en tanto 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 arbitraje⁷⁶.

La razón de que el consentimiento deba exigirse en ambos supuestos radica en que el arbitraje es una criatura del consensualismo. Es el acuerdo de voluntad de las partes el que da nacimiento al convenio arbitral y así lo establece expresamente la LAP en su artículo 13(1). Por ello, no puede permitirse la extensión del convenio arbitral en perjuicio del fundamento básico del arbitraje que es la existencia de un consentimiento, de un acuerdo de las partes de someterse a arbitraje.

Por lo demás, la falta de repetición de dicho requisito al referirse en la frase final del artículo 14 a aquellos que pretenden hacer valer derechos o beneficios del contrato, según sus términos, puede fácilmente remediarse por una interpretación armónica y sistemática del artículo 14 en su integridad y con relación a las demás disposiciones contenidas en la misma LAP, en particular el artículo 13 que define al convenio arbitral como un acuerdo, de conformidad con las reglas de interpretación de la ley⁷⁷.

5.1.2. Buena fe

Otro criterio general en que se incardina toda la construcción del artículo 14 de la LAP es la buena fe. Como sostiene Jorge Santistevan de Noriega, el principio de la buena fe es aplicable a los dos supuestos de hecho que contiene el artículo 14, pues si se hace tabla rasa de él se corre el riesgo de llegar a la arbitrariedad

75 Jorge SANTISTEVAN DE NORIEGA, *op. cit.*, p. 42.

76 Alfredo BULLARD y Carlos SOTO (Eds.), *op. cit.*, p. 209.

77 Marcial RUBIO CORREA, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 269.

y de involucrar a verdaderos terceros ajenos al contrato principal al que aquel se refiere⁷⁸.

Desde luego el concepto de buena fe no es un concepto nuevo. Sus raíces se encuentran en el Derecho Romano y el término fue luego acuñado en los códigos decimonónicos de Francia, Suiza, España y en los más modernos de Alemania de 1900, Italia de 1942 y Portugal de 1966 como elemento canalizador de toda la teoría del contrato. Tiene también reconocimiento en el mundo del *commonlaw* y así, por ejemplo, en los Estados Unidos aparece expresamente reconocido en el Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*) y en el Segundo *Restatement* de Contratos (*Second Restatement of Contracts*). Además ha pasado a tener una vigencia revitalizada en materia internacional a través de su expreso reconocimiento en materia de contratos en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, en los Principios Unidroit sobre principios para contratos comerciales internacionales y en los Principios de Derecho Europeos de Contratos (conocidos como los “Principios Lando” por quien fuese el presidente del proyecto de codificación de tales principios). Perú no es excepción a este fenómeno en donde la buena fe juega un rol central y gravitante en la interpretación y ejecución de los contratos⁷⁹.

En materia contractual, como lo advierten Luis Díez-Picazo y Luis Ponce de León, la buena fe apunta fundamentalmente a “rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos⁸⁰”. En palabras de Emilio Betti, la buena fe contribuye a integrar el contenido contractual, con fundamento en que la confianza que debe presidir las relaciones jurídicas le da legitimidad a las expectativas que cada parte se forma respecto del comportamiento de su contraparte durante la vida de una particular relación contractual⁸¹. En síntesis, si se toman los dos conceptos juntos, la buena fe en los contratos supone, corrección o lealtad hacia la parte con la cual se contrata en la conclusión y ejecución del contrato, y actitud de cooperación a fin de satisfacer y no defraudar las expectativas de prestación que se han creado en la otra parte⁸².

78 Jorge SANTISTEVAN DE NORIEGA, *op. cit.*, p. 44.

79 Ver, al respecto, la abundante doctrina y jurisprudencia relativa al Derecho Peruano analizada por Jorge SANTISTEVAN DE NORIEGA, *Ibidem*.

