

LA EXTENSIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL A LOS NO-SIGNATARIOS EN EL
ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Daniel Arango Perfetti

ESCUELA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ D.C.

MEDELLÍN

2010

RESUMEN

Una de las problemáticas que actualmente se presenta en el arbitraje internacional es la extensión del pacto arbitral a los no signatarios. A partir del entendimiento del pacto arbitral como un contrato o convención, es posible dar aplicación a principios de la teoría general de los contratos, tales como el del efecto relativo de los mismos, y el de oponibilidad de contratos a terceros, los cuales permiten una aproximación más rigurosa frente al particular. No obstante lo anterior, en la práctica, las hipótesis de vinculación de no-signatarios se soportan en teorías tales como la de *estoppel*, levantamiento del velo corporativo, cadenas contractuales y grupos de compañías. Por la propia complejidad de este aspecto del arbitraje internacional, al momento de decidir sobre la extensión del pacto arbitral a los no-signatarios, los árbitros se verán avocados a la solución de aspectos problemáticos tales como la ausencia de una normativa específica que regule la materia, la definición de la normativa aplicable al caso concreto, las limitaciones al alcance del principio de *kompetenz-kompetenz*, y el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que involucran no-signatarios de acuerdo con lo establecido en la Convención de Nueva York.

INTRODUCCIÓN

Las transacciones que en la actualidad se presentan en el comercio internacional son cada vez más complejas. Los negocios jurídicos bilaterales, de ejecución instantánea celebrados bajo esquemas simples de negociación son más inusuales hoy en día. Uno de los aspectos que mayor dificultad genera al momento en que se adelanta la negociación de un negocio jurídico de carácter internacional, es la determinación del mecanismo de solución de conflictos. Cada una de las partes, por conveniencia pretenderá que cualquier diferencia sea dirimida ante sus jueces y aplicando su propia ley. Como dicha pretensión, las más de las veces no es posible en el contexto de una negociación, el arbitraje comercial¹ internacional se ha convertido en el mecanismo por excelencia para resolver los conflictos que se presentan en el comercio internacional. Algunos incluso sostienen que se trata de la única jurisdicción viable para solventar los litigios que derivan del comercio internacional².

Según MERINO MERCHÁN³, el arbitraje internacional es el resultado de la incidencia del comercio internacional sobre las estructuras jurídicas y organizativas. Es técnica especialmente apta para las relaciones comerciales internacionales, éste contribuye a la creación de un clima de confianza basado en la seguridad jurídica de las transacciones. De esta forma, contrario a la justicia ejercida por los tribunales estatales, la remisión a la justicia arbitral supone una ventaja de indudable peso: la previsibilidad de una jurisdicción establecida con toda seguridad, eliminando la incertidumbre y evitando el eventual conflicto de jurisdicciones.

¹ Según GAILLARD y SAVAGE, en el contexto del arbitraje comercial internacional, el significado de comercio internacional comprende todos los intercambios económicos realizados a través de las fronteras nacionales, en este sentido, una interpretación amplia del término comercial debe ser aplicada para la definición del arbitraje comercial internacional, que comprenderá cualquier disputa entre compañías cuando la misma es de carácter económico. *Cfr.* EMMANUEL GAILLARD y JOHN SAVAGE. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999.

² *Cfr.* JOSÉ FERNANDO MERINO MERCHÁN y JOSÉ MARÍA CHILLÓN MEDINA, Tratado de Derecho Arbitral. Tercera Edición, Thomson Civitas.

³ *Ibíd.*

Pese a que el arbitraje comercial internacional, tal como se ha señalado, es el mecanismo idóneo para la solución de los conflictos que se presentan en el comercio internacional, la complejidad misma de las relaciones jurídicas sustantivas no lo hacen exento de circunstancias problemáticas.

Como cualquier tipo de contrato, el pacto arbitral soporta su existencia y validez en el consentimiento que han prestado las partes para que sus diferencias sean resueltas a través del mecanismo del arbitraje. El pacto arbitral surge de la manifestación de la voluntad de las partes que buscan recurrir al arbitraje para resolver sus diferencias, y sin prescindir de la asistencia judicial de las cortes estatales en determinados aspectos, renuncian a que el fondo de la controversia se dirima ante dichas cortes.

A partir de la necesaria existencia del consentimiento como requisito de existencia y validez de un contrato, una de las más complejas situaciones que se presentan en la actualidad en el arbitraje comercial internacional se deriva de la extensión del pacto arbitral a los no-signatarios del mismo, es decir, a aquellas personas naturales o jurídicas que teniendo una relación jurídica sustantiva en relación con la controversia, por lo menos, desde el punto de vista formal no suscribieron el pacto arbitral. En otras palabras, no fueron signatarias del mismo. A partir de dicha situación surge para los árbitros el dilema de la extensión del pacto arbitral a los no-signatarios del mismo.

Siguiendo lo señalado por PARK⁴, cuando se presenta una duda en relación con quien ha consentido en el acuerdo arbitral, los árbitros enfrentan una problemática compleja. La parte que alega que el pacto existe puede requerir de la aplicación de la ley designada para gobernar el contrato en sí mismo, no obstante que dicha ley no ha sido establecida para regular relaciones con extraños. Así las cosas, los árbitros deben decidir si de los hechos y del derecho aplicable a la disputa se permite la vinculación al

⁴ WILLIAM W. PARK, *Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilema*, en *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford University Press 2009, págs. 9 – 25.

procedimiento arbitral de una persona natural o jurídica que no ha firmado el correspondiente contrato.

De esta forma, cuando las cortes se ven enfrentadas a este tipo de asuntos, su papel es mucho más simple que el de los árbitros. Los jueces podrán atender a los principios del conflicto de leyes o a la ley contractual sustantiva del sistema legal del cual derivan su jurisdicción. Por el contrario, la competencia de los árbitros internacionales no surge de ninguna jurisdicción de carácter nacional. El sometimiento al arbitraje implica la renuncia a que el conflicto sea conocido por las cortes nacionales siendo el pacto arbitral el fundamento de la autoridad y misión de los árbitros.

En este sentido, si bien es práctica común en los ordenamientos nacionales la vinculación de terceros a los procesos judiciales, en el arbitraje internacional se requiere que exista algún vínculo de carácter contractual-sustantivo entre las partes. El problema de la vinculación de los no-signatarios en el arbitraje internacional es entonces un problema sustantivo y no procesal.

Como consecuencia del carácter sustantivo de la problemática, por lo general, en la práctica, los árbitros aplican la ley de la sede para vincular no-signatarios al arbitraje⁵. De esta forma, los diferentes ordenamientos han establecido teorías y supuestos que no son universalmente aceptados pero que en determinados casos permiten soportar la vinculación de los no-signatarios al arbitraje. Algunas de estas teorías⁶, se fundamentan en la existencia de algún tipo de consentimiento, algunas otras en criterios de justicia a partir de la aplicación de conceptos utilizados en materia societaria⁷, y por último, existen hipótesis que

⁵ No obstante lo afirmado en cuanto a la aplicación de la ley de la sede como fundamento para la vinculación de no-signatarios al arbitraje internacional, la doctrina ha planteado que uno de los mecanismos para resolver el dilema de los árbitros en esta materia es mediante la utilización de la noción de “contrato” ajeno a cualquier sistema jurídico nacional. En este sentido el conjunto de normas a aplicarse serían las denominadas “normas transnacionales” que básicamente se componen de laudos arbitrales publicados y complementados por los comentarios que de ellos realice la doctrina. Estos estándares constituyen parte de la *lex mercatoria*. Cfr. William Park, *Op. Cit.*, 9 - 25.

⁶ Cfr. Teorías de estoppel y cadenas contractuales.

⁷ Cfr. Teoría del levantamiento del velo corporativo.

buscan determinar la verdadera intención del no-signatario a partir de su participación en la negociación, ejecución y terminación del contrato⁸.

A partir de la naturaleza jurídica contractual del pacto arbitral, es posible, igualmente, que la solución teórica a la problemática se encuentre en la aplicación de la teoría general de los contratos, a partir de los principios del efecto relativo de los contratos y de oponibilidad de contratos a terceros, los cuales, de alguna forma permitirían realizar una descripción más exacta en cuanto a la vinculación de los no-signatarios al arbitraje.

Este escrito se divide entonces en tres partes. La primera parte analiza la naturaleza jurídica y características del convenio arbitral desde la óptica de la teoría general de los contratos; la segunda parte, se refiere a los aspectos problemáticos que surgen a partir de la vinculación de los no-signatarios al pacto arbitral; en la tercera parte se analizan los supuestos e hipótesis que en el arbitraje internacional han permitido la vinculación de los no-signatarios del pacto arbitral.

⁸ *Cfr.* Teoría de los grupos de sociedades.

1. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio o pacto arbitral, por definición es un contrato o convención, en él se instrumenta una manifestación concreta de voluntad tendiente a la producción de determinados efectos jurídicos, para el caso concreto, abstraerse de la jurisdicción estatal para encargar la solución de determinada controversia –presente o futura- a unos árbitros. El pacto arbitral surge entonces de la manifestación de la voluntad de las partes que buscan acudir al mecanismo del arbitraje para resolver sus diferencias, y sin prescindir de la asistencia judicial de las cortes estatales en determinados aspectos, renuncian a que el fondo de la controversia se dirima ante dichas cortes.

La doctrina colombiana ha definido el pacto arbitral como un contrato procesal, es decir, como un pacto entre las partes cuyos efectos tienen lugar en el ámbito de un proceso tendiente a dirimir sus diferencias⁹. A su vez, la jurisprudencia extranjera le ha dado ese mismo alcance, señalando que la cláusula compromisoria es una convención de procedimiento autónoma¹⁰.

Partiendo del entendimiento del carácter contractual del pacto arbitral, la doctrina¹¹ señala que dicho pacto admite dos modalidades diferentes, a saber, la cláusula compromisoria y el compromiso. Siguiendo este planteamiento se ha definido la cláusula compromisoria como la estipulación contractual por medio de la cual, las partes acuerdan el sometimiento de una controversia *futura* a la decisión definitiva y exclusiva de uno o más árbitros; por su parte, el compromiso se ha definido como aquel acuerdo entre las partes

⁹ JULIO BENETTI SALGAR, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2 ed., Bogotá, Editorial Temis, pág. 74, citado por SANTIAGO TALERO RUEDA, *Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial Temis, pág. 85.

¹⁰ Corte de Apelaciones de París, sentencia del 8 de octubre de 1998, citada por JUAN PABLO CÁRDENAS, “*El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral*”, en *El contrato de arbitraje*, Legis y Universidad del Rosario, pág. 88, a su vez citado por SANTIAGO TALERO RUEDA, *Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial Temis, pág. 85.

¹¹ *Cfr.* SANTIAGO TALERO RUEDA, *Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial Temis, pág. 86.

cuyo objeto es someter sus diferencias *actuales o presentes* a la decisión definitiva y exclusiva de uno o más árbitros¹².

Si bien en materia contractual, de forma general rige el principio del efecto relativo de los contratos, en materia arbitral de forma particular, se ha reconocido en diferentes tratados internacionales que el acuerdo arbitral solamente es obligatorio para las partes de éste. Tal es el sentido, de lo establecido en los artículos II(1) y II(3) la Convención de Nueva York de 1958¹³.

Como cualquiera otro contrato, el convenio arbitral también tiene por efecto la creación de una relación de obligación entre los contratantes¹⁴. En materia contractual, el efecto creador de derechos y obligaciones del contrato se limita a las partes contratantes, es decir a quienes han consentido para la formación del vínculo contractual. Este principio que se encuentra establecido en el artículo 1165 del Código Civil Francés¹⁵ ha sido adoptado y reconocido de manera general en la mayor parte de ordenamientos jurídicos a nivel mundial. Según lo señala LARROUMET¹⁶, como el contrato es una obra de la voluntad, solo puede obligar a quienes han aceptado estar vinculados por él y precisamente por virtud del

¹² SANTIAGO TALERO RUEDA, *Op. Cit.*, 86.

