

# LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS EN EUROPA: ¿UN ENFOQUE UNIFORME?

Eduardo Silva Romero\* - eduardo.silvaromero@dechert.com

Luis Miguel Velarde Saffer\*\* - luismiguel.velardesaffer@dechert.com

## Resumen:

Hoy en día no existe duda de que un convenio arbitral puede ser extendido a partes no signatarias. Un caso en el que esto puede ocurrir es cuando la parte no signataria tiene una participación activa en el iter contractual, es decir, en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato que contiene un convenio arbitral. Diversos tribunales arbitrales internacionales han concluido que esta participación activa del no signatario prueba su consentimiento implícito al arbitraje.

El consentimiento es un elemento fundamental del arbitraje y, como tal, su ausencia conlleva la anulación del laudo. En este contexto, más allá de la postura de los tribunales arbitrales, es necesario conocer cuál es la postura que han adoptado las cortes (por ejemplo, en vía de anulación del laudo) al analizar la existencia de consentimiento implícito. ¿Han adoptado una postura rígida o flexible?

Este artículo aborda esta cuestión. Concretamente, los autores presentan un estudio de las decisiones emitidas por las

cortes de Inglaterra, Suecia, Suiza, España y Francia que refleja una distinta postura (más o menos rígida) respecto del consentimiento implícito.

## Palabras Claves:

Extensión, convenio arbitral, partes no signatarias, consentimiento implícito, buena fe, grupo de compañías y denegación de justicia.

## 1. Introducción

Hoy en día, no existe duda de que, bajo ciertas circunstancias, un convenio arbitral puede ser extendido a partes no signatarias. Varias teorías se han desarrollado en este sentido, tales como la teoría del consentimiento implícito, levantamiento del velo societario y la incorporación por referencia, entre otras.<sup>1</sup>

En las últimas dos o tres décadas, especialmente entre quienes ejercen el arbitraje internacional, se ha alcanzado consenso respecto a los requisitos para aplicar estas teorías. Notablemente, existe un acuerdo general respecto al hecho de que – bajo

---

\* Socio en Dechert (Paris) LLP. Profesor de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario en Bogotá, de Arbitraje de Inversión y Contratos Internacionales en Sciences Po y de Arbitraje Internacional en la Universidad de Dauphine-Paris.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of laws (LL.M), private law and negotiation en Harvard Law School. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado Dechert LLP. Arbitro. Experto en derecho comercial, corporativo y resolución de disputas.

\*\*\* Este artículo fue inicialmente publicado, en idioma inglés, por la American University Business Law Review, bajo el siguiente título: “The Extension of the Arbitral Agreement to Non-Signatories in Europe: A Uniform Approach?”, 5 Am. U. Bus. L. Rev. 371 (2016).

<sup>1</sup> Ver en general Eduardo Silva Romero, El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad, 4 REVISTA DEL CÍRCULO PERUANO DE ARBITRAJE 53 (2011) (con el análisis de estas teorías).

ciertas circunstancias – la participación activa de una parte no signataria en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato que contiene un convenio arbitral puede ser considerada como evidencia del consentimiento implícito al arbitraje.

Sin embargo, cuando la teoría es puesta en práctica, como comúnmente ocurre, surgen enfoques disímiles. Esto parece especialmente cierto cuando se revisan las decisiones de las cortes domésticas. En efecto, mientras que algunos jueces interpretan las circunstancias que pueden revelar la existencia de consentimiento implícito de una manera estricta, otros adoptan un enfoque más relajado y están dispuestos a encontrar el consentimiento más fácilmente. Creemos que esto se debe, al menos parcialmente, a las diferentes posturas tomadas por cada jurisdicción (y, por ende, por sus respectivos jueces) respecto de algunos factores que pueden tener una influencia importante en la decisión de extender o no un convenio arbitral, tales como la buena fe y las doctrinas del grupo de compañías y la denegación de justicia.

En las páginas que siguen, tras identificar la ley aplicable por defecto al convenio arbitral en diversas jurisdicciones europeas (las “*Jurisdicciones*”) (que, como puede intuirse, es también relevante para la decisión final sobre la extensión del convenio arbitral), describiremos los distintos enfoques adoptados en las Jurisdicciones respecto del consentimiento implícito, enfatizando – como se mencionó arriba – los diferentes factores a que se otorga relevancia en cada Jurisdicción.

Terminaremos nuestro análisis con algunas conclusiones.

Las Jurisdicciones analizadas en este artículo son Inglaterra, Suecia, Suiza, España y Francia, las que, de acuerdo con estadísticas de la CCI, son algunos de los países seleccionados con mayor frecuencia como sedes de arbitrajes internacionales en Europa.<sup>2</sup>

## 2. La ley aplicable al convenio arbitral

El análisis de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias debe comenzar por identificar la ley aplicable a dicho convenio. Cuando las partes guardan silencio respecto a este punto, las Jurisdicciones adoptan diferentes enfoques para determinar dicha ley:

- Inglaterra y Suecia establecen procedimientos claros y directos para determinar la ley aplicable;

- Suiza y España otorgan al tribunal arbitral discreción para determinar la ley aplicable; y

- Francia no requiere que el tribunal arbitral se refiera a ninguna ley nacional al analizar la validez y/o alcance de un convenio arbitral.