80 Luis DÍEZ-PICAZO Y Luis PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1963, p. 136.

81 Emilio BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 74.

82 Como lo sostiene Karl LARENZ, “el imperativo de no defraudar la confianza dispensada y exigida halla su expresión en el Código Civil en la exigencia de observar la ‘buena fe’”. Karl LARENZ, *Derecho*

Tratándose de la cuestión de la extensión del convenio arbitral, el requisito de la buena fe se traduce en que el examen que realice el intérprete para determinar si es posible extender dicho convenio a una parte no signataria exigirá analizar si en virtud de la corrección y lealtad que una parte no signataria le debe a la otra, y de las expectativas que legítimamente ha creado en esta última a partir de la relación que las une, se puede concluir que ha quedado vinculada por un convenio arbitral a pesar de no haberlo firmado. Se trata así de un examen que aunque descansa en conceptos jurídicos, supone un ejercicio ante todo fáctico que dependerá invariable de las circunstancias particulares de cada caso.

5.2. Supuestos de hecho específicos

5.2.1. *Participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende o con el cual se relaciona el convenio*

No cualquier participación en la vida de un contrato es susceptible de convertir a un tercero en una auténtica parte de dicha relación contractual. Como bien dicen Bullard y Soto, el consentimiento no se deriva de cualquier participación. Actos de mera asesoría o apoyo no pueden tener como consecuencia ser considerados como formas de consentir⁸³. Es una participación de tal naturaleza que de ella se derive una relevancia significativa en los hechos o asuntos que terminan siendo objeto del arbitraje⁸⁴.

En este sentido, los calificativos “activamente” y “de manera determinante” serán los elementos canalizadores para determinar cuando una participación es de suficiente como para dar lugar al consentimiento de la parte no signataria. Fernando Mantilla Serrano advierte que sin lugar a dudas el carácter activo y determinante de la participación se prestará a variadas interpretaciones y será definida, caso por caso, por el tribunal arbitral⁸⁵. Sin embargo, es razonable pensar que serán precisamente estos términos los que servirán de “salvaguardias suficientes para que el artículo 14 no sea objeto de abusos y para que los efectos

civil. Parte general, Edersa, Madrid, 1978, p. 59.

83 Alfredo BULLARD y Carlos SOTO (Eds.), *op. cit.*, p. 209.

84 Alfredo BULLARD y Carlos SOTO (Eds.), *op. cit.*, p. 209.

85 Fernando MANTILLA SERRANO, *Breves comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje*, Lima Arbitration N° 4, 2010/1011, p. 43.

del convenio arbitral solamente sean extendidos a no signatarios cuando exista verdaderamente un contrato de arbitraje-realidad”⁸⁶.

Ahora bien, la participación activa y de manera determinante no se analiza en abstracto sino específicamente con relación a la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende o con el cual se relaciona el convenio. Es decir, como sostienen Bullard y Soto, relacionada con el contenido mismo del contrato y no con alguna conducta accesorio o satelital⁸⁷.

Además, a nuestro juicio, el análisis debería ser todavía más estricto a fin de evitar abusos en cuanto a que el vínculo entre la participación de la parte no signataria y el contrato, debería suponer que la parte no signataria haya tenido una participación activa y determinante precisamente en aquella fase de la vida contractual que ha dado origen a la disputa que se somete a arbitraje.

Pensemos, por ejemplo, en una sociedad matriz que ha participado activamente y en forma determinante en la gestación de un negocio, pero dicho negocio se ha materializado, en definitiva, a través de un acuerdo suscrito con una sociedad distinta del mismo grupo de dicha matriz. Pensemos también que dicha sociedad signataria goza de suficiente independencia y autonomía y actúa sin intervención directa de su matriz, y que ha sido la propia sociedad signataria la que se ha encargado exclusivamente de ejecutar el contrato y/o de ponerle término. Bajo tales circunstancias, la participación de la sociedad matriz en una etapa temprana de la vida contractual, aun cuando haya sido activa y determinante, no necesariamente será suficiente para arrastrarla a un arbitraje que versa sobre disputas relativas a la ejecución o terminación del contrato en las que la sociedad matriz precisamente no ha tenido participación alguna. O algo parecido ocurriría con relación a un garante que ha garantizado solo algunas obligaciones específicas, ninguna de las cuales es objeto de las controversias sometidas a arbitraje. En este sentido, la cuestión no solo consiste en determinar si una parte no signataria ha consentido en someterse a arbitraje, sino también con relación a qué clase de disputas o cuestiones dimanantes del contrato se puede concluir que existe dicho consentimiento, es decir, el alcance de dicho consentimiento.