¹³ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional – Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) “Artículo II 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. (...) 3. El Tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

¹⁴ Concretamente, abstraerse de la jurisdicción estatal para encargar la solución de determinada controversia, presente o futura, a unos árbitros.

¹⁵ Código Civil francés en su artículo 1165 establece que “*los contratos sólo tendrán efectos entre las partes contratantes; no afectarán a terceros, y solo les aprovecharán en el caso previsto en el artículo 1121*”. A su vez el artículo 1121 establece lo siguiente: “*se podrá estipular paralelamente en beneficio de un tercero cuando tal sea la condición de una estipulación que se haga por sí mismo o de una donación que se efectúe a otro. Quien hiciera esta estipulación no podrá revocarla, si el tercero hubiera declarado su voluntad de beneficiarse de ella*”. El alcance del artículo 1165 lo precisa igualmente el artículo 1122, según el cual “*se supone haber estipulado para sí y para sus herederos y causahabientes, a menos que se haya expresado lo contrario o que ello no resulte de la naturaleza de la convención*”.

¹⁶ Cfr. CHRISTIAN LARROUMET, *Teoría General del Contrato*, Volumen II, Editorial Temis, pág. 1.

principio de la autonomía de la voluntad, el principio del efecto relativo de los contratos encuentra una justificación desde el punto de vista jurídico.

De acuerdo con el principio del efecto relativo de los contratos, un contrato no puede crear derechos y obligaciones sino a favor o en contra de los que son partes en ese contrato por haber otorgado su consentimiento. El contrato crea una esfera de actividad jurídica que no se puede extender a terceros para convertirlos en acreedores o deudores. En efecto, únicamente los contratantes pueden convertirse en acreedores o deudores, puesto que solo ellos han aceptado la celebración del contrato y no hay derecho u obligación que se derive del contrato sin la voluntad del acreedor o del deudor¹⁷.

Según la regla establecida en el artículo 1165 del Código Civil francés, únicamente las partes contratantes y los que se le equiparan a la luz del artículo 1122 (*Cfr.* causahabientes a título universal)¹⁸ pueden llegar a ser acreedores y deudores en virtud de un contrato. Quienes no han manifestado su voluntad y por lo tanto no han consentido en el contrato no pueden ser acreedores o deudores en virtud de éste y por lo tanto son terceros ajenos a la relación contractual.

Siguiendo a LARROUMET¹⁹, es preciso diferenciar el principio del efecto relativo de los contratos con el de la oponibilidad de los contratos a terceros. Según este último, los terceros, es decir, todos aquellos que no prestan su consentimiento para la celebración del contrato, deben tener en cuenta la existencia del mismo en la medida en que puede perjudicarlos, sin que del contrato se origine una obligación a su cargo. De la misma forma, los terceros tienen la posibilidad de aprovecharse del contrato, especialmente para con las

¹⁷ *Cfr.* CHRISTIAN LARROUMET, *Op. Cit.*, 237.

¹⁸ Según LARROUMET, los herederos y causahabientes de que se trata en esta disposición [art. 1122 C.C. francés] son, los herederos y legatarios universales o a título universal, en relación con las personas físicas, y con las sociedades que son continuación de otras sociedades en caso de nacionalización, de privatización o absorción, en cuanto se refiere a personas jurídicas. En efecto, en estas circunstancias hay transmisión de la totalidad o de una parte del patrimonio, o sea, de una universalidad y se debe admitir el principio de la continuación del causante por parte de sus causahabientes universales o a título universal. *Cfr.* CHRISTIAN LARROUMET, *Op. Cit.*, 190.

¹⁹ CHRISTIAN LARROUMET, *Op. Cit.*, 193 y 194.

partes, sin poder convertirse en acreedores en virtud del contrato. El contrato origina una situación jurídica cuya existencia pueden invocar los terceros, así como también puede ser que se alegue en contra de ellos. De esta forma, el autor plantea la existencia de tres categorías de terceros, a saber: (i) los “*penitus extranei*” (terceros en toda la extensión de la palabra, los completamente extraños a la relación contractual por no tener ningún vínculo con las partes ya que no son ni acreedores ni causahabientes de ellas), (ii) los acreedores quirografarios de las partes, y (iii) sus causahabientes.

Aplicada esta teoría general de los contratos al convenio arbitral, encontramos que en aquellos eventos en los cuales se extiende el pacto arbitral a “terceros” o mejor no-signatarios, esta situación se tipifica, las más de las veces en eventos en los cuales éstos últimos se equiparan a las partes del contrato²⁰ y de manera excepcional en ciertos eventos en los cuales se podría aplicación al principio de la oponibilidad de los contratos a terceros.

En consecuencia, partiendo de la naturaleza contractual del pacto arbitral, la discusión sobre la extensión de dicho pacto a “terceros”, puede plantearse desde el análisis de la teoría general de los contratos, partiendo de los principios del efecto relativo de los contratos y de su eventual oponibilidad a terceros. La conclusión, por lo general, llevará a demostrar que en realidad si bien se atrae al arbitraje a personas que no han suscrito el convenio éstas no son verdaderos terceros “*penitus extranei*” sino que se pueden equiparar a las partes y tal como lo establece el artículo 1122 del Código Civil francés estarán obligados en virtud del contrato.

Siguiendo el planteamiento realizado, es complejo encontrar en materia de arbitraje internacional, eventos en los cuales se dé aplicación al principio de oponibilidad de contratos a terceros y estemos ante un verdadero “*penitus extranei*” vinculado por decisión de los árbitros a un tribunal arbitral. Tal como se señala en la práctica del arbitraje

²⁰ Tal como lo señalaremos más adelante, en los eventos de conjuntos contractuales o grupos de contratos LARROUMET sostiene que el sub-adquirente final no es “*penitus extranei*” en relación con el contrato inicial, siendo simplemente un causahabiente a título particular que se equipara a las partes. *Cfr.* CHRISTIAN LARROUMET, *Op. Cit.*, 202 y ss.

internacional²¹, mientras que en los procedimientos ante las cortes y tribunales nacionales la vinculación de terceros a un proceso es una práctica común en la mayor parte de las jurisdicciones²², en arbitraje internacional no es posible dicha vinculación sin que exista cierta forma de vinculación contractual entre las partes.

La doctrina en materia de arbitraje internacional utiliza una terminología disímil para referirse a un fenómeno que podría plantearse con mayor simpleza desde la teoría general del derecho de los contratos, así, por ejemplo, GRAHAM²³ formula su teoría a partir del alcance jurídico formal con el que cuenta la firma en el convenio arbitral, refiriéndose a los “no-firmantes” y hablando de “falsos terceros” para referirse a quienes se equiparan a las partes del contrato según lo planteado por LARROUMET. En el mismo sentido PARK²⁴ se refiere a un consentimiento implícito al abordar la teoría francesa de las cadenas de contratos y la doctrina de “estoppel” en el derecho americano.

Los planteamientos hasta aquí efectuados, permiten señalar que a partir del reconocimiento de la naturaleza contractual del pacto arbitral y sin necesidad de utilizar

²¹ RICHARD BAMFORTH, *Joining non-signatories to an arbitration: recent developments*, en *Dispute Resolution 2007/08: Arbitration*, pág. 9, http://www.olswang.com/pdfs/arbitration_jun07.pdf. Recuperado el 8 de diciembre de 2010.

²² A manera de ejemplo, en materia de arbitraje nacional, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su Sala de Casación Civil, con ponencia del magistrado Arturo Solarte Rodríguez, Rad. 11001-22-03-000-2008-00521-01, decidió en segunda instancia una acción de tutela interpuesta contra un árbitro único quien rechazó un llamamiento en garantía formulado por una de las partes a su compañía aseguradora, y esta última no dio su consentimiento a efectos de ser vinculada al trámite arbitral. La Corte decidió ordenar la vinculación de dicha aseguradora dando aplicación a las normas procesales internas que regulan la intervención de terceros en los procesos judiciales, las cuales encontró aplicables al dar aplicación a los principios de economía procesal y prevalencia del derecho sustancial. Algunas de las motivaciones relevantes de la sentencia son las siguientes: “(...) *debe relievase que quien participa de un procedimiento arbitral por haber manifestado su consentimiento a través de un pacto de la respectiva naturaleza, conserva todos los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce a los sujetos procesales en el escenario del proceso judicial incluidos aquellos atinentes a hacer concurrir a terceros a través de los mecanismos que la propia ley contempla, de manera que no tenga la carga adicional de impulsar un nuevo proceso para ventilar con esos terceros las relaciones jurídicas que bien puede dirimir en el procedimiento arbitral. (...) concluye la Sala que la única voluntad determinante para hacer actuar la figura del llamamiento en garantía es la del llamante, independientemente de si ello ocurre en el escenario de la administración de justicia a través del aparato jurisdiccional ordinario, o si se ventila en un tribunal de arbitramento*”.

²³ Cfr. JAMES A. GRAHAM, *La falsa extensión del acuerdo arbitral a terceros: El ejemplo de México*, en *Revista Peruana de Arbitraje* No. 7.

²⁴ Cfr. WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 12 – 16.

terminologías confusas, la teoría general del derecho de los contratos a partir de los principios del efecto relativo de los contratos y la oponibilidad de los contratos a terceros, permiten realizar una explicación más exacta del fenómeno de la vinculación de los no-signatarios del pacto arbitral en el arbitraje internacional. A partir de dicha teoría, en realidad si bien se atrae al arbitraje a personas que no han suscrito el convenio éstas, las más de las veces no son verdaderos terceros “penitus extranei” sino que se pueden equiparar a las partes y tal como lo establece el artículo 1122 del Código Civil francés estarán obligados en virtud del correspondiente contrato.

2. LA PROBLEMÁTICA DE LA EXTENSIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL A LOS NO SIGNATARIOS

A partir de la naturaleza contractual del convenio arbitral, la extensión de dicho acuerdo a quienes no lo han suscrito genera interesantes cuestionamientos a la institución misma del arbitraje partiendo del contexto de la teoría general de los contratos y del consentimiento como requisito de existencia de éstos. Según la doctrina²⁵, la extensión del pacto arbitral a los no signatarios crea una tensión entre dos principios utilizados en materia arbitral, por un lado el mantenimiento de la naturaleza consensual y contractual del arbitraje, y por el otro, la maximización de la efectividad práctica de la decisión final mediante la vinculación, con efectos obligatorios, de personas relacionadas con el conflicto cuya solución se ha sometido a un tribunal arbitral.

Desde el punto de vista formal, se sostiene que la utilización de la expresión “extensión del pacto arbitral” es incorrecta, en la medida en que no se trata de extender los efectos del pacto arbitral a terceros sino más bien de determinar, más allá de la designación formal de los signatarios del acuerdo, quiénes son las partes que realmente deben estar sujetas a los efectos del convenio arbitral²⁶. Así mismo, algunos autores²⁷ sostienen que un tercero, simplemente no puede ser atraído a un arbitraje y por lo tanto de lo que se habla en materia de arbitraje internacional es del problema de los no-signatarios de un acuerdo arbitral²⁸. De esta forma, se ha sostenido que la vinculación de un no-signatario a un procedimiento arbitral requiere de la verificación de dos condiciones, a saber: (i) que la

²⁵ Cfr. WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 3.

²⁶ LAURA SINISTERRA PÁEZ, Algunos apuntes sobre la teoría del grupo de compañías como fundamento para la extensión del pacto arbitral a no signatarios en Revista de derecho privado No. 44, Universidad de los Andes.

²⁷ Cfr. JAMES A. GRAHAM, *Op. Cit.*, 173 y 174.

²⁸ Según PARK, la referencia que se hace a la vinculación de los no signatarios “*joining non-signatories*” puede llevar a equívocos en la medida en que se entienda que la firma es necesaria para crear compromisos arbitrales cuando muchos de los sistemas legales desarrollados reconocen la existencia de compromisos arbitrales en documentos no firmados. Cfr. WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 2.

firma del acuerdo arbitral no sea un requisito de fondo²⁹, y (ii) que el no-firmante no sea un tercero al acuerdo arbitral³⁰.

