

Volumen 22 *Biblioteca de Arbitraje del*

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Arbitraje comercial  
internacional en Europa  
(aspectos actuales y regímenes jurídicos)**

**Directores:**

Jorge Luis Collantes González

*Abogado. Profesor de Derecho Internacional Privado de la  
Universidad Internacional de Cataluña, Barcelona*

Anne-Carole Cremades

*Abogada, Schellenberg Wittmer, Ginebra*

**Coordinador:**

Marco de Benito Llopis-Llombart

*Profesor de IE Law School, Madrid*

Presentación de Yves Derains

Prólogo de Bernardo M.<sup>a</sup> Cremades



**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

## ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EUROPA (aspectos actuales y regímenes jurídicos)

Primera edición, febrero 2013

Tiraje: 1,000 ejemplares

© MARIO CASTILLO FREYRE, editor, 2012  
Av. Arequipa 2327, Lince  
Telfs. (511) 200-9090 / 422-6152 / 441-4166  
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© PALESTRA EDITORES S.A.C., 2012  
Jr. Ica 435 Of. 201 - Lima 1 - Perú  
Telefax: (511) 7197-628 / 7197-629  
palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco  
Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.  
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.  
Henry Revett n.º 220 Lima - Lima - Santiago de Surco

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2013-02698

ISBN: 978-612-4047-89-3

Impreso en el Perú - Printed in Peru

## EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL A TERCEROS NO FIRMANTES

*Jean Marguerat*

Sumario: I. Introducción.— II. Cláusula y convenio arbitral.— III. Transmisión y extensión de la cláusula a terceros no firmantes.— IV. Casos de transmisión y extensión a terceros no firmantes.— 4.1. En general.— 4.2. La transmisión casi automática mediante mecanismos contractuales o societarios.— 4.2.1. Mecanismo de representación o agencia.— 4.2.2. Mecanismo contractual, societario u otro de transmisión posterior a la conclusión.— 4.3. La extensión mediante buena fe y el abuso de Derecho.— 4.3.1. Levantamiento del velo social.— 4.3.2. *Estoppel, Venire contra factum proprium*.— 4.4. La extensión basada en el análisis del consentimiento.— 4.4.1. La incorporación por referencia. 4.4.2. El consentimiento implícito.— V. Existencia de una lógica evolutiva común.— VI. Evaluación de la situación actual.— VII. Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre el tema de la extensión<sup>1</sup> de la cláusula arbitral a terceros no firmantes, desde una perspectiva nacional, internacional o comparativa. La idea de este artículo es presentar la situación de este tema en constante evolución desde un punto de vista «europeo», es decir, tratando de determinar los rasgos comunes que existen en Europa, pero sin ocultar las importantes diferencias yacentes entre un sistema jurídico y otro, y tratando de encontrar, más allá de la mera descripción de los conceptos, una lógica evolutiva común y también evaluando finalmente sus consecuencias.

Para hacerlo, analizaremos primero los conceptos de cláusula arbitral y convenio arbitral, así como la evolución de su interacción (2).

---

<sup>1</sup> Este término se utiliza aquí en su aceptación más amplia, cubriendo las varias situaciones (transmisión y extensión *stricto sensu*) en las cuales una cláusula arbitral vincula a una persona que no la ha firmado.

En segundo lugar, haremos una distinción entre los casos en los cuales la cláusula arbitral se transmite de manera casi automática mediante mecanismos contractuales o societarios, los casos en los cuales se extiende mediante los principios generales de buena fe y de interdicción del abuso de derecho, y aquéllos en los cuales se extiende también, pero en base al análisis del consentimiento de las partes, ya sea éste explícito o implícito (3).

Seguidamente y tras la parte teórica, analizaremos los distintos casos en los que la cláusula arbitral se transmite o se extiende en la práctica a terceros no firmantes, ilustrándolos mediante normativa nacional o internacional y jurisprudencia arbitral o estatal pertinente (4).

Una vez hecha esta descripción teórica y práctica de los casos de transmisión o extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes, y tratando de encontrar una lógica evolutiva común, veremos que existe una tendencia general a suprimir las exigencias de forma para concentrarse en la existencia material del consentimiento (5).

Evaluando la situación actual, veremos que esta evolución es susceptible de generar una falta de previsibilidad para los operadores de los contratos internacionales, o sea los usuarios del arbitraje internacional (6).

Concluiremos que hay que encontrar vías para garantizar dicha previsibilidad en el marco de la evolución del arbitraje internacional, si éste pretende conservar el rango de modo usual de resolución de los litigios comerciales internacionales, que ha adquirido en las últimas décadas del siglo XX (7).

## II. CLÁUSULA Y CONVENIO ARBITRAL

La diferencia entre estos dos conceptos la resume así J.M. Vulliemin: «La cláusula arbitral es el texto por el cual se excluye la competencia judicial y se remite a la jurisdicción arbitral, el convenio arbitral, el acuerdo de las partes de hacer efectivo ese texto definido como “cláusula arbitral”».<sup>2</sup>

Al principio, sólo aquél que había firmado<sup>3</sup> una cláusula arbitral podía ser vinculado por un convenio arbitral. La firma era la única manera de expresar el consen-

<sup>2</sup> VULLIEMIN, J.M. «La extensión de la cláusula arbitral a terceros: ¿cláusula arbitral *versus* convenio arbitral?». En *Spain Arbitration Review*, n.º 5/2009, pp. 53-69, en p. 53.

<sup>3</sup> En Suiza, ver art. 6.2 del Concordato Intercantonal de Arbitraje 1969; LALIVE P./J.F. POUDRET/C. REYMOND. *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot Lausanne (Ed.), 1989, en pp. 56-59.

timiento a un convenio arbitral, y dicho requisito de forma garantizaba la existencia y perfección del consentimiento.

Debido a la evolución del arbitraje como modo de resolución normal de los litigios comerciales internacionales, se han adoptado en las últimas décadas del siglo XX, en muchos países y a nivel internacional, normas menos formales que toman en cuenta esta evolución.

Ahora y de manera general en Europa,<sup>4</sup> como exigencia formal ya no se requiere la firma de las partes, sino la mera existencia de un documento o de un intercambio de documentos —no necesariamente firmados— del que resulte la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.<sup>5</sup> Y cada vez más, esta exigencia ya no es requisito de validez, sino meramente de prueba.<sup>6</sup> La firma ha pasado de ser la única manera de expresar el consentimiento, a un modo más de expresarlo.<sup>7</sup>

El derecho suizo ilustra esta evolución: el Concordato Intercantonal de Arbitraje de 1969, un instrumento moderno para aquella época, requería la firma de la cláusula arbitral, lo que impedía, en principio, extender una cláusula arbitral a un tercero que no la hubiese firmado. La Ley de Derecho Internacional Privado («LDIP») adoptada en 1987, con su capítulo XII sobre arbitraje internacional, ha suprimido esta exigencia de forma (la cual se mantiene en el arbitraje interno) y, simplemente, exige que la cláusula arbitral resulte de una manifestación escrita de las partes, que no necesita ser firmada,<sup>8</sup> de la que se derive la voluntad de aquéllas a someterse a arbitraje. Ahora, con la adopción del nuevo Código de Procedimiento

---

<sup>4</sup> Con excepción de ciertos países como Alemania, en virtud del art. 1061 del Código Civil alemán («ZPO»); ver HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration, Do we share a common vision?». *Arbitration International (Arb. Intl.)*, 2011, pp. 539-554, en pp. 548-549 (en adelante, «B. HANOTIAU, “Consent to Arbitration”»).

<sup>5</sup> Ver, por ejemplo: art. II.2 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York); Suiza: art. 178.1 de la Ley de Derecho Internacional Privado («LDIP»).