Dada la amplitud de este primer supuesto de hecho descrito en el artículo 14, es posible pensar en hipótesis de extensión del convenio arbitral en que, junto con mantenerse la vinculación del convenio arbitral con las partes signatarias, dicho convenio se extiende también a otras partes no signatarias conforme a las distintas doctrinas antes vistas en el capítulo IV del presente artículo, así como también en supuestos de transmisión del convenio arbitral en los que una

86 Eduardo SILVA ROMERO, *op. cit.*, p. 69.

87 Alfredo BULLARD y Carlos SOTO (Eds.), *op. cit.*, p. 213.

parte no signataria sustituye a una de las partes que originalmente ha firmado el contrato que contiene el convenio arbitral, como se ha visto en el capítulo II (3).

De hecho, como bien lo nota Jorge Santistevan de Noriega, en el Perú aplicando figuras conocidas en el derecho civil y en el derecho comercial se pueden identificar situaciones en las que las partes, *ad portas* de un arbitraje, son distintas a los signatarios de los convenios originales y les sustituyen, lo que ocurre en casos como la cesión de posición contractual en virtud del artículo 1435 del Código Civil peruano (en adelante, el “Código Civil”), la fusión o escisión de empresas en virtud del artículo 344 de la Ley General de Sociedades, la subrogación o novación conforme a los artículos 1260 y 1261 y 1277, respectivamente, del Código Civil, la sucesión hereditaria en virtud del artículo 660 y el mandato de acuerdo con el artículo 1361, ambos del Código Civil⁸⁸.

5.2.2. *Personas que pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos*

Al igual que en el supuesto anterior, dentro del universo de personas que pretendan derivar derechos o beneficios de un contrato según los términos del mismo, se pueden encontrar varios de los casos de transmisión del convenio arbitral como los arriba citados por Jorge Santistevan de Noriega. Alfredo Bullard y Carlos Soto concluyen acertadamente, al referirse a la cesión, novación y subrogación –es decir, los casos más emblemáticos de transmisión del convenio arbitral–, que uno podría encajar estos problemas tanto en la primera parte como en la segunda parte del artículo 14⁸⁹.

Aparte de tales casos, los ejemplos más evidentes que se enmarcan dentro de este supuesto guardan relación con el contrato a favor de un tercero y la estipulación a favor de otro.

El contrato a favor de un tercero es el contrato que se celebra con el objeto principal de que beneficie a un tercero distinto de aquel que lo suscribe, como ocurre con el contrato de seguros en que el beneficiario es una persona distinta del asegurado que suscribió la póliza que contiene el convenio arbitral, en términos que si se produce el siniestro previsto en el contrato de seguro, el beneficiario podrá reclamar los beneficios cubiertos por el seguro frente a tal siniestro, pudiendo someter al asegurador a un arbitraje para satisfacer ese derecho.

La estipulación a favor de tercero es una antigua institución que proviene del Derecho Romano y que constituye una verdadera excepción al principio *res*

88 Jorge SANTISTEVAN DE NORIEGA, *op. cit.*, pp.27-28.

89 Alfredo BULLARD y Carlos SOTO (Eds.), *op. cit.*, p. 230.

inter alios acta. En palabras de George Ripert y Jean Boulanger, la estipulación a favor de tercero es un procedimiento técnico que permite a dos personas, el estipulante y el promitente, que celebran un contrato entre ellas para hacer nacer un derecho en beneficio de un tercero. El estipulante toma la iniciativa de la creación del derecho a favor del tercero; el promitente acepta obligarse a favor de ese tercero y la persona que resulta acreedora a consecuencia del contrato se denomina tercero beneficiario⁹⁰.