Ahora bien, según la doctrina³¹, la justificación de la aplicación del pacto arbitral a quienes no lo han suscrito se sustenta en diferentes situaciones, entre ellas, (i) el entendimiento sobre el principio de la interpretación estricta del pacto arbitral, (ii) la autonomía del pacto arbitral, (iii) la eficacia de la aceptación tácita del pacto arbitral, (iv) la teoría del *alter ego*, y (v) *estoppel*. Veamos³²:

(i) *Entendimiento sobre el principio de la interpretación estricta del pacto arbitral*. Si bien es cierto que el pacto arbitral, como cualquiera otro contrato requiere una interpretación estricta sobre su alcance y contenido, así como de quienes han manifestado su consentimiento para verse cobijados por el efecto creador de obligaciones, también es cierto que en determinados eventos, tal como lo veremos más adelante (*Cfr.* Grupos de Compañías) la participación material de una compañía matriz la negociación, ejecución y terminación de la transacción cuyo contrato final y compromiso arbitral no fue finalmente suscrito por ésta sino por una subordinada, permite concluir que ha manifestado su voluntad para verse cobijada por los efectos de la cláusula arbitral.

²⁹ Según GRAHAM, la firma solamente constituye un medio probatorio del acuerdo arbitral. Siguiendo la regla del consensualismo en materia arbitral, el consentimiento puede expresarse sin ninguna formalidad y hacerse al amparo de normas de derecho convencional tales como el artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 o el artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL de cuya interpretación se desprende que en ausencia de una firma, la existencia de la cláusula compromisoria puede ser comprobada por cualquier otro medio como testimonios por ejemplo. *Cfr.* JAMES A. GRAHAM, *Op. Cit.*, 174 a 176.

³⁰ Los diferentes tratadistas sobre la materia, generalmente distinguen los eventos de extensión del acuerdo arbitral a no-firmantes según la jurisprudencia francesa y estadounidense. Utilizando diferentes hipótesis tales como las cadenas de contratos, los grupos de sociedades, la teoría del levantamiento del velo corporativo, la teoría del *alter ego*, y de *estoppel*, por lo general, se sostiene que en estos eventos estamos ante “falsos” terceros, no-firmantes del pacto arbitral pero que en atención al alcance de dichas teorías pueden ser en uno u otro evento vinculados al procedimiento arbitral. A manera de ejemplo y según lo señalado en el primer capítulo, GRAHAM, al igual que LARROUMET sostiene que en los eventos de cadenas contractuales los causahabientes no son “penitus extranei” al contrato y por lo tanto no existe ninguna problemática derivada del principio del efecto relativo de los contratos. *Cfr.* JAMES A. GRAHAM, *Op. Cit.*, 178 a 182.

³¹ *Cfr.* SANTIAGO TALERO RUEDA, *Op. Cit.*, 121 a 123.

³² *Ibidem*.

(ii) *Autonomía del pacto arbitral.* Teniendo en cuenta que el pacto arbitral se considera independiente y diferente del contrato principal, es posible afirmar que aquel puede cobijar a quienes no lo han suscrito, a pesar de que el contrato principal hubiese sido celebrado por otras partes.

(iii) *Eficacia de la aceptación tácita del pacto arbitral.* La aceptación tácita del pacto arbitral de parte de quienes no lo han suscrito, se deduce a partir de la participación de éstos últimos en el negocio jurídico principal y de su efectiva vinculación, en el momento en que se suscribe el pacto arbitral.

(iv) *Teoría del alter ego o levantamiento del velo corporativo.* Esta teoría ha sido esbozada en la jurisprudencia norteamericana, y en lo que se refiere específicamente a la vinculación de una empresa a un pacto arbitral que ha sido suscrito por otra de su mismo grupo, se requiere de la existencia de una estrecha unidad de titularidad e intereses entre las empresas así como de la utilización de la separación jurídica formal entre las empresas de manera abusiva o fraudulenta en el caso concreto. De este modo, el hecho de no desestimar la división de personería jurídica entre dichas empresas resultaría en una injusticia para el caso concreto.

(v) *Estoppel.* Este principio consiste en la prohibición de actuar en contra de los propios actos, lo cual impediría que una parte desconozca su previo proceder, en el marco de un proceso judicial o arbitral. De forma concreta, lo que se persigue con este principio es que si alguien ha invocado un derecho contractual en su favor, no pueda luego desconocer su obligación de acudir al arbitraje alegando posteriormente que no es parte.

No obstante lo mencionado en cuanto a las justificaciones que comúnmente se presentan para respaldar la posibilidad de que, en algunos casos, se vincule no-signatarios del convenio al procedimiento arbitral, lo cierto es que una posición coherente en materia contractual precisa reconocer que la eficacia obligatoria del pacto arbitral está inspirada en la libertad contractual y en el acto dispositivo de las partes que manifiestan su

consentimiento para crear obligaciones concretas. El arbitraje se soporta en el consentimiento de las partes. La ausencia de consentimiento, manifestado por lo menos desde el punto de vista formal, plantea interrogantes o inconvenientes que pueden ser superados a través de las justificaciones arriba indicadas, pero los cuales no dejan de generar una problemática concreta en el trámite de cualquier arbitraje internacional en el que se requiera la vinculación de no-signatarios. Esta problemática se presenta con mayor énfasis en lo que tiene que ver con los siguientes aspectos: (1) ausencia de normativa que regule la materia, (2) normativa aplicable, (3) determinación de la competencia y, (4) reconocimiento y ejecución de laudos que incluyen no-firmantes.

2.1. AUSENCIA DE NORMATIVA QUE REGULE LA MATERIA

Pese a que la extensión del acuerdo arbitral a los no-signatarios es una problemática que se presenta con alguna frecuencia en el arbitraje internacional, solamente dos de sus principales instituciones ofrecen alguna guía en la materia. No obstante dichas disposiciones no hacen distinción alguna entre la situación de signatarios y no-signatarios del pacto arbitral³³.

Así las cosas, el artículo 22.1(h) de las reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration "LCIA"*) le otorga al tribunal de arbitramento el poder de ordenar la vinculación de un tercero previa solicitud de una de las partes, bajo el supuesto que el tercero y el solicitante hayan consentido en cuanto a dicha vinculación de manera escrita³⁴. El artículo 4(2)³⁵ de las normas suizas de arbitraje

³³ Cfr. LUCA BEFFA, Joinder of Non-Signatories at the Respondent's Request in CCI Arbitration: A New Path? Baker & McKenzie <http://www.bakermckenzie.com/es-MX/news/pubdetail.aspx?pub=65b29386-f51e-4d12-b54a-81ccf8dc043b>. Recuperado el 8 de diciembre de 2010.

³⁴ "Article 22 Additional Powers of the Arbitral Tribunal. 22.1 Unless the parties at any time agree otherwise in writing, the Arbitral Tribunal shall have the power, on the application of any party or of its own motion, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views: (...) h) to allow, only upon the application of a party, one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party have consented thereto in writing, and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration".

³⁵ "Consolidation of Arbitral Proceedings (Joinder), Participation of Third Parties. Article 4. (...) 2. Where a third party requests to participate in arbitral proceedings already pending under these Rules or where a party

internacional adoptadas por las Cámaras de Comercio Suizas va incluso más lejos, éste le permite al tribunal arbitral la vinculación de terceros sin su consentimiento.

Las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) guardan silencio respecto de la vinculación de terceros al arbitraje. Para resolver sobre la extensión de un pacto arbitral a terceros, la Corte de la CCI da aplicación al artículo 6(2) de las reglas de la CCI. Siguiendo este artículo, si el demandado no responde la demanda arbitral, o si alguna de las partes eleva uno o más cuestionamientos referidos a la existencia, validez o alcance del pacto arbitral, la Corte de la CCI puede decidir, sin perjuicio de la decisión que sobre el fondo del asunto tome el tribunal, que el arbitraje puede proceder si *prima facie* se logra determinar que existe un pacto arbitral.

De lo expuesto hasta aquí, es posible concluir que la ausencia de una regulación concreta de carácter supranacional o convencional, implica que será la normativa interna del país de la sede y su jurisprudencia la que termine por definir los eventos en los cuales se permita extender el pacto arbitral a los no-signatarios.

2.2. NORMATIVA APLICABLE

En la medida en que la extensión del acuerdo arbitral a los no firmantes se soporta en aspectos de naturaleza sustantiva y no procesal, la elección de la ley aplicable es un problema que debe ser revisado con atención. Por ejemplo, si estamos en un evento de extensión del pacto arbitral a un no-signatario y el caso requiere de la aplicación de la teoría de los grupos de compañías, se tendrán más posibilidades de éxito si la ley aplicable es la francesa y no la inglesa³⁶.

to arbitral proceedings under these Rules intends to cause a third party to participate in the arbitration, the arbitral tribunal shall decide on such request, after consulting with all parties, taking into account all circumstances it deems relevant and applicable”.

³⁶ Según LAURA SINISTERRA PÁEZ, las cortes francesas se han caracterizado por apoyar una posición favorable a la extensión del pacto arbitral en el contexto de grupos de compañías. Francia se destaca por ser un foro particularmente atractivo para casos en los que alguna de las partes pretenda extender los efectos del pacto arbitral. La autora llega a esta conclusión a partir del estudio de casos tales como *Dow Chemicals v.*

Los tribunales y las cortes nacionales han adoptado posiciones disímiles en cuanto a la ley aplicable en aquellos eventos en los cuales se precisa extender al compromiso arbitral a los no-signatarios. La doctrina³⁷, ha señalado que se pueden identificar dos tendencias principales al respecto. La primera de ellas que se presenta en aquellos eventos en los cuales los árbitros y jueces optan por resolver la problemática de conformidad con los principios generales del derecho internacional y la segunda, cuando se resuelve la problemática aplicando leyes nacionales en la materia.

La justificación de aquellos que sostienen que en este caso la solución se encuentra en los principios del derecho internacional tiene como punto de partida que “*en las relaciones internacionales, [se] considera que es preferible aplicar reglas que se adaptan a las condiciones de los mercados internacionales y que proveen un justo balance entre la confianza que tienen las compañías en el concepto de personalidad jurídica y las necesidades de los comerciantes que son víctimas de las manipulaciones que puede efectuar una sociedad matriz a través de sus subsidiarias*”³⁸.

La posición contraria, sostiene que la problemática de la vinculación de los no-signatarios se resuelve a partir de las disposiciones nacionales aplicables a cada caso particular. En este sentido, por ejemplo, la Corte Comercial de Londres indicó en el caso *Petersons Farms* que “[l]a identificación de las partes de un acuerdo arbitral es una

Isover Saint Gobain; Société Sponsor A.B. v Lestrade; Kis France v. Société Générale; y Orri v. Société des Lubrifiants Elf Aquitaine, entre otros. Por el contrario, afirma la autora que las cortes inglesas y suizas han adoptado en la materia una posición notoriamente distinta a la de Francia, caracterizándose por materializar una postura ante todo conservadora y estricta en cuanto a los requisitos de forma del pacto arbitral. En el caso concreto de Inglaterra señala que sus cortes han mostrado una renuencia absoluta a la extensión *ratione personae* del pacto arbitral a pesar de contener las herramientas necesarias para dar aplicación a la doctrina del grupo de compañías. Para el efecto se cita el caso *Petersons Farms v. C&M Farming Limited*, en el cual la Corte Comercial de Londres estableció que “la doctrina del grupo de compañías no existe en el derecho inglés”. Cfr. LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 13 a 17.

³⁷ Cfr. LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 23.

³⁸ Laudo del Caso CCI 8385 J.D.I. (Clunet) citado por LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 23.

*cuestión de derecho sustantivo y no procesal (...) el Tribunal debe aplicar el derecho seleccionado por las partes (...)*³⁹.