Cuán estricto o flexible es el enfoque para determinar la ley aplicable por defecto a un convenio arbitral, y cuánta discreción es otorgada al tribunal arbitral para este propósito, puede impactar la decisión final sobre la extensión del convenio arbitral. Por ejemplo, un sistema que no requiere remitirse a una ley nacional para determinar el alcance

---

<sup>2</sup> 2015 ICC Dispute Resolution Statistics, ICC Dispute Resolution Bulletin 2016, No. 1 (2016).

del convenio arbitral evita potenciales requerimientos idiosincráticos que, de otra forma, podrían impedir su extensión a partes no signatarias.

En los párrafos siguientes, citaremos las disposiciones relevantes para cada una de las Jurisdicciones.

### 2.1 Inglaterra

En el caso Sulamérica, la Corte de Apelaciones del Reino Unido desarrolló un proceso claro con tres etapas de análisis para determinar la ley aplicable al convenio arbitral. Al respecto, sostuvo que:

[l]a ley adecuada [aplicable al convenio arbitral] debe ser determinada mediante un proceso de análisis de tres etapas consistentes en (i) la elección expresa, (ii) la elección implícita y (iii) la conexión más cercana y real. Como cuestión de principio, y puesto que la elección de las partes debe ser respetada, esas tres etapas deben ser transitadas por separado y en el orden propuesto.<sup>3</sup>

### 2.2 Suecia

Conforme al Art. 48(1) de la Ley Sueca de Arbitraje, si no existe acuerdo entre las partes, la ley del país en donde se desarrolla el procedimiento será la aplicable al convenio arbitral:

Cuando un convenio arbitral tenga una conexión internacional, el acuerdo se regirá por la ley que las partes acuerden. Si las partes no hubiesen llegado a dicho acuerdo, el convenio arbitral se regirá por la ley del país en donde, en virtud del acuerdo, los

procedimientos se hayan desarrollado o se deban desarrollar.<sup>4</sup>

### 2.3 Suiza

El Art. 178(2) de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado adopta el principio de in favorem validitatis, según el cual un convenio arbitral se considerará válido siempre que cumpla con una de tres leyes diferentes. La Ley Suiza dispone, en la parte relevante, que “un convenio arbitral es válido si es conforme con la ley elegida por las partes, con la ley que rige el fondo de la disputa, en particular el contrato principal, o con la ley Suiza.”<sup>5</sup>

En palabras de la Corte Suprema Suiza en el caso de X Ltd. c. Y y Z. S.p.A:

Corresponde [al Tribunal Arbitral] determinar qué partes están obligadas por el convenio y, si es necesario, determinar si una o más terceras partes no designadas en el convenio están de todos modos alcanzadas por él. Tal cuestión de jurisdicción *ratione personae*, que se relaciona con los méritos, debe ser resuelta con base en el Art. 178 (2) PILA... Esta norma reconoce tres métodos alternativos in favorem validitatis, sin ninguna jerarquía entre ellos, a saber, la ley elegida por las partes, la ley que rige el fondo de la disputa (*lex causae*) y la ley Suiza.”<sup>6</sup>

### 2.4 España

El Art. 9(6) de la Ley Española de Arbitraje también adopta el principio de in favorem validitatis:

6. En el caso de arbitraje internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia

<sup>3</sup> Ver Sulamérica Cia. Nacional de Seguros S.A. c. Engenharia S.A. [2012] EWCA (Civ) 638 [25] (Inglaterra) (el resaltado es nuestro).

<sup>4</sup> Artículo 48(1) de la Ley Sueca de Arbitraje (1999).

<sup>5</sup> Artículo 178(2) de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado (1987).

<sup>6</sup> Ver X. Ltd c. Y. y Z. S.p.A, Bundesgericht [BGer] [Corte Suprema Federal] 19 de agosto de 2008, No. 4A\_128/2008 134 ENTSCHEIDUNGEN DES SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS [BGE] III 565 (Suiza).

será susceptible de arbitraje si cumple con los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho Español.<sup>7</sup>

## 2.5 Francia

Como se indicó arriba, las cortes francesas han adoptado un enfoque diferente. Ellas no consideran necesario referirse a una ley nacional para determinar la validez y/o alcance de un convenio arbitral. El convenio arbitral permanece independiente (o deslocalizado) de las diferentes leyes nacionales que, en otras jurisdicciones, podrían resultar aplicables.