<sup>6</sup> Por ejemplo, y en particular, España: art. 9.3 de la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje («LA»); ver MANTILLA-SERRANO, F. *Ley de Arbitraje, Una perspectiva internacional*. Iustel 2005, pp. 80-81; Holanda: art. 1021 del Código holandés de 1986 («WBR»); ver PLOUDRET J.F./S. BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Thomson, Sweet & Maxwell, 2.<sup>a</sup> Ed., 2007, en p. 148.

<sup>7</sup> DERAIS, Y. «Is There a Group of Companies Doctrine?». En *Multiparty Arbitration*. HANOTIAU, B. y E.A. SCHWARTZ (Ed.). Dossiers ICC Institute of World Business Law, 2010, pp. 131-145, en p. 138.

<sup>8</sup> Art. 178.1 LDIP: «En lo que respecta la forma, el convenio arbitral es válido si se establece por escrito, telegrama, télex, telecopiadora o por cualquier otro modo de comunicación que permita establecer su prueba mediante un texto» (traducción libre).

Civil («CPC»), aplicable al arbitraje interno, que ha entrado en vigor a principios del 2011, la exigencia de firma ha desaparecido también del arbitraje interno.<sup>9</sup> La última evolución en derecho suizo no es legislativa sino jurisprudencial; en efecto, el Tribunal Federal ha decidido aplicar la exigencia de forma (existencia de una manifestación escrita) sólo a la cláusula arbitral, pero no a la cuestión de saber quién queda vinculado por dicha cláusula arbitral, es decir, cuál es el alcance subjetivo del convenio arbitral.<sup>10</sup>

Esta última evolución también se observa a nivel interno en los países que han adoptado leyes recientes en materia de arbitraje, como España,<sup>11</sup> y a nivel internacional, mediante las recientes iniciativas de la CNUDMI, que ha revisado el art. 7 de la Ley Modelo y adoptado una recomendación sobre el alcance de la exigencia formal del art. II del Convenio de Nueva York,<sup>12</sup> reduciendo las exigencias formales necesarias al convenio arbitral, «llegando efectivamente a escindir lo que es el tenor de la cláusula arbitral, la cual ha de ser integrada en un soporte que permita su reproducción, y lo que es el consentimiento a la misma, el cual puede adoptar todo tipo de forma».<sup>13</sup>

Actualmente y de manera general, se necesita formalmente la existencia de un texto, para probar la existencia de una cláusula arbitral. A su vez y materialmente, se necesita el consentimiento para «transformar» la cláusula arbitral en convenio arbitral. Pero el consentimiento no debe estar contenido en la cláusula arbitral ni estar sometido a ninguna exigencia de forma; puede resultar de comportamientos,

<sup>9</sup> Art. 358 CPC: «El convenio arbitral se conviene en la forma escrita o por cualquier otra forma que permita establecer su prueba mediante un texto» (traducción libre).

<sup>10</sup> ATF 129 III 727, párr. 5.3.1, en *Bulletin ASA*, 2004, pp. 364-389, en p. 387: «No obstante, esta exigencia de forma se aplica exclusivamente al convenio arbitral mismo, es decir, al acuerdo (cláusula compromisoria o compromiso) por el cual las partes iniciales han manifestado recíprocamente su voluntad concordante de someterse al arbitraje. En lo que se refiere a la cuestión del alcance subjetivo de un convenio arbitral formalmente válido con respecto al artículo 178 párr. 1 LDIP —se trata de determinar cuáles son las partes vinculadas por el convenio y buscar, en su caso, si uno o varios terceros que no han sido designados quedan, sin embargo, recludos en su ámbito de aplicación *ratione personae*—, es una cuestión de fondo y debe, por tanto, resolverse con arreglo al artículo 178 párr. 2 LDIP (...)» (traducción libre).

<sup>11</sup> Art. 9.1 LA; ver MANTILLA-SERRANO, F. *Op. cit.*, en p. 80.

<sup>12</sup> Ver Recomendación relativa a la interpretación del párr. 2 del art. II y del párr. 1 del art. VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39.º período de sesiones; ver LANDAU, T. «The Requirements of a Written Form for An Arbitration Agreement When “Written” Means “Oral”», in *ICCA Congress*, Series n.º 11, 2003, en p. 63.

<sup>13</sup> VULLIEMIN, J.M. *Op. cit.*, p. 64.

silencios,<sup>14</sup> presunciones, etc. Hemos pasado de un consentimiento formal a un consentimiento material.

Por ello se puede «extender» la cláusula arbitral a un tercero (no firmante o no mencionado en la cláusula), de varias maneras que analizaremos a continuación y que dependen de varias circunstancias, como la *lex arbitri*, el derecho aplicable a las relaciones entre las partes y, sobre todo, los hechos del caso que el tribunal arbitral -o estatal decidiendo sobre un recurso contra un laudo arbitral o sobre una petición de ejecución de un laudo arbitral- analizará para determinar si la extensión se justifica en un caso específico.

### III. TRANSMISIÓN Y EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA A TERCEROS NO FIRMANTES

Hay que distinguir la transmisión y la extensión (*stricto sensu*) de la cláusula arbitral a terceros no firmantes. La transmisión de la cláusula arbitral, que se opera mediante mecanismos contractuales o societarios (de cesión, asunción, subrogación, sucesión, etc.) se reconoce desde hace mucho tiempo en la mayoría de los países europeos. La transmisión puede también operarse de manera menos clásica, como lo demuestra la admisión por la jurisprudencia francesa de la transmisión automática de la cláusula arbitral en casos de cadena de contratos.<sup>15</sup>

En cuanto a la extensión *stricto sensu* de la cláusula arbitral a terceros no firmantes, que examinaremos con más detalle a continuación, esta noción y su aplicación práctica siempre han suscitado muchas preguntas.

Para empezar, los términos mismos no corresponden a la realidad y son engañosos.<sup>16</sup> Primero, porque no se trata en realidad de «extender» la cláusula arbitral, sino de determinar, más allá del mero texto de la cláusula arbitral, quién es realmente parte en el convenio arbitral, normalmente basado en el análisis de la común intención de las partes.<sup>17</sup> Segundo, porque hoy en día la firma no es un criterio decisivo a la hora

<sup>14</sup> Por ejemplo, Holanda: art. 1021 WBR: la adhesión a la cláusula arbitral puede ser tácita; ver POUURET, J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en p. 156.

<sup>15</sup> Ver caso *Alcatel Business Systems (ABS) c/ société Amkor Technology et autres* (Corte de Casación, 27 de marzo de 2007. *Revue de l'arbitrage (Rev. Arb.)*, 2007, pp. 785-804, con nota de EL ADHAB, J.

<sup>16</sup> HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. La Haya: Kluwer Law International, 2006 (en adelante, «B. Hanotiau, *Complex Arbitrations*»), en p. 4.

<sup>17</sup> HANOTIAU, B. «Non-Signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law». En VAN DEN BERG, A.J. (Ed.). «International Arbitration 2006: Back to Basics?».

de determinar quiénes son las partes al convenio arbitral:<sup>18</sup> por un lado, porque la exigencia de firma ya no existe de manera general; y por otro, porque una persona puede haber firmado una cláusula arbitral sin quedar personalmente vinculada, por ejemplo, porque la ha firmado en virtud de un poder de representación para vincular a su principal (ver *infra* 4.2.1), o porque la ha firmado en otra calidad que la de parte en el contrato.<sup>19</sup>

Dicho esto, las posibilidades de extender una cláusula arbitral a terceros no firmantes varían entre los distintos países de Europa, debido a las distintas tradiciones jurídicas que coexisten (*common law*, *civil law*, y éste de inspiración germánica, francesa, etc.) y a la evolución del arbitraje en los distintos países, sea a nivel legislativo o jurisprudencial.

De este modo, se puede llegar a soluciones similares basándose en teorías distintas. Por ejemplo, un tribunal francés podrá llegar a la misma solución que un tribunal inglés, el primero basándose en la doctrina del consentimiento implícito, por ejemplo, en un caso de un grupo de compañías, y el segundo basándose en el principio del *Estoppel*.