Por último en esta materia, es importante señalar que la posición que ha sido adoptada de forma mayoritaria supone que la ley aplicable será o bien la ley a la cual está sujeta el contrato (con las limitaciones propias del principio de autonomía del pacto arbitral) o a la que gobierna el correspondiente acuerdo arbitral.

2.3. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

En materia de arbitraje internacional, los principios de separabilidad o autonomía y *Kompetenz-Kompetenz* le dan eficacia práctica a la actividad de los árbitros, dotándolos de herramientas que les permiten pronunciarse de fondo sobre el conflicto y materializar el logro de su fin último que es la solución de la controversia planteada por las partes.

El principio de autonomía o separabilidad responde al interrogante de si un tribunal de arbitramento puede resolver el mérito de la controversia cuando alguna de las partes alega la nulidad del negocio jurídico principal que le sirve de soporte o el cual contiene el pacto arbitral. La doctrina de la separación del pacto arbitral frente al contrato principal permite resolver dicho interrogante de forma afirmativa. En efecto, la doctrina de la autonomía del pacto arbitral es una ficción jurídica que pretende deslindar los efectos que se produzcan sobre la validez del contrato principal de la suerte que corra el pacto arbitral, lo que le permite al tribunal de arbitramento dirimir el fondo del asunto. Situaciones como la nulidad absoluta o la terminación del contrato principal no afectan la posibilidad de los árbitros para resolver el fondo de la controversia⁴⁰. En resumen, la separabilidad del pacto arbitral le permite al tribunal pronunciarse sobre el fondo del asunto al deslindar el pacto arbitral del contrato principal y por tanto de las vicisitudes y discusiones que se puedan presentar en torno de éste último.

³⁹ Inglaterra. Corte Comercial de Londres, *Petersons Farms v. C&M Farming*, 2004 EWHC 121 (Comm). 62, citado por LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 24.

⁴⁰ SANTIAGO TALERO RUEDA, *Op. Cit.*, 138 y 139.

El principio de *Kompetenz-Kompetenz* complementa el de autonomía del pacto arbitral al establecer que los árbitros son los jueces provisionales de su propia competencia para adelantar el proceso arbitral y para proferir el laudo que pone fin a la controversia entre las partes⁴¹. De esta forma, el principio de *Kompetenz-Kompetenz* se divide en las siguientes situaciones⁴²:

(i) Los árbitros determinan provisionalmente la existencia y validez del pacto arbitral, como también determinan si la disputa que es objeto de arbitraje se encuentra cobijada por dicho pacto arbitral. Los árbitros son entonces los primeros en decidir, pese a que las cortes por lo general, tendrán la última palabra.

(ii) Los árbitros determinan provisionalmente si el tribunal de arbitramento se ha constituido debidamente. Este aspecto resulta particularmente importante en lo que tiene que ver con la vinculación de los no-signatarios al procedimiento arbitral, en la medida en que se presenten discusiones en cuanto a si estos se encontraban o no cobijados por el pacto arbitral. En la práctica es común que se ataque el pacto arbitral y la competencia del tribunal cuando resulta vinculada al procedimiento una parte que por lo menos, desde el punto de vista formal, no suscribió el pacto arbitral.

En concreto, el principio de *Kompetenz-Kompetenz* le permite al tribunal de arbitramento pronunciarse provisionalmente sobre la existencia y alcance de su propia competencia cuando se presentan cuestionamientos provenientes de las partes en cuanto a la validez del pacto arbitral o el alcance de la competencia de los árbitros.

Por no ser ajeno a eventuales limitaciones, el principio *Kompetenz-Kompetenz* y sus alcances han sido cuestionados por la jurisprudencia y la doctrina. Dichas críticas que se

⁴¹ *Ibidem*, pág. 147.

⁴² PETER SCHLOSSER, *The Competence of arbitrators and the Courts*, en *8 Arbitration International*, 1992, págs. 199-200, citado por SANTIAGO TALERU RUEDA, *Op. Cit.*, 147.

dirigen al establecimiento de determinadas limitaciones se han planteado en tres hipótesis concretas⁴³, a saber: (i) determinación de las personas que se encuentran cobijadas por el pacto arbitral, (ii) decisiones relativas a la arbitrabilidad objetiva de la controversia, y (iii) determinación de los alcances del pacto arbitral.

En relación con la primera hipótesis, en cuanto a la determinación de las personas que se encuentran cobijadas por el pacto arbitral, es especialmente relevante un caso en el cual se discutió sobre la vinculación de un no-firmante del convenio arbitral al amparo de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo. El caso (*First Options of Chicago v. Kaplan*) se relaciona con una serie de disputas entre la compañía *First Options of Chicago, Inc.*, la cual liquidaba inversiones bursátiles en la bolsa de valores de Filadelfia (USA) y tres personas naturales y jurídicas diferentes, compuestas por *Manuel Kaplan*, su esposa *Carol Kaplan*, y su compañía de inversiones *MK Investments, Inc.* La disputa se centró en relación con un memorando de entendimiento, instrumentado en cuatro diferentes documentos que gobernaban los mecanismos de solución y pago de las deudas en las cuales habían incurrido *MK Investments* y los *Kaplan* con *First Options* como resultado de la caída de la bolsa en el mes de octubre de 1987.

MK Investments había firmado el único documento que contenía la cláusula compromisoria. Los *Kaplan*, quienes no habían suscrito personalmente el pacto arbitral argumentaron que la disputa entre éstos y *First Options* no era arbitrable. Los árbitros decidieron que eran competentes para resolver sobre el mérito de la disputa y decidieron a favor de *First Options*. Con posterioridad a ello los *Kaplan* solicitaron la anulación del laudo ante una corte federal, la cual confirmó la decisión de los árbitros. Sin embargo fueron en apelación ante la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito, corporación que reconoció el argumento de los *Kaplan* en cuanto a que el asunto era no arbitrable. La Corte Suprema de los Estados Unidos en mayo de 1995 confirmó la decisión sosteniendo que las cortes deberían ser las encargadas de determinar los cuestionamientos relativos a la validez de los alcances del pacto arbitral.

⁴³ Cfr. SANTIAGO TALERO RUEDA, *Op. Cit.*, 158.

Según la PARK⁴⁴, el pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos no revistió mayor complejidad en materia jurídica, sin embargo, la parte problemática de lo planteado por la Corte Suprema surge de un pronunciamiento *obiter dicta* en el que se sugirió que en ciertas circunstancias (no bajo los supuestos del caso *First Options v. Kaplan*) algunas cuestiones relativas a la competencia de los árbitros podrían ser definidas por éstos si las partes suscriben un acuerdo independiente posterior al convenio arbitral, por virtud del cual se les confiere la potestad de pronunciarse sobre su propia competencia en casos en los que se discuta la validez o alcances del pacto arbitral⁴⁵.

Del pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *First Options of Chicago v. Kaplan* se desprende que es función privativa de los jueces pronunciarse sobre la competencia de los tribunales de arbitramento cuando estos extienden la cláusula arbitral a quienes no la han suscrito. Lo anterior, en la medida en que quienes no han suscrito el convenio arbitral no han conferido facultad a los árbitros para que se pronuncien sobre este aspecto. Este planteamiento establece una limitación concreta al principio de *Kompetenz-Kompetenz*. En relación con este particular que es el que interesa para nuestros planteamientos, el profesor PARK⁴⁶ plantea que en *First Options of Chicago v. Kaplan*, la corte Suprema de los Estados Unidos reafirmó el principio básico –en su derecho interno- de que la definición del alcance del pacto arbitral debe ser definida por las cortes independientemente de las facultades jurisdiccionales de los árbitros.

⁴⁴ Cfr. WILLIAM W. PARK, *The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?* *Arbitration International*, (Kluwer Law International 1996 Volume 12 Issue 2) págs. 137-160.

⁴⁵ El texto en original del planteamiento realizado por el professor PARK es el siguiente: “[t]he problematic part of the Supreme Court’s opinion lies in dicta suggesting that in some situations (although not under the facts of Kaplan) what the Court called ‘the arbitrability question itself’ may be submitted to arbitration, in which case the courts must defer (‘give considerable leeway’ to arbitrators’ decisions on the limits of their own jurisdiction (...)) In other words, an arbitration agreement covering the merits of the dispute could be supplemented by an ‘arbitrability submission’ that would in some cases shield the arbitrators’ jurisdictional determination from independent judicial scrutiny”. Cfr. WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*

⁴⁶ *Ibidem*.

En conclusión, a la luz del derecho interno de los Estados Unidos, en determinados eventos es posible aplicar el convenio arbitral a quienes no lo han suscrito pero la determinación sobre dicho aspecto recae en las cortes y no en el tribunal arbitral, ya que de hacerlo estaría extralimitándose en sus funciones las cuales han sido concedidas según el marco contractual establecido por las partes.

De otro lado, en el marco del arbitraje institucional se han establecido interesantes mecanismos que tratan de darle viabilidad a un arbitraje en aquellos eventos en los cuales se presentan eventuales alegaciones referidas a la existencia, validez o alcances del pacto arbitral. De esta forma, el reglamento de Arbitraje de la CCI, en su artículo 6(2)⁴⁷ establece un procedimiento compuesto por dos etapas, según el cual, cuando una de las partes hace una alegación con respecto a la existencia, validez o alcances del pacto arbitral, le compete a la Corte de la CCI hacer una primera determinación acerca de la procedencia de la alegación correspondiente. Si la Corte de la CCI considera que en efecto hay méritos para continuar con el proceso arbitral, la determinación definitiva sobre la alegación mencionada, corresponderá al tribunal de arbitramento⁴⁸.

En el caso *Dow Chemical v. Isover St. Gobain* de 1982, el cual se analizará con detalle en el capítulo 3 de este documento, la Corte de la CCI determinó *prima facie* aplicar un pacto arbitral a una compañía matriz que no lo había suscrito y posteriormente el tribunal de arbitramento ratificó dicha circunstancia, al considerar que sí existían pruebas acerca de la participación de dicha compañía matriz en la formación, ejecución y terminación del negocio jurídico entre varias de sus subsidiarias y un tercero, lo cual, en

⁴⁷ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). “Artículo 6. Efecto del convenio arbitral. (...) 2. Si el demandado no contesta a la demanda como está previsto en el artículo 5, o cuando una de las partes plantea uno o varias propuestas relativas a la existencia, validez, o alcance del convenio arbitral, la Corte puede decidir, sin prejuzgar la admisibilidad o el fundamento de tales propuestas, que el arbitraje tenga lugar si, *prima facie*, estima posible la existencia de un convenio arbitral acomodado al reglamento. En este caso, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia. Si la Corte no llega a esta conclusión, las partes son informadas de que el arbitraje no puede tener lugar. En este caso las partes mantienen su derecho de dirigirse ante la jurisdicción competente según que estén o no vinculadas por un convenio arbitral”.

⁴⁸ SANTIAGO TALERO RUEDA, *Op. Cit.*, 119.

criterio de dicho tribunal, denotaba como las empresas habían actuado como una unidad económica en el negocio⁴⁹.

Siguiendo el reglamento de la CCI y el antecedente mencionado encontramos que al momento de decidirse sobre la extensión del acuerdo arbitral a los no-signatarios y su vinculación al correspondiente procedimiento arbitral, existen excepciones y limitaciones al principio de *Kompetenz-Kompetenz*. En el derecho interno de los Estados Unidos este es un asunto reservado a la competencia de los jueces y en el arbitraje institucional a través del reglamento de la CCI se establece un particular mecanismo de colaboración armónica en donde, a pesar de que la Corte de la CCI ejerce funciones de carácter administrativo, ésta puede tomar una primera decisión en cuanto a la extensión del acuerdo arbitral a ciertos no-signatarios del mismo, decisión sobre la cual podrán volver los árbitros en ejercicio de sus competencias.