En Comité Populaire de la Municipalité de Khoms El Mergéb c. Dalico Contractors, la Corte de Casación señaló que:

[e]n virtud de una regla sustantiva de arbitraje internacional, el convenio arbitral es legalmente independiente del contrato principal que lo contiene o que se refiere a él, y la existencia y eficacia del convenio arbitral deberán ser analizadas, sujeto a las normas imperativas del derecho francés y la política internacional pública, con base en la intención común de las partes, sin necesidad de hacer referencia a ninguna norma nacional.<sup>8</sup>

De manera similar, el árbitro francés Yves Derains ha señalado que “[e]l rol prominente dado a la intención común de las partes es parte de una norma sustantiva de derecho francés que las cortes francesas aplican sin dar importancia a ninguna ley nacional que pudiera ser aplicable al convenio arbitral conforme a una regla de conflicto.”<sup>9</sup>

## 3. Los enfoques contrastantes respecto del consentimiento implícito

Ahora comentaremos los enfoques que han adoptado las cortes de las Jurisdicciones al analizar la existencia de consentimiento implícito. Como se verá de nuestro análisis, consideramos que el enfoque contrastante de las cortes se explica – al menos en parte – por las diferentes posturas que adoptan las Jurisdicciones sobre factores como la buena fe, la doctrina del grupo de compañías y la denegación de justicia.

Esta idea es fortalecida por el hecho de que, con excepción de Inglaterra, todas las Jurisdicciones adoptan un enfoque teórico similar respecto al consentimiento implícito. En algunos casos, también haremos referencia a otras regulaciones que refuerzan el enfoque – estricto o flexible – adoptado en cada Jurisdicción para vincular a partes no signatarias.<sup>10</sup>

### 3.1 Inglaterra: un enfoque muy estricto respecto del consentimiento implícito

#### a) Generalidades

Con base en la evolución que se ha producido en el arbitraje internacional con relación al consentimiento implícito, Inglaterra puede ser considerada como un caso extraño. No hemos encontrado decisiones donde una corte inglesa haya aceptado extender un convenio arbitral a partes no signatarias con base en el consentimiento implícito (debido, en gran parte, a la importancia otorgada a la doctrina de privity of contract).

Por ejemplo, en Arsanovia Ltd. & Ors c. Cruz

<sup>7</sup> Artículo 9(6) de la Ley Española 60/2003 del 23 de diciembre 2003.

<sup>8</sup> Comité Populaire de la Municipalité de Khoms El Mergéb c. Dalico Contractors, Corte de Casación [Cass.] [Corte suprema de asuntos judiciales] 1e civ., 20 de diciembre de 1993, Bull. civ. II, No. 372 (Fr.) (el resaltado es nuestro).

<sup>9</sup> Yves Derains, Is there A Group of Companies Doctrine? en *Multiparty Arbitration* 131, 135 (Eric Schwartz and Bernard Hanotiau eds., 2010).

<sup>10</sup> Ver infra Sección III.4.

City 1 Mauritius Holdings, la Alta Corte Inglesa dijo que *“el derecho inglés requiere que la intención de someter las disputas a arbitraje sea evidente y no es fácilmente inferida.”*<sup>11</sup>

De modo similar, en el laudo parcial CCI emitido en el caso 13777, el tribunal arbitral dijo que *“el derecho inglés no contiene normas que faculten a un Tribunal a forzar a una parte no signataria a someterse a arbitraje.”*<sup>12</sup>

Este planteamiento fue confirmado por la Corte Suprema del Reino Unido cuando, en el famoso caso *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. c. Pakistán*, analizó la extensión del convenio arbitral a Pakistán bajo el derecho francés. Después de explicar el estándar aplicable, la Corte señaló:

Este es, entonces, el test que debe ser satisfecho para que una corte francesa concluya que una tercera persona es, en efecto, parte no signataria de un convenio arbitral internacional. Más allá del carácter internacional del arbitraje o del carácter transnacional de los principios aplicados, es difícil pensar que un test menos estricto sería consistente con la justicia y las expectativas comerciales razonables.<sup>13</sup>

#### b) Particularidades

La muy estricta aproximación de las cortes inglesas es reafirmada por dos factores. Primero, el rechazo de la doctrina del grupo de compañías (es decir, no se otorga ninguna relevancia al hecho de que una parte signataria y no signataria pertenezcan al mismo grupo corporativo).<sup>14</sup> Segundo, el rechazo del principio general de la buena fe.

En *Interfoto Picture Library c Stiletto*, por ejemplo, la Corte de Apelaciones del Reino Unido señaló que:

En muchos sistemas del civil law, y, tal vez, en la mayoría de sistemas fuera del mundo del common law, el derecho de las obligaciones reconoce e impone un principio predominante según el cual, al celebrar y ejecutar los contratos, las partes deben actuar en buena fe... El derecho inglés no contiene tal principio general, habiendo más bien desarrollado soluciones específicas en respuesta a determinadas situaciones injustas.<sup>15</sup>

Con base en lo anterior, podemos identificar como particularidades del sistema inglés:

- La adopción de un proceso claro con tres etapas de análisis para determinar la ley aplicable por defecto a los convenios arbitrales;
- El enfoque muy estricto aplicado por las cortes al analizar si consentimiento implícito al arbitraje;
- El rechazo de la doctrina del grupo de compañías; y
- El rechazo de un principio general de buena fe.