Y también se puede llegar a soluciones distintas basándose en teorías similares, como lo ha ilustrado recientemente el caso *Dallah*, que analizaremos a continuación, en el cual los tribunales ingleses<sup>20</sup> y los tribunales franceses<sup>21</sup> han llegado a una solución distinta, basándose en los mismos hechos y aplicando el mismo derecho.

No obstante, salvo los casos de transmisión mediante mecanismos contractuales o societarios (ver *infra* 4.2) y de extensión mediante los principios generales de buena fe y de interdicción del abuso de derecho (ver *infra* 4.3), de manera general, los diferentes sistemas jurídicos reconocen que el consentimiento bajo todas sus formas es la base de la extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes. Así, para G. Born: «En la mayoría de los casos, los tribunales y autores coinciden en que el con-

---

En *ICCA Congress*, Series 2006 Montreal, vol. 13, pp. 341-358 (en adelante «B. Hanotiau, “Lessons”»), en p. 342.

<sup>18</sup> POUDRET, J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, p. 211.

<sup>19</sup> Ver caso «Plateau des Pyramides», *République arabe d’Égypte c/ Southern Pacific Properties Ltd. et Southern Pacific Properties (Middle East)* (Corte de Apelación de París, 12 de julio de 1984). En *Rev. Arb.*, 1986, pp. 75-86.

<sup>20</sup> Caso *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company vs. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2008] EWCH 1901 (Comm.); [2009] EWCA Civ. 755; [2010] UKSC 46 (Corte Suprema inglesa, 3 de noviembre de 2010).

<sup>21</sup> Caso *Gouvernement du Pakistan-Ministère des Affaires Religieuses c/ Société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company* (Corte de Apelación de París, 17 de febrero de 2011).

sentimiento es, por lo general, el fundamento esencial para afirmar si una entidad determinada es parte a una cláusula arbitral o no. Independientemente de la forma legal utilizada, en definitiva, la cuestión que se plantea habitualmente es si las partes, considerando sus acciones objetivamente y basándose en la buena fe comercial, entendieron que una entidad determinada era parte a la cláusula arbitral o no». <sup>22</sup> Ello se debe a la naturaleza consensual del arbitraje, <sup>23</sup> que le impone sus límites, así descritos por B. Hanotiau: «Por mucho que se quiera extender el concepto de consentimiento (que puede llegar hasta considerar determinadas conductas específicas como sustitutas del consentimiento) no se debería olvidar que el consentimiento es el pilar fundamental del arbitraje internacional». <sup>24</sup>

Lo que sí ha cambiado es la forma del consentimiento: a diferencia de cuando se necesitaba la firma para expresarlo, ahora, el consentimiento puede expresarse de varias maneras mediante circunstancias externas a la cláusula misma y libres de cualquier formalismo. <sup>25</sup>

Esta evolución, unida al hecho de que existen mecanismos de extensión de un convenio arbitral a terceros no firmantes que no requieren un análisis del consentimiento, ha llevado recientemente a autores a expresar sus dudas en cuanto al carácter consensual del arbitraje y a invocar una declinación del consentimiento en materia de arbitraje internacional. <sup>26</sup>

Es cierto que existen casos en los cuales no se analiza el consentimiento de las partes para extender un convenio arbitral a terceros no firmantes. Es el caso de la transmisión o extensión casi automática mediante mecanismos de derecho contractual o societario (ver *infra* 4.2), o mediante los principios de buena fe y de abuso de derecho (ver *infra* 4.3). Pero, esto no es nuevo. <sup>27</sup>

En cuanto al consentimiento mismo, no es un concepto monolítico o granítico. Al contrario, el consentimiento tiene múltiples facetas, pudiendo ser explícito

---

<sup>22</sup> BORN, G.B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, en p. 1205 (traducción libre).

<sup>23</sup> HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en p. 2: «El arbitraje es, en esencia, consensual por su naturaleza, con la consecuencia que el principio de la relatividad de los contratos se aplica a la cláusula arbitral, limitando sus efectos sólo a las partes al contrato» (traducción libre); POU-DRET, J.E./S. BESSON. *Op. cit.*, en p. 228.

<sup>24</sup> HANOTIAU, B. «Lessons», en p. 347; HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en p. 51 (traducción libre).

<sup>25</sup> HANOTIAU, B. «The Parties to the Arbitration Agreement». En *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*. Ed. Pedone, 2011 (en adelante, «B. Hanotiau, "Parties"»), en p. 329.

<sup>26</sup> YOUSSEF, K. *Consent in Context*. West, 2009, en pp. 2-3.

<sup>27</sup> HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», A en p. 543.

o implícito,<sup>28</sup> y puede interpretarse de manera distinta de un sistema legal a otro, en base a las declaraciones y a los comportamientos de las partes, que pueden ser considerados de manera subjetiva (intención real) u objetiva (intención en los ojos de un tercero, como en el caso de la apariencia eficaz) según el sistema legal al que se acojan.

El análisis de los casos demuestra que, en general, los tribunales arbitrales deciden sobre los casos de extensión de la cláusula arbitral a terceros en base a los hechos y a las circunstancias particulares del caso, más que en referencia a un derecho nacional determinado.<sup>29</sup> Por esta razón, cuestiones como el derecho aplicable a la extensión de la cláusula arbitral o a la formación del consentimiento, no siempre se analizan con mucha precisión.

En cuanto a los tribunales estatales, generalmente aplican los conceptos de su propio derecho nacional, especialmente las teorías sobre el consentimiento, y estos conceptos varían de un sistema jurídico a otro. Por ejemplo, la común intención de las partes se puede establecer en base a una interpretación subjetiva (derecho francés), a una interpretación objetiva (derecho inglés, derecho alemán, este último con la particularidad de que la forma escrita se exige para un convenio arbitral), o a una interpretación en dos etapas, primero subjetiva y luego —y de manera subsidiaria— objetiva (derecho suizo).<sup>30</sup>

Por estas razones, es difícil establecer una «teoría general de la extensión» que pueda aplicarse de manera general a todos los casos de transmisión o extensión a terceros no firmantes; hay que describir los casos de transmisión o extensión que se observan en la práctica, intentando clasificarlos según sus rasgos comunes y sus diferencias.

#### IV. CASOS DE TRANSMISIÓN Y EXTENSIÓN A TERCEROS NO FIRMANTES

##### 4.1. *En general*

Hay muchas maneras de categorizar las distintas circunstancias que permiten transmitir o extender una cláusula arbitral a terceros no firmantes y resulta muy difícil encontrar una manera lógica y definitiva de hacerlo, aún más si se quiere aplicar a todos los países de Europa debido, primero, al hecho de que muchas veces dichas

<sup>28</sup> HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en p. 553.

<sup>29</sup> HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en p. 551; «B. Hanotiau, *Complex Arbitrations*», en p. 9.

<sup>30</sup> HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en pp. 546-550.

circunstancias se sobreponen<sup>31</sup> y, segundo, a que dichas circunstancias pueden variar mucho de un país a otro.

En consecuencia, a continuación, vamos a intentar categorizar grandes grupos de circunstancias en las que se puede transmitir o extender una cláusula arbitral a terceros no firmantes.

Para empezar, hay que hacer una distinción entre la transmisión o extensión que se produce casi automáticamente mediante mecanismos contractuales o societarios (4.2), aquella que se produce mediante mecanismos de buena fe o de abuso de derecho (4.3) y, por último, aquella extensión que se produce mediante consentimiento entre las partes, ya sea un consentimiento explícito o uno implícito (4.4).

En el primer grupo se incluyen los casos de transmisión coetánea a la conclusión del convenio, en los cuales operan mecanismos de representación o de agencia (4.2.1), así como los casos de transmisión posterior a la conclusión del convenio, en los cuales operan mecanismos de cesión, de asunción, de subrogación o de sucesión (4.2.2).