2.4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS QUE INCLUYEN NO-FIRMANTES

Según el artículo V(1)(a)⁵⁰ de la Convención de Nueva York de 1958, es posible denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo si el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere dicho al respecto en virtud de la ley de la sede del tribunal arbitral.

Así las cosas, en principio no sería suficiente que el pacto arbitral se extienda a los no-signatarios del mismo para que éste sea considerado como no válido. No obstante, tal

⁴⁹ Caso CCI 4131 de 1982, citado por GARY BORN, *International Commercial Arbitration. Commentary and Materials*, Nueva York – La Haya, Transnational Publishers – Kluwer Law International, 2001, págs. 654 – 659, a su vez citado por SANTIAGO TALERU RUEDA, *Op. Cit.*, 119.

⁵⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional – Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) – “Artículo V. 1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; (...)”

como lo señala la doctrina⁵¹, es posible que la autoridad competente del país en el que se pida el reconocimiento y la ejecución del laudo considere que el acuerdo de arbitraje no cumple con el artículo II(2) de la Convención de Nueva York de 1958 que dispone que “[l]a expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes (...)”. Esta situación se podría presentar cuando la ley aplicable al convenio arbitral es menos formalista que la Convención de Nueva York. De la misma forma, el requisito establecido en el artículo IV(1)(b)⁵² podría ser un inconveniente ya que éste dispone que para obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo, se debe presentar el original o una copia auténtica del acuerdo de arbitraje⁵³.

En este aspecto, es relevante señalar que la jurisprudencia norteamericana, en especial la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, en el caso *Sarhank Group v. Oracle Corporation*⁵⁴ denegó el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral en el que se vinculó a un no-signatario del acuerdo arbitral utilizando para el efecto la teoría del grupo de compañías. En la medida en que dicha teoría no ha sido aceptada en los Estados Unidos como justificativa para extender los efectos del pacto arbitral, se concluyó que un no signatario en estados Unidos no puede ser llevado al arbitramento sino se prueba, con base en una teoría aceptada por el derecho contractual norteamericano, que éste en efecto prestó su consentimiento. Según la doctrina⁵⁵, este fallo ha sido objeto de constantes críticas debido a que se considera que la Corte fundamentó su decisión en una interpretación errónea del artículo V(2)(a) de la Convención de Nueva York, el cual establece que “[t]ambién se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: a) Que según la ley de ese país el objeto de la diferencia no es

⁵¹ Cfr. LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 24.

⁵² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional – Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) – “Art. V. 1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda: (...) b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad”.

⁵³ Cfr. LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 24.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 25.

susceptible de solución por la vía de arbitraje”. Se ha entendido que la Corte erró al basar su decisión en el concepto de *arbitrability*, siendo que habría podido invocar otra causal aplicable al caso, tal como que el acuerdo arbitral es inexistente o que el reconocimiento y la ejecución de la sentencia son contrarios al orden público.

De cualquier forma, a manera de conclusión, es importante señalar que el solo hecho de extender los efectos del pacto arbitral a un no signatario no es por sí mismo razón suficiente para que dando aplicación a la Convención de Nueva York de 1958, se niegue el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.

3. HIPÓTESIS DE EXTENSIÓN DE LOS NO-SIGNATARIOS DEL PACTO ARBITRAL

Tal como se había indicado en el primer capítulo de este documento en la práctica del arbitraje internacional⁵⁶, se sostiene que mientras en los procedimientos ante las cortes y tribunales nacionales la vinculación de terceros a un proceso es una práctica común en la mayor parte de las jurisdicciones, en arbitraje internacional no es posible dicha vinculación sin que exista cierta forma de vinculación contractual entre las partes.

En consecuencia, diferentes aproximaciones jurídicas de carácter nacional en países que tienen una importante incidencia en el arbitraje internacional permiten la extensión del pacto arbitral a los no-signatarios, lo anterior pese a que no se esté en presencia de una relación estrictamente contractual entre las partes. En la medida en que algunas de estas disposiciones son coincidentes con aquellas que sirven de fundamento para vincular no-signatarios en el arbitraje internacional, y en muchas ocasiones por tratarse de un aspecto sustantivo, los árbitros aplican la ley de la sede para vincular no-signatarios, es relevante hacer una breve reseña de cada una de ellas.

3.1. MECANISMOS DE EXTENSIÓN DE LOS NO-SIGNATARIOS EN DIFERENTES ÓRDENES NACIONALES

3.1.1 Estados Unidos. Según la doctrina⁵⁷, la aproximación que en la materia se presenta en los Estados Unidos en cuanto a la posibilidad de extensión del acuerdo arbitral a los no-signatarios es gobernada principalmente por decisiones asumidas por las cortes a nivel estatal y federal a través de la aplicación de principios del *common law* y el derecho de agencia. Al respecto, en el caso *Thomson_CCF, S.A. v. American Arbitration Assoc. And Evans & Sutherland Computer Corp*⁵⁸, se señaló que al ser el arbitraje

⁵⁶ Cfr. RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 9-10.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Assoc. and Evans & Sutherland Computer Corp-*, 63 F.3d 773, 766, citado por RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 9. El texto literal de la sentencia proferida por la Corte

contractual por naturaleza, ello no implica que a la luz del *Federal Arbitration Act* la obligación de ir al arbitraje vincule solamente a quienes han suscrito personalmente el pacto arbitral. La Corte ha señalado con claridad que los no-signatarios pueden ser vinculados por el pacto arbitral si ello es posible a la luz de los principios de los contratos y el derecho de agencia. De manera significativa, la Corte identificó cinco principios bajo los cuales a un no-signatario le pueden ser extendidos los efectos del pacto arbitral. Dichos principios son los siguientes: (i) *estoppel*, (ii) *incorporation by reference*, (iii) *assumption*, (iv) *agency*, (v) *veil piercing/alter ego*.

En relación con la doctrina de *equitable estoppel* las cortes han señalado que cualquier persona (incluidos los no-signatarios) que reclame un beneficio de un contrato el cual contiene una cláusula compromisoria no puede posteriormente, de forma justa, rehusarse a acudir al arbitraje⁵⁹. En cuanto a la incorporación por referencia –*incorporation by reference*– las cortes estatales han incorporado una cláusula compromisoria de un documento a otro, básicamente por la referencia que se hace de ella en el primero de los documentos. Esta situación se presenta, por lo general, en casos de subcontratistas que son vinculados a los términos del contrato principal a partir de las referencias que en los respectivos sub contratos se hagan hacia el mencionado contrato principal.

El principio de *assumption* se fundamenta en el consentimiento que puede ser inferido a partir de la conducta de una de las partes en el trámite arbitral. Existen eventos en los cuales la activa participación de una de las partes en el procedimiento arbitral implica que estas sean vinculadas con el resultado del mismo tal como si hubiesen suscrito el pacto arbitral. Los principios del derecho de agencia –*agency*– también son utilizados en la materia, de esta forma, el sujeto principal (mandante) cuya identidad no fue informada al

del Segundo Circuito es el siguiente: “*Arbitration is contractual by nature.... It does not follow, however, that under the [Federal Arbitration] Act an obligation to arbitrate attaches only to one who has personally signed the written arbitration provision. This court has made clear that a non-signatory part may be bound to an arbitration agreement if so dictated by the ordinary principles of contracts and agency.*”

⁵⁹ *Meyer v. WMCO-GP LLC.*, 211 S.W.3d 302, 305 (Tex. 2006) de la Corte Suprema de Texas, citado por RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 9.

momento de la celebración del negocio jurídico por el agente, puede iniciar el correspondiente procedimiento arbitral, pese al hecho de que al momento de la suscripción del pacto arbitral, el co-contratante no conocía de la existencia del sujeto principal. Por último, cuando el signatario del pacto arbitral es el mero *alter ego* de un no-signatario, las cortes americanas han permitido el levantamiento del velo corporativo de la corporación que suscribió el pacto arbitral, y de esta forma, el no-signatario es también vinculado al procedimiento arbitral. Esta figura será aplicada en aquellos casos en los que se demuestre que en determinadas circunstancias la distinción entre signatarios y no-signatarios del pacto arbitral puede perpetuar bien un fraude o una situación injusta.

3.1.2 Francia. Bajo la ley francesa puede ser posible la vinculación de un no-signatario bajo la teoría del grupo de compañías. A la luz de esta teoría, las cortes francesas han extendido el pacto arbitral a otras compañías del mismo grupo, no signatarias de dicho pacto, si se presentan dos condiciones: (i) la compañía no-signataria ha hecho parte en la negociación, ejecución o terminación del contrato que contiene el pacto arbitral, y (ii) ha sido la común intención (explícita o tácita) de las partes que el no-signatario sea vinculado por el contrato y el pacto arbitral que se encuentra allí contenido⁶⁰.

El caso *Dow Chemical Group v. Isover-Saint-Gobain* (caso CCI No. 4131) que es el más relevante en la materia se revisará en detalle cuando se expongan los más comunes mecanismos de vinculación de no-signatarios en el arbitraje internacional.

3.1.3 Inglaterra. La doctrina del grupo de compañías según lo definido por la jurisprudencia francesa no tiene aplicación en el derecho inglés, así se desprende de los planteamientos que fueron realizados en el caso *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd.*⁶¹; allí, la Corte Comercial de Londres afirmó que bajo la ley Inglesa, es la ley

⁶⁰ Cfr. RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 11.

⁶¹ *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd.* [2004] EWHC 121 (Comm) citado y explicado por RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 11.

sustantiva y no la procesal de un contrato la que debe ser aplicada para identificar las partes en un arbitraje.

En *Petersons Farms*, la Corte Comercial de Londres estableció que la doctrina del grupo de compañía no existe en el derecho inglés. Según lo explica la doctrina⁶², *Petersons Farms* celebró un acuerdo con *C&M* para la comercialización de pollos. *Petersons Farms* los vendía a *C&M* quien posteriormente los revendía a terceros y a otras compañías de su mismo grupo empresarial para que éstos se encargaran de reproducirlos y luego venderlos en el mercado. Posteriormente, se comprobó que los pollos que vendía sufrían de un virus que impedía su reproducción. El contrato se encontraba sujeto a la ley de Arkansas (USA) pero contenía una cláusula arbitral CCI con sede en Londres. Al interior del procedimiento arbitral se discutió si el tribunal tenía jurisdicción para otorgar una indemnización a las otras compañías del grupo *C&M* que no era signatarias del contrato pero que habían participado en la ejecución de éste. El tribunal determinó con base en la doctrina de *separability*, que el acuerdo arbitral no estaba sujeto al derecho de Arkansas, y que por lo tanto, podía aplicar precedentes CCI que daban cabida a la doctrina del grupo de compañías. Así, el tribunal estableció que en la ejecución del contrato *Peterson Farms* había tratado a *C&M* no como una compañía independiente sino que había interactuado constantemente con sus subsidiarias, mostrando su intención de relacionarse con todo el grupo corporativo.

Posteriormente se interpuso recurso de anulación ante la Corte Comercial de Londres, alegando que el tribunal no tenía jurisdicción para otorgar una indemnización a quien no había sido parte del acuerdo arbitral. La Corte estableció que el tribunal estaba sujeto a la ley de Inglaterra y por lo tanto no podía aplicar la doctrina del grupo de compañías. Igualmente, la corte señaló que la creación del grupo de compañías permite fines legítimos y que la personalidad jurídica independiente de cada uno de sus miembros debe ser respetada.

⁶² Cfr. LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 16.

3.1.4 Suiza. La extensión del pacto arbitral a los no-signatarios en suiza depende del rol que han tenido los no-signatarios en la ejecución del contrato que contiene el pacto arbitral. Mientras que los efectos del pacto arbitral no son tradicionalmente extendidos a los no-signatarios bajo la ley procesal suiza, dos decisiones de sus cortes pueden mostrar una aproximación un poco más liberal hacia la vinculación de los no-signatarios⁶³.