### 3.2 Suecia: un enfoque estricto respecto del consentimiento implícito

#### a) Generalidades

Partes no signatarias pueden quedar obligadas por un convenio arbitral con base en su

<sup>11</sup> *Arsanovia Ltd. & Ors c. Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012] EWHC (Comm) 3702 [35] (Inglaterra) (el resaltado es nuestro).

<sup>12</sup> Caso CCI 13777, Laudo parcial de jurisdicción de abril de 2006.

<sup>13</sup> *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. c. Pakistan* [2010] UKSC 46 [10] (Inglaterra) (el resaltado es nuestro).

<sup>14</sup> *Peterson Farms Inc. c. C&M Farming Ltd.* [2004] EWHC 121 [62] (Inglaterra).

<sup>15</sup> *Interfoto Picture Library Ltd. c. Stiletto Visual Programmes Ltd.* [1989] QB 433 [439] (Inglaterra) (el resaltado es nuestro).

comportamiento. En un caso reciente, Profera AB c. Blomgren, la Corte de Apelaciones del Oeste de Suecia decidió que las negociaciones y el intercambio de borradores de documentos habían dado lugar a la celebración de un convenio arbitral (oral) entre las partes:

La Corte encontró que las partes habían convenido verbalmente los asuntos principales y determinantes del contrato, a saber el precio de compra. Las partes habían, en consecuencia, celebrado un contrato a pesar de que algunos puntos contractuales aún no habían sido definidos. Luego, la Corte evaluó si las partes estaban vinculadas por la cláusula arbitral contenida en los borradores intercambiados. La Corte concluyó que las partes estaban vinculadas por la cláusula arbitral puesto que la mayoría de los borradores intercambiados contenían cláusulas arbitrales que hacían referencia a la Ley Sueca de Arbitraje. Además, la demandada nunca objetó, protestó ni demostró su desacuerdo con la cláusula arbitral.<sup>16</sup>

En general, las cortes suecas parecen tener un enfoque estricto respecto de la vinculación de partes no signatarias. En otro caso reciente, la Corte Suprema interpretó de manera restrictiva la referencia hecha en una cláusula arbitral a disputas *“derivadas de o en relación con”* el contrato que la contiene, concluyendo que las disputas surgidas de una transacción relacionada (a dicho contrato), y sus partes, no estaban vinculadas por el convenio arbitral. La Corte determinó que *“[l]as cláusulas arbitrales que son relevantes en el presente caso no especifican ninguna relación legal excepto el acuerdo que es regulado por el respectivo documento contractual. Por consiguiente,*

*las cláusulas arbitrales rigen únicamente los derechos y las obligaciones que surgen de estos acuerdos.”*<sup>17</sup>

#### b) Particularidades

La doctrina del grupo de compañías no es aceptada en Suecia.<sup>18</sup>

Por otra parte, en circunstancias excepcionales, el consentimiento para arbitrar puede ser inferido de la pasividad. En una decisión no publicada, la Corte de Apelaciones de Svea dijo que:

En este caso, la corte notó que la parte que no suscriba o desee estar vinculada por un convenio arbitral tiene que adoptar una actitud activa para hacer que su desacuerdo sea conocido por la otra parte. Mientras que una actitud pasiva normalmente no resultará en la formación de un contrato, el caso debe ser distinguido cuando una parte debe estar al tanto que la otra parte cree o asume que un acuerdo vinculante ha sido concluido. Este fue el caso aquí. En esa situación, que aplica al caso Profura, existe la obligación de informar a la otra parte que tal acuerdo no se ha formado.<sup>19</sup>

Con base en lo anterior, podemos identificar como particularidades del sistema sueco:

- La adopción de un proceso claro para determinar la ley aplicable por defecto a los convenios arbitrales;
- La aproximación estricta de las cortes para vincular a partes no signatarias;

<sup>16</sup> Profera AB c. Blomgren [HovR] [Corte de Apelación] 2008-03-12 p.1 T 2863-07 (Suecia) (el resaltado es nuestro).

<sup>17</sup> Concorp Scandinavia c. Karelkamen Confectionary [HD] [Corte Suprema] 2012-04-05 p.5 Ö 5553-09 (Suecia).

<sup>18</sup> ANDERS RELDEN & OLGA NILSSON, INTERNATIONAL ARBITRATION IN SWEDEN: A PRACTITIONER'S GUIDE 67 (Ulf Franke, et al. eds., 2013).

<sup>19</sup> Ukraine c. Norsk Hydra [HovR] [Corte de Apelación] 2007-12-17 T 3108-06 (Suecia).

- El rechazo de la doctrina del grupo de compañías; y
- La aceptación, en circunstancias excepcionales, de que consentimiento puede ser inferido de un comportamiento pasivo.

### 3.3 Suiza: un enfoque intermedio respecto del consentimiento implícito

#### a) Generalidades

Partes no signatarias pueden ser vinculadas por un convenio arbitral con base en su comportamiento. Se considerará que existe consentimiento cuando la parte no signataria haya estado involucrada en la ejecución del contrato que contiene un convenio arbitral.