En el segundo grupo se incluyen los casos en los cuales la transmisión o extensión se opera mediante el mecanismo del levantamiento del velo social (4.3.1) y mediante los principios de *venire contra factum proprium* o de *Estoppel* (4.3.2).

En el tercer grupo se incluyen los casos de incorporación por referencia, es decir, todos aquellos casos en los cuales la cláusula arbitral no se encuentra en el acuerdo entre las partes, sino en otro documento al que el acuerdo se refiere (4.4.1), y también los casos de consentimiento implícito (4.4.2), que analizaremos con particular detalle, dado que son objeto de un desarrollo importante últimamente.

Estas distinciones son esquemáticas y para nada absolutas, dado que los conceptos que las definen pueden ofrecer variaciones importantes de un sistema jurídico a otro. No obstante, esta categorización nos permitirá presentar los diversos conceptos que predominan en Europa, mediante normativa, jurisprudencia (arbitral o estatal) y tesis de autores que nos parecen representativas de dichos conceptos.

La jurisprudencia estatal es, en general, más representativa de las distinciones entre los diversos sistemas jurídicos que la jurisprudencia arbitral, dado que son los tribunales estatales los que, al fin y al cabo, imponen los límites de la competencia de

---

<sup>31</sup> PARK, W.W. «Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma». En *Multiple Party Actions in International Arbitration*. Oxford, 2009, en II.4.

los árbitros en base a los conceptos de su propia ley nacional. De este modo, la jurisprudencia estatal permite tomar el pulso de los distintos sistemas jurídicos europeos para ver cómo se sitúan frente a la evolución del arbitraje internacional.

Francia, por ejemplo, que siempre ha sido reconocida como un país pionero en arbitraje internacional, reconoce una casi ausencia de formalismo para extender una cláusula arbitral a terceros no firmantes, mientras que Inglaterra o Alemania son mucho más exigentes para reconocer la extensión de un convenio arbitral a terceros no firmantes.<sup>32</sup> Otros países como Suiza se sitúan en medio, aunque últimamente el Tribunal Federal suizo ha tomado una serie de decisiones muy liberales en materia de arbitraje que han llevado a un autor suizo, S. Besson, a escribir que dicha evolución ha acercado el derecho suizo al derecho francés a este respecto.<sup>33</sup>

#### *4.2. La transmisión casi automática mediante mecanismos contractuales o societarios*

##### *4.2.1. Mecanismo de representación o agencia*

###### *(i) En general*

Cuando una persona firma una cláusula arbitral en representación de otra persona, no es la persona que firma la cláusula la que será parte en el convenio arbitral, sino la persona representada.

Este principio se reconoce de manera general y lo ilustra, por ejemplo, el art. 2.2.3 de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004: «(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero. (2) Sin embargo, los actos del representante sólo afectan las relaciones entre el representante y el tercero, cuando con el consentimiento del representado, el representante asume la posición de parte contratante».

<sup>32</sup> HANOTIAU, B. «Lessons», en p. 350; PLOUDRET J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en p. 227.

<sup>33</sup> BESSON, S. «Extension de la convention d'arbitrage et élargissement de la procédure arbitrale à des tiers selon la jurisprudence du Tribunal fédéral Suisse». En *Les Cahiers de l'arbitrage, the Paris Journal of International Arbitration*, 2010, capítulo IV (en adelante, «S. Besson, "Extension"»); HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 95-96.

Varias decisiones arbitrales y estatales han reconocido este principio, que se reconoce de manera general en Europa, al hacer los tribunales arbitrales y estatales referencia a los principios ordinarios contractuales y de representación.<sup>34</sup>

Esta representación puede ser explícita o implícita, pero se debe probar que el apoderado tenía poderes del principal, explícitos o implícitos, para vincular el principal al contrato.<sup>35</sup>

*(ii) El poder o mandato aparente*

En el caso de que no exista poder de representación, pero que los actos del principal creen la apariencia de poderes, y que sobre esta base la otra parte haya concluido que el poder existía, se reconoce, por ejemplo, en derecho francés, que el principal puede quedar vinculado en virtud de la teoría del «*mandat apparent*».<sup>36</sup>

Este principio está contenido en el art. 2.2.3 de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004: «Cuando un representante actúa sin poder o lo excede, sus actos no afectan las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero. (2) Sin embargo, cuando el representado genera en el tercero la convicción razonable que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante está actuando en el ámbito de ese poder, el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante».

Este principio se basa, según los sistemas considerados, o bien en consideraciones de buena fe, de abuso de derecho, de *Estoppel*,<sup>37</sup> o bien queda aparentado a la teoría del consentimiento mediante circunstancias y apariencia creada (ver *infra* 4.3.2 (i)). Así, la Corte de Apelación de París lo ha basado en la «creencia legítima creada por las circunstancias de la negociación, conclusión y ejecución del contrato» y ha precisado que este principio era aplicable en las relaciones del comercio internacional;<sup>38</sup> a su vez el Tribunal Federal suizo lo ha basado en el principio de la «apariencia jurídica creada».<sup>39</sup>

<sup>34</sup> Ver los numerosos ejemplos citados por BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1143-1144, y por HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 9-13.

<sup>35</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1144.

<sup>36</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1148-1150; HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 12-13.

<sup>37</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1149.

<sup>38</sup> Caso *Société Russanglia c/ Société Delom* (Corte de Apelación de París, 7 de octubre de 1999), *Rev. Arb.*, 2000, pp. 288-298, con nota de BUREAU, D.

<sup>39</sup> Decisión del Tribunal Federal 4P.73/1993, de 1 de septiembre de 1993, en *Bulletin ASA*, 1996, pp. 623-629.

#### 4.2.2. Mecanismo contractual, societario u otro de transmisión posterior a la conclusión

En este caso, la cláusula arbitral, en principio, se transmite con el contrato automáticamente al nuevo titular, porque se considera «un derecho accesorio, de tipo procesal, que “pasa” por su propio peso —salvo pacto contrario— (...)».<sup>40</sup>

Dicho caso se da en la cesión del contrato, en la cesión del crédito, en la asunción simple o solidaria de deuda, en la subrogación, en la sucesión universal, en la fusión, escisión o transformación de empresas, en la transferencia de patrimonio, etc.

En Inglaterra, la jurisprudencia no es unánime y se debe analizar en detalle el texto de la cláusula arbitral y el contrato de cesión, para determinar si las partes tienen la intención de ceder la cláusula arbitral.<sup>41</sup> Italia es todavía más restrictiva.<sup>42</sup>

En Suiza, la jurisprudencia admite: «en caso de asunción de deuda como en materia de cesión de crédito o de contrato, que la cláusula compromisoria en principio queda transferida a quien asume la deuda, salvo acuerdo contrario»,<sup>43</sup> y eso en virtud de su carácter accesorio, como lo ha precisado el Tribunal Federal en un caso de asunción solidaria de deuda, explicando que si es cierto que en este caso no hay sustitución de partes como en el caso de asunción simple de deuda, se justifica la misma solución «porque la cláusula arbitral como accesorio de la deuda, y como tal indisoluble de ésta, pasa al que asume la deuda, salvo pacto contrario, cuando ésta adquiere la calidad de deudor solidario de dicha deuda, también si la deuda sigue vinculando al deudor principal».<sup>44</sup>

En Francia, además de los casos clásicos de transmisión mencionados,<sup>45</sup> la jurisprudencia ha reconocido la transmisión automática de la cláusula arbitral en casos de cadena de contratos. En derecho francés, cuando la propiedad de un bien se transmite sucesivamente de un vendedor inicial a un comprador final, pasando por otros contratantes, el comprador final tiene una acción contractual contra el vendedor inicial.

<sup>40</sup> VULLIEMIN, J.M. *Op. cit.*, p. 56; ver también ATF 128 III 50; HANOTIAU, B. «Parties», p. 325; HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, pp. 17-19; BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1185-1193; POU-DRET J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en pp. 243-254.

<sup>41</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1189.

<sup>42</sup> POU-DRET J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en p. 250.