El 16 de octubre de 2003, en un pronunciamiento del Tribunal Federal de Suiza, en el caso *Y.S.A.L. v. Z Sarl*⁶⁴ se dio el primer paso hacia una aproximación más liberal en la materia. Siguiendo la explicación de BAMFORTH⁶⁵, en este caso, tres compañías libanesas, (X, Y, y Z) entraron en un contrato de construcción que contenía una cláusula compromisoria. Al momento de definir la disputa, el procedimiento arbitral fue iniciado por Z en contra de X, Y y el señor A (quien no fue parte en el pacto arbitral). Lo anterior bajo el argumento de que el señor A había participado activamente en la negociación y ejecución del contrato. El Tribunal Federal, aplicando el principio de buena fe, permitió la extensión del pacto arbitral al señor A, en el entendido de que la prueba documental demostró la participación activa del señor A en la administración de X y Y así como la real ejecución del contrato con Z. De esta forma, fue la participación activa en la administración e implementación del proyecto constructivo lo cual se convirtió en la base de la extensión del pacto arbitral, lo anterior, en la medida en que fueron las conductas del señor A las que terminaron por demostrar su disposición de ser vinculado por los efectos de la cláusula compromisoria establecida en el contrato.

En este caso, el Tribunal estableció que el requisito de forma exigido por el artículo 178 de la Ley Federal del Derecho Internacional Privado, en el sentido de que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, únicamente aplica para las partes iniciales, es decir, las signatarias del acuerdo. El tribunal distinguió entre los requisitos de validez exigidos para el acuerdo inicial y aquellos exigidos para la extensión del mismo a no-signatarios,

⁶³ Cfr. RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 12. Igualmente, Cfr. LUCA BEFFA, *Op. Cit.*

⁶⁴ *Y.S.A.L. v. Z Sarl* ATF 129 III 727-4p.115/2003 (X.S.A.L) citado y explicado por RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 12.

⁶⁵ Cfr. RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 12.

limitando únicamente el acuerdo inicial u original a las restricciones de forma impuestas por la ley suiza⁶⁶. Así mismo, en este caso, el Tribunal Federal Suizo avaló la aplicación que el tribunal arbitral había realizado de la ley libanesa como la ley que gobernaba el contrato con fundamento en la *lex mercatoria* así como de la práctica arbitral francesa en cuanto a los supuestos para la aplicación de la doctrina del grupo de compañías, esto es, la participación en la celebración, ejecución o terminación del contrato que contiene la cláusula arbitral⁶⁷.

Igualmente, en una reciente decisión de la Corte Suprema de Suiza⁶⁸, el 5 de diciembre de 2008 que se refirió a un caso CCI con sede en Suiza, se utilizaron los mismos criterios con los cuales se decidió el caso anterior. En este caso, al tratarse de extender los efectos del pacto arbitral a un no signatario, tanto la Corte de la CCI (luego de un análisis *prima facie* siguiendo el artículo 6(2) de las reglas de la CCI) como posteriormente el tribunal arbitral admitieron su jurisdicción para conocer del caso pero rechazaron la extensión del acuerdo arbitral a un no-signatario señalando que en ausencia de una provisión específica en las reglas de la CCI que permitieran la intervención de terceros, dicha intervención no podría ocurrir sin el consentimiento de las partes. Al conocer de esta decisión la Corte Suprema de Suiza confirmó el precedente ya establecido, en virtud del cual el pacto arbitral puede ser extendido a los no signatarios, pese a que el artículo 178 de la Ley Federal del Derecho Internacional Privado requiere que el pacto arbitral sea por escrito para ser tenido como válido. La extensión del pacto arbitral a los no signatarios, puede tener cabida *inter alia*, cuando un tercero interviene en la ejecución de un contrato que contiene una cláusula compromisoria de manera tal que revela su intención, de manera expresa o implícita según sus conductas en cuanto al hecho de quedar cobijado por el pacto arbitral⁶⁹.

⁶⁶ LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 18.

⁶⁷ *Cfr.* RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 12.

⁶⁸ Decisión de la Corte Suprema de Suiza, diciembre 5 de 2008, 4A_376/2008, citada por LUCA BEFFA, *Op. Cit.*

⁶⁹ *Cfr.* LUCA BEFFA, *Op. Cit.*

3.2. MECANISMOS DE EXTENSIÓN DEL PACTO ARBITRAL A LOS NO SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Siguiendo los planteamientos de PARK⁷⁰, cuando se presenta una duda en relación con quien ha consentido en el acuerdo arbitral, los árbitros enfrentan una problemática compleja⁷¹. La parte que alega que el pacto existe puede requerir de la aplicación de la ley designada para gobernar el contrato en sí mismo, no obstante que dicha ley no ha sido establecida para regular relaciones con extraños. En esta materia, particularmente, los árbitros deben decidir si de los hechos y el derecho aplicable a la disputa se permite la vinculación al procedimiento arbitral de una entidad que no ha firmado el correspondiente contrato.

En este sentido, cuando las cortes se ven enfrentadas a este tipo de asuntos su papel es mucho más simple que el de los árbitros. Los jueces pueden atender a los principios del conflicto de leyes o a la ley contractual sustantiva del sistema legal del cual derivan su jurisdicción. Por el contrario la competencia de los árbitros internacionales no surge de ninguna jurisdicción de carácter nacional. El sometimiento al arbitraje implica la renuncia a que el conflicto sea conocido por las cortes nacionales siendo el pacto arbitral el fundamento de la autoridad y misión de los árbitros.

Según PARK⁷², una forma de resolver el dilema de los árbitros en esta materia es mediante la utilización de la noción de “contrato” ajeno de cualquier ordenamiento jurídico nacional en particular. El conjunto de normas que serían aplicables a partir de esta noción son denominadas “normas transnacionales” y básicamente se componen de laudos arbitrales publicados y complementados por los comentarios que de ellos realice la doctrina. Así establecidas, las “normas transnacionales” proveen coherencia intelectual y práctica a los árbitros que requieren alguna guía al momento de definir cuestiones relativas

⁷⁰ Cfr. WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 9 – 25.

⁷¹ En palabras de PARK, “When doubt has been raised about who agreed to arbitrate, arbitrators can face a ‘chicken and egg’ conundrum”. *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

a la vinculación de no-signatarios. Así mismo, sugiere PARK que estos estándares constituyen parte del cuerpo de principios denominados *lex mercatoria*.

Aunque las “normas transnacionales” no son vinculantes en el estricto sentido de los “precedentes” que son aplicados en los ordenamientos jurídicos nacionales, PARK sostiene que éstas frecuentemente prestan una función análoga en la medida en que representan una decisión de autoridad en un caso que posiblemente justifica la decisión que se asuma en otro.

A partir de dichas definiciones, PARK organiza, metodológicamente el análisis de las diferentes hipótesis y teorías que tratan la extensión del pacto arbitral a los no signatarios, de la siguiente forma: (1) al interior de las “normas transnacionales” ubica las hipótesis de consentimiento implícito, al interior de las cuales trata la teoría americana de *estoppel* y la teoría de las cadenas de contratos en el derecho continental, especialmente en Francia. (2) A partir del análisis de la *lex societatis* ubica la teoría del levantamiento del velo corporativo. (3) Por último, de forma separada, analiza la doctrina del grupo de compañías. Esta metodología será la utilizada en este capítulo para efectos de ilustrar sobre las principales hipótesis de extensión del pacto arbitral a terceros en materia de arbitraje internacional.

3.2.1 Consentimiento Implícito. Esta figura opera en materia jurídica, en aquellos eventos en los cuales se puede predicar la existencia del contrato o convención aunque las formalidades tradicionales de dicho consentimiento pueden no aparecer de relieve o incluso no ser claras. Según PARK⁷³, la operación del consentimiento implícito puede ser ilustrada a través de dos figuras jurídicas: la doctrina americana de *estoppel* y los principios franceses de las cadenas de contratos. En ambos casos, las expectativas razonables de las partes implican que el arbitraje sea impuesto por virtud de hechos que son asimilados al consentimiento para evitar injusticias.

⁷³ *Ibidem*.

3.2.1.1 Estoppel. El principio de *estoppel*, consistente en la prohibición de actuar en contra de los propios actos, impide que una parte desconozca su previo proceder en el marco de un proceso judicial o arbitral⁷⁴. En relación con este principio, la Corte Suprema de California ha señalado que la doctrina de *equitable estoppel* se fundamenta en conceptos de justicia y equidad. El principio establece que una persona no puede negar la existencia de ciertas afirmaciones de hechos si éste intencionalmente indujo a la otra parte a creer en dicha circunstancia para su detrimento.⁷⁵

Es importante indicar que en esta materia nos estamos refiriendo a un tipo especial de *equitable estoppel* que podríamos denominar *arbitral estoppel*. Esta es diferente de las demás teorías de *estoppel* que se presentan en el derecho norteamericano, tales como *promisory estoppel* (sustituto de la *consideration*, consistente en promesas que inducen a determinadas acciones que deben ejecutarse como obligatorias para evitar injusticias), *equitable estoppel* (prohibición de alegar derechos en contra de quien de manera justificada confió en una conducta de la otra parte), y *colateral estoppel* (eventos de *issue preclusion* en relación con los cuales un asunto decidido en un proceso no puede ser ventilado de nuevo en otro proceso donde estén involucradas las mismas partes)⁷⁶.

La aplicación de este principio se verifica en el caso *Fluor Daniel Intercontinental, Inc. v. General Electric Co*⁷⁷, en el cual dos grupos de compañías suscribieron contratos para trabajar conjuntamente en la construcción de una planta de energía en Arabia Saudita. Algunas empresas de cada uno de los grupos suscribieron los contratos que contenían los

⁷⁴ SANTIAGO TALERO RUEDA, *Op. Cit.*, 123.

⁷⁵ *Strong v. County of Santa Cruz*, 15 Cal. 3d 720, 725, 543 P 2d 264 (1975), citado por IAN AYRES y RICHARD E. SPEIDEL, *Studies in Contract Law*, Thomson West, pág. 128. La cita textual de la decisión de la Corte Suprema de California es la siguiente: “*The doctrine of equitable estoppel is founded on concepts of equity and fair dealing. It provides that a person may not deny the existence of a state of facts if he intentionally led another to believe a particular circumstance to be true and to rely upon such belief to his detriment. The elements of the doctrine are that (1) the party to be stopped must be apprised of the facts; (2) he must intend that his conduct shall be acted upon, or must so act that the party asserting the estoppels has a right to believe it was so intended; (3) the other party must be ignorant of the true state of facts; and (4) he must rely upon the conduct to his injury.*”

⁷⁶ Cfr. WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 14.

⁷⁷ *Fluor Daniel Intercontinental, Inc. v. General Electric Co.*, Inc No. 98-Civ. 7181 (WHP), 1999 WL 637236 (S.D.N.Y. 1999), citado y explicado por WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 14.

correspondientes pactos arbitrales, mientras que otros no lo hicieron. Bajo el argumento de que habían sido inducidos a error en cuanto a la obra a desarrollarse, se formuló demanda en la Corte en contra de compañías afiliadas a aquellas que habían suscrito los contratos las cuales eran no-signatarias del pacto arbitral.

La Corte del Distrito Sur de Nueva York, ordenó ir al arbitraje, señalando que los demandantes no podían argumentar para su beneficio la existencia del contrato y luego rechazarlo en lo que tenía que ver con el pacto arbitral cuando éstos consideraban que éste último podía generar efectos negativos. En consecuencia, al signatario de un pacto arbitral, le estará prohibido rechazar el arbitraje con un no-signatario cuando la esencia de la disputa es relativa o se deriva del contrato que contiene la cláusula compromisoria⁷⁸.

3.2.1.2 Cadenas Contractuales. Según LARROUMET⁷⁹, La Corte de Casación francesa en reiterados pronunciamientos ha definido, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, que la acción del subcomprador contra el fabricante o contra el vendedor originario es una acción de naturaleza necesariamente contractual⁸⁰. Así mismo, en lo que se refiere a la responsabilidad del fabricante o del proveedor de materiales con respecto al dueño de la obra, la jurisprudencia francesa terminó por admitir la misma solución en cuanto al subcomprador, esto es, que la acción de responsabilidad es necesariamente de naturaleza contractual.