La Corte Suprema Suiza ha dicho que *“una tercera parte que se involucra en la ejecución de un contrato que contiene un convenio arbitral se considera adherida a la cláusula por actos concluyentes si es posible inferir de su participación su deseo de ser vinculada por la cláusula arbitral.”*<sup>20</sup>

La Corte Suprema ha agregado, sin embargo, que en caso de duda sobre la existencia de consentimiento, deberá adoptarse una interpretación restrictiva:

Para interpretar un convenio arbitral, se debe tener en cuenta su naturaleza legal; en particular, debe considerarse que renunciar a la justicia estatal limitaría drásticamente los recursos legales. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Federal, un intento

de renuncia no puede ser aceptado fácilmente y, por consiguiente, en caso de duda debe primar una interpretación restrictiva.<sup>21</sup>

De manera similar, la doctrina explica que:

En consecuencia, está claro que bajo el derecho sustantivo suizo, la participación en la ejecución del contrato pueda resultar en la extensión del convenio arbitral a una tercera parte. Sin embargo, para [honrar] el principio de relatividad de las obligaciones contractuales, los requisitos para esa extensión deben ser estrictos.<sup>22</sup>

#### b) Particularidades

La doctrina del grupo de compañías no es aceptada en Suiza.<sup>23</sup> Al respecto, la Corte Suprema ha dicho:

La doctrina del Grupo de Compañías no justifica per se extender una cláusula arbitral a otra compañía dentro del mismo grupo. A menos que exista una manifestación de consentimiento independiente y formalmente válida de la otra compañía del grupo respecto del convenio arbitral, dicha extensión solo será concedida en circunstancias que justifiquen una confianza de buena fe en la apariencia causada por la parte no signataria.<sup>24</sup>

Sin embargo, las cortes Suizas toman en consideración la buena fe al evaluar la extensión del convenio arbitral. En una decisión emitida en el 2014, la Corte Suprema afirmó que “el principio de la buena fe (Artículo 2 CC26) debería, sin embargo, en consideración de

<sup>20</sup> X. c. Y Engineering S.p.A., Tribunal Federal [TF] 7 de abril de 2014, ATF 4A\_450/2014 7 (Suiza). (el resaltado es nuestro).

<sup>21</sup> FC X. c Y., Tribunal Federal [TF] 17 de enero de 2013, 4A\_244/2012 11 (Suiza) (el resaltado es nuestro).

<sup>22</sup> Thomas Muller, Extension of Arbitration Agreements to Third Parties Under Swiss Law, in CROSS BORDER ARBITRATION HANDBOOK 11 (2010) (el resaltado es nuestro).

<sup>23</sup> Matthias Scherer, Introduction to the Case Law Section, 27 ASA Bulletin 488, 494 (2009) (“Bajo la ley Suiza, la mera afiliación al mismo grupo de compañías no es suficiente para extender el convenio arbitral firmado por una sociedad del grupo a su matriz o compañía relacionada.”).

<sup>24</sup> X. Ltd c. Y. y Z. S.p.A, Bundesgericht [BGer] [Corte Suprema Federal] 19 de agosto de 2008, No. 4A\_128/2008 134 ENTSCHEIDUNGEN DES SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS [BGE] III 565 (Suiza).



las circunstancias del caso objeto de análisis, requerir que se reconozcan los derechos de X. \_\_\_\_\_ a actuar directamente contra el Grupo Y. \_\_\_\_\_ con base en las cláusulas arbitrales contenidas en los Contratos”<sup>25</sup>

En otra decisión similar, la Corte Suprema señaló que *“ya [s]e ha admitido que, en circunstancias específicas, determinados comportamientos pueden sustituir el cumplimiento de un requisito formal con base en las reglas de la buena fe.”*<sup>26</sup>

Con base en lo anterior, podemos identificar como particularidad del sistema suizo:

- La adopción del principio de in favorem validitatis, que prevé la aplicación de hasta tres leyes distintas al convenio arbitral;
- La interpretación restrictiva dada al consentimiento en casos de duda;
- El rechazo de la doctrina del grupo de compañías; y
- La relevancia otorgada al principio de la buena fe.

### 3.4 España: un enfoque flexible respecto del consentimiento implícito

#### a) Generalidades

Partes no signatarias pueden ser vinculadas por un convenio arbitral con base en su comportamiento. Se considerará que existe consentimiento cuando la parte no signataria

se encuentre directamente implicada en la ejecución del contrato que contiene un convenio arbitral.