<sup>43</sup> Decisión del Tribunal Federal 4P.126/2001, de 18 de diciembre de 2001, en *Bulletin ASA*, 2002, pp. 482-492 (traducción libre).

<sup>44</sup> Decisión del Tribunal Federal 4A\_128/2008, de 29 de agosto de 2008 (ATF 134 III 565) (traducción libre).

<sup>45</sup> Ver MAYER, P. «La “Circulation” des conventions d'arbitrage». *Journal de droit international*, 2005, en pp. 251-262; POU-DRET J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, pp. 245-247.

En estos casos, la jurisprudencia francesa ahora admite que la cláusula arbitral se transmite automáticamente como accesorio del derecho de acción, porque considera que éste es un accesorio del derecho principal transmitido sobre el bien.<sup>46</sup>

En estos casos, pues, no se necesita examinar la intención de las partes a ser vinculadas por la cláusula arbitral, dado que ésta las vincula, en principio, automáticamente en virtud del derecho contractual (cesión, asunción simple o solidaria de deuda, subrogación, etc.), societario (fusión, escisión, transformación de empresas, transferencia de patrimonio, etc.) u otro (por ejemplo, sucesión universal, concurso).<sup>47</sup>

Describimos este efecto como «casi automático», porque puede, en general, ser excluido por las partes. En este caso, habrá que examinar la intención de las partes para determinar si han excluido válidamente su vinculación a la cláusula arbitral.

#### 4.3. *La extensión mediante buena fe y el abuso de derecho*

En la mayoría de los sistemas jurídicos se puede extender un convenio arbitral a una parte sin su consentimiento por razones de buena fe y de prohibición del abuso de derecho.

##### 4.3.1. *Levantamiento del velo social*

Las teorías que lo permiten se llaman «*Alter ego*», «*Piercing the corporate veil*», en inglés, «*Durchgriff*» en alemán, «*Levée du voile social*» en francés, y «*Levantamiento del velo social*» en español, y expresan la misma idea aunque sus condiciones exactas varían de un sistema jurídico a otro.<sup>48</sup>

Es decir, cuando una parte controla los negocios de otra y abusa de este control, se justifica permitir hacer caso omiso de las personalidades jurídicas distintas y tratarlas como una única entidad, o tomar en cuenta sólo una entidad.<sup>49</sup> Por tanto, una parte que controla una entidad, no se puede refugiar bajo la forma jurídica de dicha entidad separada cuando en realidad utiliza dicha forma de manera abusiva, para limitar su responsabilidad. Se trata de una excepción al principio en virtud del cual las corporaciones gozan de responsabilidad limitada y de una identidad legal

<sup>46</sup> Ver caso *Alcatel Business Systems (ABS) c/ société Amkor Technology et autres* (Corte de Casación, 27 de marzo de 2007, en *Rev. Arb.*, 2007, pp. 785-804, con nota de EL ADHAB, J.

<sup>47</sup> KAUFMANN-KOHLER G./A. RIGOZZI. *Arbitrage International, Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Weblaw, 2010, en pp. 143-144.

<sup>48</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1154; HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 42-46.

<sup>49</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1154.

separada,<sup>50</sup> por lo cual deben existir circunstancias excepcionales: «Se puede levantar el velo social sólo cuando existen determinadas circunstancias que indican que se trata en realidad de una mera fachada que oculta los hechos».<sup>51</sup> Los tribunales suizos y alemanes son muy estrictos al respecto.<sup>52</sup> Los tribunales franceses conocen también el principio,<sup>53</sup> pero se refieren muchas veces a otros conceptos para extender la cláusula arbitral.

En este caso, la base de la extensión de la cláusula arbitral no es el consentimiento de las partes, sino consideraciones de buena fe y de justicia que tienen por objetivo proteger a una parte del comportamiento fraudulento de otra.<sup>54</sup> En estos casos, o se extiende el convenio arbitral al tercero no firmante (al lado de la parte contratante), o se le imputa directamente en lugar de la parte contratante.<sup>55</sup>

#### 4.3.2. *Estoppel, Venire contra factum proprium*

Otra manera de extender una cláusula arbitral a una parte que no la ha firmado, es mediante los principios de *Estoppel* (en sistemas de *common law*) o de *venire contra factum proprium* (en sistemas de *civil law*), que prohíben a una parte, por razones de buena fe, actuar en contra de sus declaraciones o de su comportamiento anterior.<sup>56</sup>

Así, una parte que no ha firmado un contrato que contiene una cláusula arbitral, pero que ejerce derechos en base al mismo, no puede luego pretender que no está sujeta a la cláusula arbitral contenida en dicho contrato.

<sup>50</sup> BESSON, S. «Piercing the Corporate Veil: Back on the right track», en *Multiparty Arbitration*. HANOTIAU B. y E.A. SCHWARTZ (Ed.). Dossiers ICC Institute of World Business Law, 2010, pp. 147-159 (en adelante, «S. Besson, “Piercing the Corporate Veil”»), en p. 147.

<sup>51</sup> Caso *Woolfson vs. Strathclyde Regional Council [1978]*, SLT 159, 161 (House of Lords) (traducción libre); POUDRET J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en p. 228: «Levantar el velo social no tiene por objetivo rectificar post factum errores de juicio en la elección del contratante, sino que es un remedio excepcional para sancionar abusos serios» (traducción libre).

<sup>52</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, p. 1156; Decisión del Tribunal Federal 4A\_160/2009, de 25 de agosto de 2009. En *Bulletin ASA*, 2010, pp. 297-307.

<sup>53</sup> Caso *Orri c/ Société des Lubrifiants Elf Aquitaine* (Corte de Casación, 11 de junio de 1991), 1992, *Rev. Arb.*, pp. 73-75, con nota de COHEN D.

<sup>54</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1154-1155, y p. 1172; BESSON, S. «Piercing the Corporate Veil», en pp. 149-150.

<sup>55</sup> HANOTIAU, B. «Parties», en p. 327; HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en p. 97; BERGER, B./F. KELLERHALS. *International and Domestic Arbitration in Switzerland*. Thomson Reuters (Legal) Ltd., 2010, en p. 150; Decisión del Tribunal Federal 4P.330+332/1994, de 29 de enero de 1996. En *Bulletin ASA*, 1996, pp. 496-507.

<sup>56</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1194; HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 19-28.

#### 4.4. *La extensión basada en el análisis del consentimiento*

##### 4.4.1. *La incorporación por referencia*

En este caso, la cláusula arbitral no se encuentra en el documento que constituye el soporte directo e inmediato del acuerdo, sino en otro documento al que el acuerdo se refiere.<sup>57</sup>

El ejemplo típico es el de un acuerdo que no contiene cláusula arbitral, pero que se refiere a condiciones generales, regulaciones, etc., que sí contienen una cláusula arbitral. Se reconoce de manera general la validez de un reenvío global a condiciones generales o regulaciones cuando las partes son profesionales de una rama en la cual el arbitraje es usual, por ejemplo, el transporte marítimo<sup>58</sup> o el deporte de competición.<sup>59</sup>

Se establece aquí una presunción según la cual el operador del transporte marítimo o el deportista profesional saben que la jurisdicción arbitral ha adquirido el rango de *uso* en su rama, y han consentido en ello.

El Tribunal Federal precisó al respecto, en un caso que implicaba a un jinete profesional que había firmado una licencia que hacía una mera referencia global a la reglamentación de su federación, que: «en caso de reenvío global aceptado por escrito, el problema se desplaza de la forma al consentimiento».<sup>60</sup>

##### 4.4.2. *El consentimiento implícito*

###### (i) *Consentimiento mediante comportamiento y apariencia creada*

Este principio se aplica cuando una parte, por su comportamiento, crea la apariencia de tener la intención de ser vinculada por la cláusula arbitral, mediante sus hechos, sus declaraciones o sus actos.<sup>61</sup> Eso pasa cuando ha intervenido en la conclusión o la ejecución del contrato principal, de tal manera que la parte que requiere la extensión

<sup>57</sup> HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 28-31.