Para LARROUMET⁸¹, el interés de atribuir al dueño de la obra y al subcomprador una acción de naturaleza contractual consiste en someter a un mismo régimen jurídico la sanción de incumplimiento de su obligación por el proveedor de material o por el fabricante tanto en relación con su acreedor contractual inmediato, esto es, el empresario o el comprador intermediario, como con respecto al dueño de la obra o al subcomprador. La

⁷⁸ Cfr. WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 14.

⁷⁹ Cfr. CHRISTIAN LARROUMET, *Op. Cit.*, 204 - 210.

⁸⁰ Esta distinción es relevante en ordenamientos jurídicos que como el francés y el colombiano cuentan con un cuerpo normativo y unos principios propios que distinguen la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

⁸¹ Cfr. CHRISTIAN LARROUMET, *Op. Cit.*, 206 - 206.

razón que subyace en dicho interés consiste en que éste último no es un “*penitus estraneus*”, sino un causahabiente del primer adquirente o del constructor.

Así mismo, señala el autor que en realidad, la obligación de garantía o de conformidad debida por el fabricante o por el proveedor de material por lo general no presenta interés sino para aquel que está investido de un derecho sobre la cosa en el momento en que su inejecución llega a manifestarse por la ocurrencia de un daño sufrido por el subcomprador o por el dueño de la obra. Al fin y al cabo, la acción de ejecución de la obligación contractual, garantizada por el fabricante, es transmitida por el primer comprador a aquel al cual enajena la cosa y así sucesivamente hasta el último comprador⁸².

A partir de la anterior explicación se desprende la noción de grupo, conjunto o cadenas contractuales. En el derecho francés la idea que se ha tenido a partir de dicha noción es la de ampliar el campo de la responsabilidad contractual a otras personas que no aparecen en verdad como terceros y que deben más bien ser equiparadas a las partes del contrato. Siguiendo a LARROUMET, se indica que en virtud del vínculo que existe entre dos o varios contratos, como la víctima del daño es parte en uno de estos contratos, pero no en aquel que originó la obligación a cargo del deudor que no cumplió o que cumplió mal, se debe poder admitir que el deudor no puede estar obligado para con la víctima de una manera diferente de aquella con la cual está obligado para con su contratante inmediato. En este sentido, se afirma que el vínculo económico entre los dos contratos, desde el punto de vista de la responsabilidad, se debe duplicar con un vínculo de orden jurídico entre las dos partes de cada contrato que no han contratado entre sí⁸³.

En adición a los planteamientos efectuados, LARROUMET⁸⁴ argumenta que en materia de grupos contractuales se deberá recurrir a una nueva interpretación del artículo

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

1165 del Código Civil francés⁸⁵ ya que en realidad, en un grupo o conjunto de contratos, lo cual supone que por lo menos dos contratos están vinculados para realizar una operación económica global, cada una de las partes contratantes comprendida en el conjunto no es un tercero en relación con otro contrato del mismo conjunto.

Estos principios de aplicación general en la teoría de los contratos, son perfectamente aplicables en materia de arbitraje internacional, por lo menos en lo que tiene que ver con hipótesis de extensión del acuerdo arbitral a no signatarios.

Esta doctrina fue utilizada en la materia, en el caso de *Société Alcatel Business Systems (ABS)*, *Société Alcatel Micro Electronics (AME)* y *Société AGF v. Amkor Technology et al*⁸⁶, allí la Corte de Casación francesa se pronunció sobre un litigio que surgió por una serie de transferencias realizadas por virtud de un contrato, que entre otras disposiciones, establecía un arbitraje en Filadelfia. De forma específica, una compañía belga (subsidiaria de otra francesa) adquirió unos componentes electrónicos para producir terminales telefónicas de una compañía norteamericana, que a su vez los había adquirido por contrato con un distribuidor coreano. Dicho distribuidor aparentemente, requería de la aprobación de la compañía belga, el cual fue provisto por una subsidiaria francesa de la compañía americana que fue introducida en la transacción por conveniencia de la compañía belga.

Los componentes electrónicos resultaron defectuosos y el comprador demandó por daños y perjuicios ante el Tribunal de Comercio francés. La demanda se interpuso en contra del vendedor (la compañía norteamericana) y su subsidiaria en Francia, así como en contra del distribuidor coreano. Los demandados se opusieron señalando la existencia del pacto arbitral y la imposibilidad de dirimir el conflicto ante los jueces ordinarios. Tanto la Corte

⁸⁵ En relación con el alcance, contenido y estructura de la norma, es preciso remitirse a los planteamientos realizados en el primer capítulo de este documento.

⁸⁶ *Société Alcatel Business Systems (ABS)*, *Société Alcatel Micro Electronics (AME)* et *Société AGF v. Amkor Technology et al*, Nar 27, 2007, JCP [2007], citado y explicado por citado y explicado por WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 15.

de Apelaciones como la Corte de Casación estuvieron de acuerdo en que existía un consentimiento para dirimir las controversias mediante arbitramento, el cual había sido expresado en el contrato inicial y que éste había sido seguido por una cadena de transacciones. Adicionalmente, la compañía belga, al aceptar las subsidiarias en el proyecto (aparentemente para facilitar la aprobación de los componentes electrónicos) terminó por estipular para ellas el efecto del pacto arbitral suscrito con su matriz. El consentimiento en cuanto al pacto arbitral surgió de la aceptación al interior de la transacción, al momento en que la compañía coreana recibió la aprobación⁸⁷.

3.2.2 La *Lex Societatis*.

3.2.2.1 Levantamiento del Velo Corporativo. Esta doctrina, que ha tenido un importante desarrollo en el marco del derecho norteamericano, responde a la siguiente pregunta: ¿bajo cuáles circunstancias un acreedor (contractual o extracontractual) puede atravesar las limitaciones de responsabilidad de una sociedad e incluso su personería jurídica y perseguir por dicha acreencia a los socios o accionistas de la correspondiente sociedad?

A partir del derecho de agencia norteamericano, la doctrina del levantamiento del velo corporativo cuenta con dos vertientes. Por una parte, el denominado *vertical piercing*, que permite perseguir los bienes de los socios o accionistas de la sociedad y por la otra, el denominado *horizontal piercing* que permite perseguir los bienes de compañías del mismo grupo.

El test utilizado en el derecho norteamericano para dar aplicación al levantamiento del velo corporativo, bien sea en su vertiente horizontal o vertical es el siguiente: (i) debe existir unidad de interés y propiedad, y (ii) en la medida en que se rechace el levantamiento del velo corporativo se estaría permitiendo el fraude o promoviendo una injusticia.

⁸⁷ Cfr. WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 15.

Uno de los casos que con mayor frecuencia se mencionan en la materia fue el de *Walkovsky v. Carlton*⁸⁸, fallado en 1966 por la Corte de Apelaciones de Nueva York. En esta ocasión una persona fue lesionada por un taxi perteneciente a una de las compañías del demandado (Carlton). Éste último era el propietario de 10 diferentes compañías, cada una de las cuales operaba dos taxis, y cada una de las cuales tenía contratados seguros de responsabilidad civil con coberturas de apenas el mínimo requerido por la ley de Nueva York. El demandante trató de obtener el levantamiento del velo corporativo alegando que ninguna de las compañías del demandado existía de forma separada la una de la otra. La Corte de Apelaciones determinó en este caso que la eventual imposición de responsabilidad personal no se fundamentaba en el derecho de agencia sino en un eventual fraude. No obstante, dicha corporación estableció que no podía hablarse de fraude si el operador de un taxi tomaba solamente las coberturas mínimas exigidas por ley.

Pese a la posición mayoritaria de la Corte, el Juez Keating disintió señalando que bajo las circunstancias de este caso el accionista de la empresa debió haber sido declarado individualmente responsable y condenado al pago de los perjuicios causados. Según su planteamiento, el propietario de una compañía que participa de un servicio que es de interés público, organizada con capital insuficiente para cubrir accidentes que en el curso normal de la actividad de la empresa deben ocurrir, puede ser responsable personalmente cuando se incurra en eventos que causen dicho tipo de responsabilidad.

Aplicada la doctrina a los eventos particulares del arbitraje, es importante señalar que el levantamiento del velo corporativo puede ser invocado para justificar la jurisdicción sobre el grupo vinculado a una sociedad⁸⁹ o también para justificar la responsabilidad de

⁸⁸ *Walkovsky v. Carlton* 18 N.Y. 2d 414, 276 N.Y.S.2d 585,223 N.E.2d 6(1966), citado y explicado por WILLIAM A. KLEIN, J. MARK RAMSEYER y STEPHEN M. BAINBRIDGE, *Business Associations, Cases and Materials on Agency, Partnerships, and Corporations*, Seventh Edition, Foundation Press, págs. 189 - 194.

⁸⁹ Según PARK, incluso en relación con filiales de compañías extranjeras, los principios de la ley americana en la materia pueden ser aplicados para tomas decisiones de carácter jurisdiccional. En el caso *Taca International Airlines v. Rolls Royce of England*, 15 N.Y.2d 97, 102 (1965), una Corte de Nueva York se abrogó jurisdicción sobre una compañía Inglesa bajo el supuesto de la existencia de una filial incorporada en Delaware la cual era un simple departamento de una de sus subordinadas. *Cfr.* WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 17.

una compañía por las deudas de carácter sustantivo de otra. Lo anterior no quiere decir que en aquellos eventos en los cuales, bajo estos supuestos el tribunal extiende el pacto arbitral a no-signatarios, se tenga que declarar responsable al socio o accionista por las obligaciones contraídas por la correspondiente compañía o por la correspondiente filial en el evento de vinculación de matrices y subordinadas⁹⁰.

De esta forma, se entiende entonces que la vinculación de una empresa a un pacto arbitral que ha sido suscrito por otra empresa del grupo debe obedecer a la existencia de una estrecha unidad de titularidad e intereses entre las empresas, y a la utilización de la separación jurídica formal entre las empresas de manera abusiva o fraudulenta en el caso concreto. De este modo, el hecho de no desestimar la división de la personalidad jurídica entre dichas empresas resultaría en una injusticia en el caso concreto. En todo caso, la procedencia de esta situación depende de la demostración fehaciente de los supuestos de la teoría⁹¹.

3.2.3 La Doctrina del Grupo de Compañías. Según la doctrina⁹², la teoría del grupo de compañías establece que los efectos de un acuerdo arbitral expresamente aceptado por ciertas compañías de un grupo corporativo se pueden extender a otras compañías integrantes de ese grupo en razón de su rol en la negociación, ejecución o terminación del contrato base y de conformidad con la intención común de las partes en el proceso⁹³. Lo anterior apartándose de la independencia formal otorgada por la personería jurídica de las diferentes personas jurídicas que conforman el grupo empresarial. Así mismo, se ha llegado a entender que el pacto arbitral cuenta con una validez y eficacia propias que le permiten extender su aplicación a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato, de forma tal que es legítimo presumir que la cláusula arbitral ha sido aceptada por éstas y

⁹⁰ Cfr. WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 17.

⁹¹ SANTIAGO TALERO RUEDA, *Op. Cit.*, 123.

⁹² LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 8.

⁹³ Cfr. Laudo del caso CCI 5103, J.D.I. (Clunet) 1998, laudo del caso CCI 5721, J.D.I. (Clunet) 1990, laudo del caso CCI 7155, 123, J.D.I. (Clunet) 1996, citados por LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 8.

que a su vez conocen su existencia y aplicabilidad, así no hayan sido firmantes del contrato⁹⁴.