La Corte Suprema sostuvo que *“en el presente caso, el convenio arbitral contenido en el contrato de fecha 31 de julio de 1992 se aplica a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato.”*<sup>27</sup>

Cualquier hallazgo de que existe consentimiento debe encontrarse sólidamente sustentado. A este respecto, la Corte Superior Española ha dicho que:

[A]ún más controversial es el problema de la extensión de un convenio arbitral a personas físicas o jurídicas que no lo han suscrito, no sólo como consecuencia del requisito del consentimiento para la existencia de un convenio arbitral (art. 9.1 LA) – lo cual no excluye el consentimiento implícito, inferido del comportamiento – pero igualmente porque, en cualquier caso, inferir dicho consentimiento, cuando no ha sido expresado, debe encontrarse sólidamente sustentado debido a sus radicales consecuencias legales, por ejemplo, la renuncia al derecho de acceder a la jurisdicción ordinaria, núcleo duro – en palabras de la Corte Constitucional – del derecho a un acceso efectivo a la justicia.<sup>28</sup>

#### b) Particularidades

Dos factores flexibilizan el aparente enfoque estricto de las cortes españolas.

Primero, de acuerdo con la doctrina, la

<sup>25</sup> X. v. Y Engineering S.p.A., Tribunal Federal [TF] 7 de abril de 2014, No. ATF 4A\_450/2014 19 (Suiza.) (el resaltado es nuestro).

<sup>26</sup> X. S.A v. Z Sarl, Tribunal Federal [TF] 16 de octubre de 2013, ATF 4P\_115/2003 16 (Suiza) (el resaltado es nuestro).

<sup>27</sup> Caso No. 404/2005, decisión de la Corte Suprema (Primera Sala) 26 de mayo de 2005, en Fundamentos de Derecho, Primer Item (el resaltado es nuestro).

<sup>28</sup> Caso No. 68/2014, decisión de la Corte Superior, Sala Civil y Penal, 16 de diciembre de 2014, en Fundamentos de Derecho, Cuarto Item (el resaltado es nuestro).



doctrina del grupo de compañías tiene cierto peso en España. En la Guía Española IBA del 2012, por ejemplo, se señala que “[l]os convenios arbitrales pueden vincular a partes no signatarias si éstas tienen una relación cercana y fuerte con una parte signataria, o si han tenido un rol importante en la ejecución del contrato.”<sup>29</sup>

Y el Dr. Yves Derains ha señalado que:

De acuerdo con lo anterior, uno podría sentirse tentado a concluir que la doctrina del grupo de compañías tuvo un breve momentum en la evolución de la jurisprudencia francesa sobre la extensión de las cláusulas arbitrales a partes no signatarios. De hecho, esta doctrina ha sido firmemente excluida en otras jurisdicciones con la aparente excepción de España.<sup>30</sup>

Segundo, la buena fe juega un rol muy importante en el análisis de las cortes sobre el consentimiento implícito. Por ejemplo, en el caso 68/2014, la Corte Superior dijo: “[e]n síntesis, como ya fuera mencionado, la Cámara entiende que la extensión a DIMA y GELESA del convenio arbitral contenido en el Acuerdo de Accionistas es una consecuencia natural del contrato, y es consistente con una interpretación de buena fe.”<sup>31</sup>

Finalmente, y puesto que apunta en la misma dirección, vale la pena mencionar brevemente las reglas – establecidas en la Ley de Arbitraje Española – para arbitrajes en el ámbito corporativo. En esencia, estas reglas fuerzan a los accionistas minoritarios y administradores a arbitrar sus disputas.

El Art. 11 (bis) de la Ley de Arbitraje Española establece, en su párrafo relevante, que:

2. La incorporación en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros. . . .<sup>32</sup>

Además, en una reciente decisión, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña extendió un convenio arbitral (contenido en los estatutos originales de la compañía) a accionistas que adquirieron sus acciones luego de la creación de la compañía. La Corte sostuvo que:

Los Estatutos Sociales, debido a su naturaleza de convenio constitutivo que tiene origen en la voluntad de los fundadores de la sociedad, podrían instituir un pacto arbitral para la resolución de las controversias corporativas. “Un acuerdo arbitral es una norma accesorio a los estatutos sociales y como tal, es independiente de la voluntad del fundador y representa una norma corporativa que obliga – debido a su inscripción en el Registro Comercial – no sólo a los signatarios pero además a los accionistas actuales y futuros”.<sup>33</sup>

A la luz de lo anterior, se pueden identificar como particularidades del sistema español:

<sup>29</sup> IBA Arbitration Committee, Arbitration Guide: Spain, marzo de 2012, página 7 (el resaltado es nuestro).

<sup>30</sup> Derains, nota supra 5, pág. 135 (el resaltado es nuestro).

<sup>31</sup> Caso No. 68/2014, decisión de la Corte Superior, Sala Civil y Penal, fecha del 16 de diciembre de 2014, en Fundamentos de Derecho, Cuarto Item (el resaltado es nuestro).

<sup>32</sup> Artículo 11(bis) de la Ley Española de Arbitraje, Acto 60/2003 del 23 diciembre de 2003.

<sup>33</sup> Caso No. 9/2014, decisión de la Corte Superior de Cataluña del 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1987). Este fallo sigue otra decisión tomada por la Corte Suprema el 9 de Julio (RJ 2007, 4960) (el resaltado es nuestro).