<sup>58</sup> POUURET, J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en pp. 169-181; ATF 110 II 54; ATF 121 III 38.

<sup>59</sup> Decisión del Tribunal federal 4P.230/2000, de 7 de febrero de 2001. En *Bulletin ASA*, 2001, pp. 523-530; Decisión del Tribunal Federal 4C.44/1996, de 31 de octubre de 1996. En *Recueil des Sentences du TAS 1986-1998*, pp. 577-584; del Tribunal Federal 4 A\_460/2008, de 9 de enero de 2008. En *Bulletin ASA*, 2009, pp. 540-546.

<sup>60</sup> Decisión del Tribunal Federal 4C.44/1996, de 31 de octubre de 1996, párr. 2. En *Recueil des Sentences du TAS 1986-1998*, pp. 577-584, en p. 582 (traducción libre).

<sup>61</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1150-1153; HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 31-38.

tiene razones legítimas para asumir que la tercera parte tenía la intención de ser una parte al contrato principal, incluyendo la cláusula arbitral que contiene.<sup>62</sup>

En este caso, la manifestación de voluntad llega a prescindir de todo soporte documental y el acuerdo se deduce del comportamiento del tercero.

Los tribunales franceses, basados en el derecho francés, que no pide requerimientos de forma al convenio arbitral, han reconocido desde hace mucho tiempo que la extensión del convenio arbitral a terceros puede basarse en el comportamiento de una parte durante la conclusión o ejecución del contrato, es decir, en base a un consentimiento implícito, y muchas veces lo han hecho en el contexto de un grupo de compañías, aplicando la así llamada teoría del grupo de compañías (ver *infra* 4.3.2 (iii)).<sup>63</sup>

En Suiza, el Tribunal Federal realizó este paso en una decisión del 16 de octubre de 2003<sup>64</sup> (por la cual ha abandonado pura y simplemente la exigencia formal del convenio arbitral),<sup>65</sup> aceptando la extensión de un convenio arbitral contenido en un contrato de obra a una persona física, no parte en el contrato, pero que había intervenido de forma constante en la ejecución del mismo, en base a que esta persona no había podido desconocer el tenor de dicho contrato y, en particular, la cláusula arbitral que figuraba en el mismo, y que este hecho, junto con su voluntaria y patente intromisión en el contrato, justificaba la extensión del convenio arbitral. Una decisión que el Tribunal Federal justifica por el liberalismo con el que aborda la cuestión de la extensión de la cláusula arbitral a terceros.

En cuanto al derecho inglés, permite, en teoría, la extensión de una cláusula arbitral a un tercero no firmante en base a su consentimiento implícito, pero al ser muy estrictas las condiciones y al quedar excluido el análisis del comportamiento de las partes durante la negociación o ejecución del contrato, dicha extensión permanece como una posibilidad excepcional.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> BERGER, B./F. KELLERHALS. *Op. cit.*, en pp. 148-149; Caso *Compagnie tunisienne de navigation Cotunav c/ Société Comptoir commercial André*, 25 de junio de 1991 (Corte de Casación), *Rev. Arb.*, 1991, pp. 453-456, con nota de MAYER, P.

<sup>63</sup> POUURET, J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en pp. 212-213.

<sup>64</sup> ATF 129 III 727. En *Bulletin ASA*, 2004, pp. 364-389, con notas de POUURET, J.F. «Un statut privilégié pour l'extension de l'arbitrage aux tiers», en pp. 390-397 (en adelante, «Poudret, J.F. "Un statut privilégié"»); y HABEGGER, P. «Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form», en pp. 398-410.

<sup>65</sup> El art. 178.1 LDIP requiere que el consentimiento al convenio arbitral resulte de un texto. Ver, POUURET, J.F. «Un statut privilégié», p. 391.

<sup>66</sup> HANOTIAU, B. «Lessons», en pp. 349-350.

Finalmente, en derecho alemán, al ser la firma de un convenio arbitral un requisito de forma, su extensión a un tercero no firmante en base a un consentimiento implícito, queda excluida.<sup>67</sup>

(ii) *La así llamada teoría del grupo de compañías*

En Francia, se elaboró la teoría del grupo de compañías (*groupe de sociétés*) en los años 1970, y el caso *Dow Chemical*<sup>68</sup> es ilustrativo de la misma, que ha culminado en el caso *Société Sponsor c/ Lestrade*<sup>69</sup> y en una sucesión de casos de la Corte de Apelación de París, como el caso *Orri*.<sup>70</sup>

En virtud de dicha teoría, un grupo de compañías puede ser descrito como una unidad económica con una dirección integrada, más allá de las personalidades legales de las compañías que pertenecen al grupo. Se privilegia la realidad económica a la organización jurídica para extender la cláusula arbitral a compañías del grupo que no la han firmado, pero que han participado en la conclusión, ejecución o terminación del contrato, cuando esto corresponde a la intención común de todas las partes en el contrato. La idea es que las compañías que pertenecen a grupos, normalmente quieren un modo eficiente centralizado de resolución para todos sus litigios relativos a una misma transacción.<sup>71</sup> Existen dos condiciones para establecer dicha intención: primero un papel activo del tercero no firmante en la ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral; segundo, una presunción de que el tercero no firmante conocía la cláusula arbitral:

Una cláusula arbitral en un contrato internacional tiene una validez y una efectividad propias, de tal manera que la cláusula debe ser extendida a partes implicadas directamente en la ejecución del contrato y en cualquier litigio sobre el contrato, si ha sido establecido que sus respectivas situaciones y actividades hacen nacer la presunción de que conocían la existencia y el alcance de la cláusula arbitral, y sin respecto del hecho que hayan o no firmado el contrato que contiene el convenio arbitral.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> Art. 1031 ZPO; HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en p. 548.

<sup>68</sup> Caso *Dow Chemical c/ Iover Saint Gobain* (Laudo interlocutorio de 1982 en el caso CCI n.º 4131). En *Journal du droit international*, 2003, pp. 899-907, con nota de DERAIS, Y. y *Rev. Arb.*, 1984, p. 137; Corte de Apelación de París, 21 de octubre de 1983. En *Rev. Arb.*, 1984, p. 98, con nota de CHAPPELLE, A.

<sup>69</sup> Caso *Société Sponsor A.B. c/ Lestrade* (Corte de Apelación de Pau, 26 de noviembre de 1986), *Rev. Arb.*, 1988, pp. 153-161, con nota de CHAPPELLE, A.

<sup>70</sup> Caso *Orri c/ Société des Lubrifiants Elf Aquitaine* (Corte de Apelación de París, 11 de junio de 1991), *Rev. Arb.*, 1992, pp. 95-109, con nota de COHEN, D.

<sup>71</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1166-1178; HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 48-98.

<sup>72</sup> Caso *Orri c/ Société des Lubrifiants Elf Aquitaine* (Corte de Apelación de París, 11 de junio de 1991). *Rev. Arb.*, 1992, pp. 95-109, con nota de COHEN, D., en p. 97 (traducción libre).

G.B. Born considera que «interpretándola correctamente, la doctrina del grupo de compañías es un modo de aplicar los principios ya aceptados de agencia y del consentimiento implícito para arbitrar en un contexto de transacciones comerciales modernas entre varias partes, de manera que los verdaderos objetivos e intenciones de las partes queden establecidos»,<sup>73</sup> y que así entendida, esta teoría única (porque se aplica específicamente a convenios arbitrales y no a otros convenios) tiene la ventaja de evitar litigios paralelos que frustren la eficacia del arbitraje.<sup>74</sup>

Recientemente, varios autores han criticado esta teoría. B. Hanotiau considera que es una teoría «*confusa e innecesaria*»<sup>75</sup> que puede ser utilizada como un «atajo para evitar un razonamiento legal riguroso» permitiendo extender el convenio arbitral en casos donde no se debería.<sup>76</sup> Y. Derains también considera que esta teoría ha tenido su momento de gloria en las tres últimas décadas del siglo XX, pero que su impacto ahora es muy limitado.<sup>77</sup>

Ambos autores coinciden en que el elemento decisivo es la común intención de las partes de ser vinculadas al convenio arbitral y que la existencia de un grupo de compañías sólo es un factor para determinar dicha intención.<sup>78</sup> Es sintomático al respecto que en el caso *Orri*,<sup>79</sup> mientras la Corte de Apelación de París reconoció que la cláusula arbitral debía extenderse a una parte no firmante en base al fraude y al grupo de compañías, la Corte de Casación sólo retuvo el fraude como base a la extensión de la cláusula arbitral.