Según LAURA SINISTERRA⁹⁵, los más relevantes principios a partir de los cuales se ha desarrollado la doctrina del grupo de compañías, son los siguientes:

- (i) La manifestación de la voluntad para someterse a la justicia arbitral adquiere una nueva dimensión cuando se trata de una o varias compañías que pertenecen a un mismo grupo corporativo. Por el vínculo corporativo es posible concluir que la intención real de las partes, incluyendo las no signatarias, era que todas estuvieran sometidas a la justicia arbitral.
- (ii) La voluntad de una compañía de someter sus disputas al arbitraje puede surgir de las acciones de la misma, en concreto de su papel en la negociación, ejecución o terminación del contrato que contiene la cláusula arbitral.
- (iii) Esta doctrina se ha aplicado principalmente, en casos en los que se ha buscado probar que la intención real del no-signatario en la etapa de negociación y perfeccionamiento del contrato era someterse a la justicia arbitral.
- (iv) Es necesario demostrar la voluntad real de las partes en cuanto al sometimiento a la jurisdicción arbitral, no es razón suficiente para el efecto el hecho de que la compañía signataria pertenezca a determinado grupo societario.

⁹⁴ Cfr. Francia, Corte de Apelaciones de París, *Korsnas Marma v. Durand-Auzias*, 1988, citado por LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 8.

⁹⁵ *Ibídem* págs. 8 - 9.

- (v) La doctrina del grupo de compañías puede ser invocada indistintamente cuando el no signatario ocupa el lugar de demandante o de demandado.
- (vi) A diferencia de otras teorías utilizadas por la jurisprudencia y la doctrina para extender los efectos de un acuerdo arbitral a un no signatario, tal como la teoría del levantamiento del velo corporativo, en el caso de la teoría del grupo de compañías la personalidad jurídica de las compañías involucradas en ningún momento se ve afectada.
- (vii) La doctrina del grupo de compañías únicamente tiene cabida en casos en que cada una de las compañías del grupo tiene personalidad jurídica propia.

En cuanto a los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, el más representativo fue el caso CCI *Dow Chemicals v. Isover Saint Gobain*, allí, una compañía matriz (*Dow USA*) y su filial francesa (*Dow Francia*) buscaron beneficiarse de una cláusula arbitral establecida en unos contratos que a su vez sus filiales (*Dow AG* y *Dow Europa*) habían suscrito con unas compañías que los habían cedido a *Isover St. Gobain*. Teniendo en cuenta que la parte que se opuso al arbitraje (*Isover St. Gobain*) había manifestado su consentimiento para efectos de someterse a la jurisdicción arbitral mediante cláusulas suscritas con *Dow AG* y *Dow Europa*, el asunto crítico se circunscribió al hecho de si era posible extender los efectos de dicho acuerdo a las compañías que deseaban participar en el procedimiento arbitral⁹⁶.

Al resolver, rechazando la oposición formulada por *Isover St Gobain*, el Tribunal señaló que “la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe vincular a las otras que, en virtud del rol que les ocupó en la celebración, ejecución o terminación de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de

⁹⁶ Cfr. *Dow Chemicals v. Isover Saint Gobain* caso CCI 4131, laudo interino, septiembre 23 de 1982, JDI p. 899 (1983) citado y comentado por WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 20.

acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en los conflictos que de ellos surgieron.”⁹⁷

A partir del caso *Dow Chemical* se ha asumido que el no-signatario que se pretenda beneficiar o al que se pretenda vincular extendiéndose los efectos del pacto arbitral debe haber participado en las diferentes etapas de la transacción, es decir, la negociación y definición del contrato así como en la ejecución y terminación del mismo. La mera participación en la ejecución del contrato no parece ser significativa si se toma de forma aislada sin tener en cuenta otros elementos tales como la participación en la negociación. La doctrina hace hincapié en el hecho de que el no-signatario debe haber jugado un rol en la creación del contrato (negociación y definición) así como en la ejecución del mismo⁹⁸.

A partir de los planteamientos realizados, los diferentes arbitrajes de carácter institucional o *ad hoc* han utilizado estos principios a efectos de determinar la posible aplicación de la teoría en eventos en que se plantea la necesidad de extender los efectos del pacto arbitral a no-signatarios. Es importante señalar, tal como ya se indicó en este documento que en los diferentes ordenamientos nacionales, no se ha aceptado abiertamente esta teoría, así en Inglaterra⁹⁹ se ha negado tajantemente su aplicación y en Suiza¹⁰⁰ pese a la adopción de una posición conservadora en un principio, en la actualidad se han presentado casos que parecen soportar una nueva tendencia en la materia.

⁹⁷ Cfr. *Dow Chemicals* en ROQUE J. CAIVANO (2006) Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, en Revista Lima Arbitration y GAILLARD, EMMANUEL, FOUCHARD, PHILIPHE; GOLDMAN, BERTHOLD (1999). Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration; Kluwer Law International; a su vez citados por LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 11.

⁹⁸ Cfr. WILLIAM W. PARK, *Op. Cit.*, 21.

⁹⁹ Cfr. *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming ltd.* [2004] EWHC 121 (COMM) citado y explicado por RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 11.

¹⁰⁰ Cfr. *Y.S.A.L. v. Z Sarl ATF 129 III 727-4p.115/2003 (X.S.A.L)* citado y explicado por RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 12 y decisión de la Corte Suprema de Suiza, diciembre 5 de 2008, 4A_376/2008, citada por LUCA BEFFA, *Op. Cit.*

Por el contrario, las cortes francesas se han caracterizado por tener una posición abiertamente favorable a la extensión del pacto arbitral a no-signatarios bajo la teoría del grupo de compañías. A manera de ejemplo, y haciendo relación nuevamente al caso *Dow Chemicals v. Isover St. Gobain* la Corte de Apelaciones de París, al conocer del recurso de anulación interpuesto por éste último, estimó que no existían suficientes motivos para anular el laudo puesto que los árbitros, dentro de los límites de sus atribuciones, habían definido de forma razonada y motivada que (i) la sociedad matriz y la subsidiaria *Dow Francia* habían sido parte en los contratos a pesar de no haberlos firmado y (ii) la teoría del grupo de compañías, a la que los árbitros recurrieron para fundamentar su decisión, es reconocida dentro de los usos mercantiles internacionales¹⁰¹.

3.2.4 La Doctrina del Grupo de Compañías y Vinculación de Estados No Signatarios. Cuando una compañía de propiedad de un Estado suscribe un pacto arbitral el cuestionamiento que surge inmediatamente se refiere a la posibilidad de que dicho pacto arbitral en el evento de ser necesario pueda extenderse al correspondiente Estado. Así mismo, usualmente se pregunta si a la compañía de propiedad estatal le podrán ser extendidos los efectos del pacto arbitral suscrito por el Estado correspondiente.

Tal como lo plantea la doctrina¹⁰², la ausencia de precedentes concretos en la materia, implica que difícilmente se pueda afirmar que la teoría del grupo de compañías o cualquiera otra teoría al amparo de la cual se pueda extender el pacto arbitral a no-signatarios tengan plena aplicación en eventos en los cuales el no-signatario es un Estado o una compañía de propiedad estatal. No obstante lo anterior, se han presentado algunos antecedentes en los cuales por lo menos tangencialmente se ha analizado esta cuestión. Veamos:

¹⁰¹ *Cfr.* Francia. Corte de Apelaciones de París, 1983, *Revue de l'Arbitrage*, 1984, p. 98, en ROQUE J. CAIVANO, *Op. Cit.*, a su vez citado por LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 11.

¹⁰² LAURA SINISTERRA PÁEZ, *Op. Cit.*, 21.

En el caso *S.P.P. (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (caso No. 3493 – 1983) conocido como el de las Pirámides¹⁰³ y que fue decidido bajo las reglas de la CCI en París, se suscribió un contrato entre una compañía de Hong Kong (SPP) y otra compañía de propiedad del Estado egipcio (EGOTH). El contrato que contenía una cláusula arbitral regida por las reglas de la CCI fue suscrito, entre otros por el Ministro de Turismo de Egipto. Su firma aparecía debajo de las expresiones “*approved, agreed and ratified*”. Una vez surgida la controversia al arbitraje se convocó tanto a la compañía egipcia como al Estado egipcio como tal. Este último se opuso a su vinculación y el tribunal sostuvo que la suscripción del contrato era una clara manifestación de la intención del gobierno egipcio de verse vinculado a los efectos del pacto arbitral. Una vez interpuesta la anulación, tanto la Corte de Apelaciones de París como posteriormente la Corte de Casación francesa sostuvieron que las expresiones que aparecían bajo la firma del Ministro no implicaban la intención de dicho gobierno de obligarse a la luz del pacto arbitral, en la medida en que bajo la ley egipcia, el Ministro por virtud de su cargo, debía aprobar los contratos suscritos por las compañías de propiedad estatal.

Esta decisión fue seguida por el caso CCI No. 8035 (1995) en el cual el tribunal reiteró la posición en cuanto a que la presencia de una firma de un funcionario del Estado en un contrato haciéndolo de parte de una compañía de propiedad estatal no implica que automáticamente se esté consintiendo en cuanto a la vinculación de un Estado a los efectos de un pacto arbitral. En ambos casos, el conjunto de expresiones utilizadas antes de la firma del funcionario han sido interpretadas como la mera aprobación de los términos del contrato por parte de unas directivas de la correspondiente empresa que ejercen funciones de supervisión¹⁰⁴.

A partir de los planteamientos efectuados, se concluye que en la materia lo importante no es la participación estatal en la entidad sino su intención de que el Estado como tal sea vinculado por los efectos del pacto arbitral.

¹⁰³ *S.P.P. (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (caso CCI No. 3493 de 1983) citado y explicado por RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 12.

¹⁰⁴ *Cfr.* RICHARD BAMFORTH, *Op. Cit.*, 12.

4. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, vale la pena destacar los puntos esenciales referidos a la problemática actual que se deriva de la extensión del pacto arbitral a los no-signatarios del mismo, en el arbitraje comercial internacional:

1) A partir del reconocimiento de la naturaleza contractual del pacto arbitral y sin necesidad de utilizar terminologías confusas, la teoría general del derecho de los contratos mediante la aplicación de los principios del efecto relativo de los contratos y la oponibilidad de los contratos a terceros, permitiría realizar una explicación más exacta del fenómeno de la extensión del pacto arbitral a los no-signatarios en el arbitraje comercial internacional.

2) La ausencia de la expresión del consentimiento (por lo menos desde el punto de vista formal) frente al pacto arbitral genera una problemática concreta al momento de decidir sobre la extensión del pacto arbitral a los no-signatarios en el arbitraje comercial internacional. Esta problemática se ve reflejada, con mayor énfasis en lo que tiene que ver con los siguientes aspectos: (i) ausencia de normativa que regule la materia, (ii) normativa aplicable, (iii) determinación de la competencia, (iv) limitaciones al principio de *kompetenz-kompetenz*, y (v) reconocimiento y ejecución de laudos que incluyen no-firmantes.

3) La extensión del pacto arbitral a los no-signatarios en el arbitraje comercial internacional es un asunto de derecho sustantivo. Así las cosas, en la práctica, los árbitros aplican las disposiciones de la ley de la sede para efectos de la vinculación de los no-signatarios. Sin embargo, un sector de la doctrina, sostiene que la solución a esta problemática debe partir de la noción del pacto arbitral, como contrato ajeno a cualquier sistema jurídico nacional, al cual se le aplicarían las denominadas normas transnacionales-

laudos publicados y comentados por la doctrina-las cuales hacen parte del cuerpo de principios denominado *lex mercatoria*.

4) Las teorías que usualmente se utilizan para justificar la extensión del pacto arbitral a los no signatarios son las de *estoppel*, levantamiento del velo corporativo, cadenas contractuales y grupos de compañías. Estas teorías no son universalmente aceptadas en todos los ordenamientos y sus fundamentos son disímiles, en algunos casos éstos surgen de la existencia de un consentimiento implícito, en otros a partir de criterios de justicia y en otros, a partir de la verificación de la verdadera intención de las partes según su participación en la negociación, ejecución y terminación de un contrato.