- La adopción del principio de in favorem validitatis, que prevé la aplicación de hasta tres leyes diferentes al convenio arbitral;
- La necesidad de contar con un sustento sólido para concluir que existe consentimiento implícito;
- La importancia otorgada a la doctrina del grupo de compañías y al principio de la buena fe; y
- La innovadora disposición de la Ley Española de Arbitraje para los arbitrajes en el ámbito corporativo.

### 3.5 Francia: un enfoque muy flexible respecto del consentimiento implícito

#### a) Generalidades

Partes no signatarios de un convenio arbitral pueden quedar obligadas por el mismo con base en su comportamiento. Sí esto es o no posible – dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso – dependerá de la intención común de las partes. Esta intención común fue analizada por las cortes francesas, inicialmente, mediante un enfoque subjetivista, pero hoy en día un enfoque objetivista es mayoritariamente seguido.

Tal como lo explicó Pierre Mayer:

*“[i]nicialmente había una cierta insistencia en el hecho de que, cuando una parte no signataria haya participado en – de manera general – la ejecución del contrato, y hubiera*

*estado al tanto de la existencia de la cláusula, debía presumirse que había aceptado quedar obligado por aquella. Yo llamaría a esta una tendencia subjetivista. Pero de manera reciente, una tendencia más objetivista ha surgido.”<sup>34</sup>*

A continuación, de manera breve, describiremos estos dos enfoques.

Bajo el enfoque subjetivista, existirá consentimiento implícito cuando (i) la parte no signataria tenga un rol activo en la ejecución del contrato y (ii) sea consciente de que existe un convenio arbitral (lo cual, en principio, se presume).

En *Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine y Fire Insurance Co.*, la Corte de Apelaciones de París dijo:

Considerando que la cláusula arbitral contenida en un contrato internacional tiene su propia validez y eficacia, tal como para requerir su extensión a las partes directamente involucradas en la ejecución del mentado contrato siempre que su situación y actividades indiquen que eran conscientes de la existencia y alcance de tal cláusula, que fue acordada conforme a los usos del comercio internacional.<sup>35</sup>

Enfatizando el requerimiento de la consciencia, la Corte de Apelaciones de París ha expresado que un tribunal arbitral carece de jurisdicción sobre terceras partes que no sabían, y que no podían saber, sobre la existencia de un convenio arbitral. En un

<sup>34</sup> Pierre Mayer, *The Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories - The Irreconcilable Positions of French and English Courts*, 27 AM. U. INT'L L. REV. 831, 831-32 (2012) (el resaltado es nuestro).

<sup>35</sup> *Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine y Fire Insurance Co.*, Corte de Apelación [CA] [Corte regional de apelación] París, civ., 14 de febrero de 1989 (Francia) (el resaltado es nuestro).

caso de esta naturaleza, la Corte afirmó que “[el convenio arbitral era] manifiestamente inaplicable a SOLEIL DE CUBA, tercero en relación al contrato, quien no podía conocer de la existencia de tal cláusula dada su naturaleza confidencial.”<sup>36</sup>

En cuanto al enfoque objetivista, el consentimiento implícito sólo se analiza con base en el comportamiento. El conocimiento de la existencia y/o alcance de un convenio arbitral es irrelevante.

En el caso Alcatel, la Corte de Casación dijo que “[l]os efectos de la cláusula de arbitraje internacional se extienden a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato y las disputas que de él pudieren derivar”.<sup>37</sup>

De manera similar, en el caso Kosa France, la Corte de Apelaciones de París dijo que el convenio arbitral debe extenderse “a las partes directamente involucradas en la ejecución [del] contrato y en las disputas que de él pudieren derivar.”<sup>38</sup>

#### b) Particularidades

En general, las cortes francesas han adoptado un enfoque flexible al analizar si existe consentimiento implícito para arbitrar. Esto está claramente evidenciado en la decisión emitida en el famoso caso Dallah por la Corte de Apelaciones de París (referida más abajo).

Este enfoque flexible se ve complementado por dos factores. Primero, la aceptación de

la doctrina del grupo de compañías. Como ha explicado Yves Derains, “la existencia de un grupo de compañías es una circunstancia que juega un rol importante al determinar la intención de las partes”.<sup>39</sup>

Segundo, el peso que se otorga a las consideraciones de justicia. Comentando la decisión de la Corte de Apelaciones de París en el famoso caso Dallah, donde un contrato y su consiguiente responsabilidad fueron extendidas a una parte no signataria pakistaní, Pierre Mayer dijo que:

“¿Es la posición francés chocante? A primera vista lo es, puesto que el consentimiento de las partes para arbitrar es el cimiento fundamental del arbitraje, y el Gobierno de Pakistán había manifestado claramente su intención de no ser parte del contrato que contiene la cláusula arbitral. Sin embargo, la negativa de reconocer el laudo habría conllevado una denegación de justicia dado que el Fideicomiso había desaparecido y no había nadie – diferente al Gobierno – contra quien Dallah podría haber accionado.”<sup>40</sup>

Con base en lo anterior, podemos identificar como particularidades del enfoque francés:

- No hay necesidad de referirse a las normas nacionales para analizar la validez y/o alcance del convenio arbitral;
- El uso de un enfoque preeminentemente objetivista al analizar si existe consentimiento implícito; y

<sup>36</sup> S.A. Cubana de Aviación c. Societé Becheret Thierry Senechal Gorrias, Corte de Apelaciones [CA] [Corte Regional de Apelaciones] París, civ., 23 de Octubre de 2012, 12/04027 (Francia) (el resaltado es nuestro).