En el campo del arbitraje, el profesor Christian Larroumet explica muy bien cómo opera esta institución: 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 radica no solo en que el derecho del beneficiario nace fuera de la aceptación como excepción al principio del efecto relativo de los contratos, sino, y sobre todo, en que dicho derecho no es más que lo que el promitente y el estipulante han querido que fuera. Dicho derecho resulta del contrato concluido entre ellos y no puede ser entendido fuera de dicho contrato. Por ello, si el promitente y el estipulante han querido una cláusula compromisoria, no parece posible descartarla en lo que concierne al tercero beneficiario. En otras palabras, de la misma manera que la naturaleza del arbitraje no permite excluir los principios que rigen la transmisión de un derecho o una obligación, tampoco puede excluir aquéllos que son inherentes a la naturaleza de la estipulación a favor de un tercero⁹¹. En el mismo sentido se pronuncian Emilio González de Castilla y Francisco González de Cossío⁹².

90 Georges RIPERT y Jean BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV, Editorial La Ley, Buenos Aires, p. 380.

91 Christian LARROUMET, *Promesse por Autrui, Stipulation pour Autrui et Arbitrage*, Revue de L'Arbitrage, 2005, N° 4, p. 903.

92 Emilio GONZÁLEZ DE CASTILLA y Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Acuerdo Arbitral Contenido en un Contrato con una Cláusula de Estipulación a Favor de Otro*, en Libro Homenaje a Raúl Medina Mora, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, N° 14, Ed. Themis, México, D.F., 2008, p. 255. Los autores indican 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 cargas: el derecho que recibe del promitente y estipulante estará sujeto al régimen 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 promitente y estipulante.

6. Conclusiones

La extensión del convenio arbitral es, sin duda, un tema cuya importancia y dificultad se ha acentuado con la evolución y la complejidad propia de las operaciones del comercio internacional.

Una parte importante de la dificultad radica en que la determinación de si una parte efectivamente ha consentido en un convenio arbitral requiere, por una parte, de un ejercicio jurídico de interpretación contractual, identificación del derecho aplicable a esta cuestión y uso de teorías o doctrinas jurídicas que reconocen esta extensión, y por otra, de un exhaustivo análisis de elementos fácticos que finalmente permitan evidenciar el consentimiento efectivo de la parte no signataria.

Aun cuando existen patrones o estándares identificados por los tribunales arbitrales y las cortes estatales que han resuelto reconocer la extensión en diversas jurisdicciones, no podríamos concluir que el estado actual de la apreciación de dicha extensión cuenta con un grado sólido de armonización y uniformidad. De hecho, parecen haber diferencias importantes en los criterios y/o aproximaciones para aplicar tales criterios que utilizan tribunales arbitrales y estatales en distintas latitudes del mundo, lo cual impide dotar de un alto grado de certeza y previsibilidad para las partes involucradas en una relación comercial que pueda originar problemas de extensión del convenio arbitral a no signatarios.

En este contexto, el artículo 14 de la LAP es un elemento innovador en cuanto intenta agrupar, bajo una definición abierta y no taxativa pero nutrida por claros elementos que delimitan su alcance, los distintos criterios que podrían permitir la extensión del convenio arbitral. Corresponde ahora que los intérpretes de dicha norma, jueces y árbitros, la apliquen procurando siempre lograr un delicado balance entre la posibilidad de extender la cláusula arbitral a partes no signatarias y el respeto al principio de autonomía de la voluntad, de separación de patrimonios y de individualidad de la personalidad.