La teoría del grupo de compañías ha sido expresamente rechazada por los tribunales de varios países, como Inglaterra,<sup>80</sup> Suiza<sup>81</sup> u Holanda,<sup>82</sup> así como por los autores alemanes.<sup>83</sup>

<sup>73</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1176 (traducción libre).

<sup>74</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1208.

<sup>75</sup> HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en p. 543 (traducción libre).

<sup>76</sup> HANOTIAU, B. «Lessons», en pp. 342-343.

<sup>77</sup> DERAIS, Y. *Op. cit.*, en p. 132.

<sup>78</sup> DERAIS, Y. *Op. cit.*, en p. 143.

<sup>79</sup> Caso *Orri c/ Société des Lubrifiants Elf Aquitaine* (Corte de Casación, 11 de junio de 1991). *Rev. Arb.*, 1992, pp. 73-75, con nota de COHEN, D.

<sup>80</sup> Caso *Peterson Farms Inc. vs. C&M Farming Ltd.* [2004] EWCH 121 (*comm*): «La doctrina del grupo de compañías (...) no forma parte del derecho inglés» (traducción libre).

<sup>81</sup> Decisión del Tribunal Federal 330 + 332/1994 de 29 de enero de 1996. En *Bulletin ASA*, 1996, pp. 496-507.

<sup>82</sup> Decisión n.º C04/174HR (Hoge Raad) de 20 de enero de 2006.

<sup>83</sup> HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en p. 548.

Por lo tanto, la tendencia actual es claramente la de prescindir de la teoría del grupo de compañías para volver a un análisis basado en el consentimiento implícito de las partes. B. Hanotiau sugiere al respecto que «cualquier referencia a una teoría del grupo de compañías desaparezca de una vez y para siempre de nuestro vocabulario».<sup>84</sup>

(iii) *Terceros beneficiarios y comunidad de intereses*

En ciertos sistemas jurídicos, un tercero que se beneficia de un contrato que contiene una cláusula arbitral puede también invocar su vinculación al convenio arbitral bajo ciertas circunstancias.<sup>85</sup>

Este principio también se puede aplicar en el caso de una *joint-venture* o de un contrato de sociedad, o sea mediante un mecanismo casi automático, contractual o societario (ver *supra* 4.2) o en virtud del análisis del consentimiento de los socios.<sup>86</sup>

En Inglaterra, dicho principio está contenido en la Ley (art. 8 del *Contract (Rights of Third Parties) Act*, 1999), de tal manera que se puede considerar que la extensión en este caso se opera más mediante mecanismos contractuales que en base al análisis del consentimiento.<sup>87</sup> En Suiza, el Tribunal Federal decidió recientemente extender el convenio arbitral contenido en un contrato a un tercero no firmante, pero que había firmado otro contrato totalmente vinculado al que contenía la cláusula arbitral, y que se había reservado derechos en éste.<sup>88</sup> En Alemania, los tribunales también han reconocido este principio.<sup>89</sup>

La cuestión principal consiste en determinar si la intención de las partes en el contrato era extender la cláusula arbitral a terceras partes, analizando sus intenciones objetivamente y de buena fe.<sup>90</sup> Si se puede llegar a la conclusión de que las partes tenían esta intención, se puede extender el convenio arbitral a terceros no firmantes que se beneficien del contrato.

<sup>84</sup> HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en p. 546 (traducción libre).

<sup>85</sup> HANOTIAU, B. «Parties», en p. 326; HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 13-17 y pp. 38-43; BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1178-1181.

<sup>86</sup> HANOTIAU, B. *Complex Arbitrations*, en pp. 39-43.

<sup>87</sup> *Nisshin Shipping Co. Ltd vs. Cleaves & Co.* [2003] EWCH 2602 (Comm.).

<sup>88</sup> Decisión del Tribunal Federal 4A\_376/2008 de 5 de diciembre de 2008. En *Bulletin ASA*, 2009, pp. 745-761; BESSON, S. «Extension», cap. IV.

<sup>89</sup> Decisión de 9 de septiembre de 1999 BayobLGZ 255, 267 (Bayerisches Oberstes Landsgeri-  
cht).

<sup>90</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1180.

*(iv) Garantes*

La extensión del convenio arbitral a una parte que no ha firmado el contrato, pero que garantiza las obligaciones de una parte, es posible bajo ciertas circunstancias.<sup>91</sup> Se analizará el texto, la naturaleza de la garantía y el papel del garante en la relación contractual.

Cuanto más activo sea el papel del garante en la relación contractual (por ejemplo, el papel activo de una compañía en la negociación o ejecución de un contrato formado por su filial, en oposición a la actividad pasiva del banco en una garantía bancaria), más grande será la posibilidad de que se extienda el convenio arbitral al garante.<sup>92</sup>

En Europa, los tribunales son generalmente cautos cuando se trata de extender un convenio arbitral a un garante, como lo ilustran ejemplos franceses<sup>93</sup> o suizos.<sup>94</sup>

Aquí también se trata, en general, de determinar si existe un consentimiento implícito al convenio arbitral, pero también se puede analizar la situación, como ocurre en los países de *common law*, en base al principio del *Estoppel*.<sup>95</sup>

## V. EXISTENCIA DE UNA LÓGICA EVOLUTIVA COMÚN

Los distintos casos de transmisión o de extensión de una cláusula arbitral a terceros no firmantes que acabamos de describir no deben ocultar rasgos o raíces comunes, ni el hecho de que se pueda observar una lógica evolutiva común.

Los casos de transmisión del convenio arbitral de manera casi automática mediante mecanismos contractuales o societarios (ver *supra* 4.2) se reconocen desde hace mucho tiempo en Europa. En la mayoría de los casos, no se analiza el consentimiento de las partes,<sup>96</sup> porque la transmisión de la cláusula arbitral en estos casos (de cesión, asunción, subrogación, sucesión, etc.) se opera, generalmente, en base a una presunción legal o jurisprudencial, que en realidad ha codificado un consentimiento general.

<sup>91</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1181-1185.

<sup>92</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en pp. 1182-1183.

<sup>93</sup> Caso *Tareau c/ Martin et autres*, de 16 de julio de 1992 (Corte de Casación). *Rev. Arb.*, 1993, pp. 611-616, con nota de DELEBECQUE, Ph.

<sup>94</sup> Decisión del Tribunal Federal 4A\_128/2008, de 19 de agosto de 2008 (ATF 134 III 565), comparando la asunción cumulativa de deuda y otras formas de garantía.

<sup>95</sup> BORN, G.B. *Op. cit.*, en p. 1182.

<sup>96</sup> HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en pp. 541-542.

Dada la existencia de esta presunción, únicamente si el tercero no firmante expresa su intención de no ser vinculado por el convenio arbitral, se procederá a analizar la cuestión de su consentimiento.

Los casos de transmisión o extensión mediante los principios de buena fe y de la prohibición del abuso de derecho (ver *supra* 4.3) también existen desde hace mucho tiempo en Europa. En este caso, no se analiza el consentimiento de las partes,<sup>97</sup> sino la protección de la buena fe que permite extender un convenio arbitral a una parte que no la ha firmado para sancionar su comportamiento abusivo.