<sup>37</sup> Societé Alcatel Bus. Sys. c. Amkor Tech., Corte de casación [Cass.] [Corte Suprema de asuntos judiciales], 1e civ., Mar. 27, 2010, Bill civ. II, No. 129 (Francia) (el resaltado es nuestro).

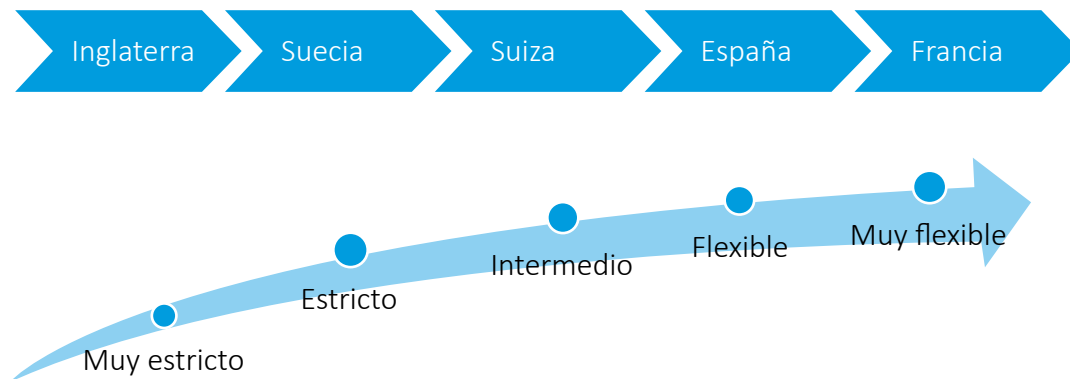
<sup>38</sup> Kosa France c. Rhodia Operations, Corte de Apelación [CA] [Corte Regional de Apelación] París, civ., 5 de mayo de 2011, No. 10-04688 (Fr.) (el resaltado es nuestro); ver también Amplitude c. Promodos, Corte de Casación [Cass.] [Corte suprema para asuntos judiciales], 1e civ., 7 de noviembre de 2012, Bill civ. II, No. 11-2589 (Francia) (apoyando el mismo enfoque que el caso Kosa France).

<sup>39</sup> Derains, supra note 5, en 137 (el resaltado es nuestro).

<sup>40</sup> Mayer, nota supra 34, pág. 836 (el resaltado es nuestro).

- La relevancia otorgada a la doctrina del grupo de compañías y a las consideraciones de justicia.

Con base en lo anterior, el gráfico que se muestra a continuación indica el lugar de cada Jurisdicción en términos de “*enfoque estricto c. enfoque flexible*” hacia el consentimiento implícito:



#### 4. Conclusiones

La explicación ofrecida en la sección III muestra que, con la excepción de Inglaterra:

- Todas las Jurisdicciones aceptan que el consentimiento para arbitrar puede otorgarse de manera implícita;
- La participación activa es el medio común para demostrar el consentimiento implícito para arbitrar; y
- Para concluir que existe consentimiento implícito se requiere contar con un sustento sólido.

Sin embargo, con base en hechos similares,

las cortes de las Jurisdicciones pueden llegar a conclusiones distintas al considerar factores diferentes en su análisis. Si la pertenencia a un mismo grupo corporativo puede ser indicativo de intención, entonces es más fácil traer a una compañía matriz no signataria a un arbitraje que ha sido aceptado por su subsidiaria. Lo mismo aplica a las consideraciones de justicia, las cuales – podría argumentarse – permiten vincular a partes no signatarias en total ausencia de una base contractual.

Desarrollos que facilitan vincular a partes no signatarias también se han dado en el ámbito legislativo, como lo demuestran las innovadoras disposiciones de la Ley Española de Arbitraje para vincular a accionistas minoritarios y administradores.<sup>41</sup> Si uno va

<sup>41</sup> Artículo 11(bis) de la Ley Española 60/2003 del 23 de diciembre de 2003.

más allá de Europa, el Artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje puede ser considerado como una movida en la misma dirección.<sup>42</sup>

Finalmente, y como se señaló anteriormente,<sup>43</sup> el lugar en que se encuentran las Jurisdicciones en el gráfico de más arriba es consistente, en general, con la mayor o menor discrecionalidad que aquellas otorgan a los tribunales arbitrales para determinar la ley aplicable por defecto al pacto arbitral.

---

<sup>42</sup> Ley de Arbitraje Peruana, Art. 14 (establece que “[e]l convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado ...”).

<sup>43</sup> Ver notas supra 28-35 y el texto que las acompaña.