En cuanto a la extensión mediante el análisis del consentimiento, esta categoría es la que ha conocido los desarrollos más importantes últimamente. Como hemos visto, hemos pasado de un consentimiento formal, donde la firma era la única manera de expresar el consentimiento, a un consentimiento material, que se puede establecer en base a circunstancias externas a la cláusula arbitral.

Este consentimiento material puede ser expreso o implícito. En el primer caso, se analizan las declaraciones expresas de voluntad de las partes para ver si existe consentimiento. En el segundo caso, se interpretan los comportamientos y silencios de las partes para ver si existe consentimiento, lo que puede llevar en ciertos casos (como en el caso de la apariencia eficaz) a oponer a una parte que no tenía la intención de ser vinculada por una cláusula arbitral la adhesión a ésta.

En consecuencia, la lógica evolutiva común puede ser descrita como un abandono progresivo de todas las formalidades y un análisis enfocado en el consentimiento material bajo todas sus formas, incluyendo formas en las cuales no se requiere el consentimiento real.

No todos los países europeos están en el mismo nivel de esta evolución. Por ejemplo, Alemania todavía exige la firma del convenio arbitral mientras Francia no exige ningún requisito de forma. Pero, esta evolución es real y se refleja tanto en la adopción de normas nacionales o internacionales al respecto, como en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales y estatales.

## VI. EVALUACIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Los distintos casos de transmisión y extensión de la cláusula arbitral detallados arriba y, especialmente, aquéllos basados en el análisis del consentimiento, de-

---

<sup>97</sup> HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en p. 542.

muestran que la situación es confusa, diversa, y en constante evolución. Por ello, es muy difícil determinar de manera cierta si en un determinado caso un tribunal arbitral o estatal llegará a extender un convenio arbitral a una tercera parte no firmante.

La composición del tribunal arbitral será muy importante en este contexto, al estar algunos árbitros más familiarizados que otros con el concepto de extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes, sea por su formación jurídica o por su experiencia en arbitraje internacional. La solución a la que llegarán tomará en cuenta normas jurídicas o leyes determinadas por el derecho de la sede arbitral, lo que puede conllevar un gran elenco de normas. Además, como hemos visto, no es raro que los árbitros basen su decisión en los hechos y las circunstancias del caso más que en un análisis detallado en derecho.

En cuanto a los tribunales estatales, que controlan la competencia de los árbitros en caso de declinatoria arbitral, sus poderes al respecto son variables, dado que no todos los países reconocen el efecto negativo de la cláusula arbitral y que los que lo reconocen, no lo hacen de la misma manera.<sup>98</sup>

Además, conceptos básicos, como la noción de consentimiento, pueden variar mucho de un país a otro.

El caso *Dallah*,<sup>99</sup> recientemente decidido en Inglaterra y en Francia, ilustra bien esta problemática. Un tribunal arbitral con sede en París había decidido que la cláusula arbitral firmada entre *Dallah* y un *trust* se debía extender al gobierno pakistaní, dada su intromisión en el contrato. Siguiendo una demanda de exequátur del laudo en Inglaterra y la excepción de jurisdicción presentada por el gobierno pakistaní, los tribunales ingleses, y en última instancia, la Corte Suprema, han decidido, basados en un análisis de los hechos y circunstancias del caso y aplicando el derecho francés, que el gobierno pakistaní no había consentido a la cláusula arbitral firmada entre *Dallah* y el *trust* y que, por esta razón, la cláusula arbitral no se podía extender al gobierno pakistaní y el laudo no podía ejecutarse en Inglaterra. En cambio, la Corte de Apelación de París, basada en los mismos hechos y circunstancias y también aplicando el derecho francés, llegó a la conclusión contraria y acordó el exequátur del laudo en Francia.

---

<sup>98</sup> POUURET, J.F./S. BESSON. *Op. cit.*, en pp. 414-456; ver BESSON, S. «Réflexions sur le projet de modification de l'article 7 LDIP (initiative Lüscher)». En *Bulletin ASA*, 2011, pp. 574-584.

<sup>99</sup> Ver *supra*, nota de pie de página n.º 20.

Si dos tribunales, juzgando los mismos hechos en base al mismo derecho, llegan a conclusiones diametralmente opuestas en lo que concierne a la extensión de la cláusula arbitral, queda patente la falta de previsibilidad al respecto.

Por ello, y dado que el consentimiento a la cláusula arbitral puede ahora de manera general deducirse de todo tipo de comportamientos y situaciones, resulta muy difícil para un operador en contratos internacionales determinar si está o no vinculado por una cláusula arbitral en un caso dado.

## VII. CONCLUSIÓN

Si existe un consenso general en Europa para reconocer que el consentimiento de las partes debería ser la base de la extensión de una cláusula arbitral a terceros no firmantes, salvo en los casos en los cuales la transmisión o extensión se opera mediante mecanismos contractuales o societarios, o principios generales como la buena fe o el abuso de derecho, el problema es definir este consentimiento.

El título de la decimoquinta *Freshfields Lecture*, presentada por B. Hanotiau en octubre del 2010, «*Consent to arbitration: do we share a common vision?*», es sintomático de este problema, y las respuestas que da a esta pregunta,<sup>100</sup> después de haber detallado las diferencias considerables que existen entre los diferentes sistemas jurídicos para establecer la existencia del consentimiento, refuerzan nuestra evaluación de que la situación es confusa, diversa, en constante evolución y que es difícil determinar de manera cierta, si en un caso dado un tribunal arbitral o estatal llegará a extender un convenio arbitral a una tercera parte no firmante.

Cuando lo que buscan los operadores de los contratos internacionales es ante todo previsibilidad.

Ante esta situación, y dado que una unificación del concepto de consentimiento y de sus condiciones no es previsible en un futuro próximo, los operadores de los con-

---

<sup>100</sup> HANOTIAU, B. «Consent to Arbitration», en pp. 553-554: «Los conceptos no son fijos, sino en constante desarrollo (...). Se debe adoptar un enfoque moderno sobre el consentimiento, más pragmático, más enfocado en el análisis de los hechos, que pone más énfasis en la práctica comercial, la realidad económica, los usos del comercio y las dimensiones complejas y multifacéticas de proyectos amplios involucrando grupos de compañías y contratos relacionados en escenarios multipartes y multicontratos, y un enfoque no restringido al consentimiento expreso, pero que también toma en consideración sus varias expresiones y que tiene que dar mucha más importancia que antes al conducto de los individuos y compañías involucradas» (traducción libre).

tratos internacionales deberían llevar sus actividades y relaciones con terceros siempre con la idea de que sus declaraciones y comportamientos pueden ser considerados algún día como elementos constitutivos de su consentimiento a un convenio arbitral. Eso sirve, en particular, para los operadores más expuestos (miembros de un grupo de compañías, operando en una rama donde el arbitraje es usual, etc.), y para cierto tipo de operaciones (garantías, subcontratación, etc.).<sup>101</sup>

Una opción pragmática que tienen para premunirse del riesgo de ser atraído a un procedimiento arbitral sin su consentimiento en un contexto contractual determinado, es declarar su voluntad de no aceptar el arbitraje como modo de resolución de litigios, por ejemplo, precisándolo en el contrato mismo o mediante una declaración de voluntad unilateral inequívoca. O sea, firmando una declaración excluyendo todo convenio arbitral.

El hecho de que la firma haya pasado en la segunda mitad del siglo XX de ser una condición necesaria para someter un litigio a arbitraje a considerarla a principios del siglo XXI como una manera de evitarlo, es sintomático de la evolución del arbitraje comercial internacional y del hecho que el arbitraje ya es el modo normal de resolución de los litigios comerciales internacionales.

Pero esta evolución sólo será sostenible si corresponde a la voluntad y a las necesidades de los operadores de los contratos internacionales.

Su consentimiento es más que nunca necesario.

---

<sup>101</sup> VULLIEMIN, J.M. *Op. cit.*, p. 69.