

## **No Signatarios y el Arbitraje Internacional: El Dilema del Árbitro**

**William W. Park** \*

En el presente artículo, William W. Park explora las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la incorporación de partes no signatarias en el arbitraje internacional. Se analizan las teorías del consentimiento implícito y el desconocimiento de la personalidad jurídica.

De este modo, se presenta un claro e íntegro análisis que intenta solucionar uno de los principales dilemas de los árbitros en el arbitraje internacional.

---

\* Profesor de Derecho de la Universidad de Boston. Editor General de *International Arbitration*. Presidente de la Corte de la London Court of International Arbitration (LCIA), Miembro del International Council for Commercial Arbitration (ICCA). Copyright © William W. Park 2008. Publicado en *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

## No Signatarios y el Arbitraje Internacional: El Dilema del Árbitro

### 1. Introducción

**1.01** Al igual que un romance consumado, el arbitraje se basa en el consentimiento.<sup>1</sup> Un acuerdo entre ambas partes lleva a la renuncia del derecho a invocar la jurisdicción de los tribunales competentes<sup>2</sup>.

**1.02** Sin embargo, los árbitros pueden conocer casos en los que están involucradas entidades y personas que nunca firmaron una cláusula arbitral. Académicos del sistema del *civil-law* hacen referencia a la "extensión" de la cláusula arbitral. Por su parte, abogados del sistema del *common-law* tienden a referirse a esta situación como "incorporando a los no signatarios".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Un juez estadounidense se refirió al principio "Abecedario" (es decir, "rudimentario") de que nadie puede ser obligado a arbitrar si es que no hay un acuerdo para ello. Ver: *InterGen v. Grina*, 344 F. 3d 134 (1er Cir. 2003), caso en el que se juzgaron acusaciones de engaño y de prácticas comerciales desleales. *InterGen* (empresa vinculada con el gigante de ingeniería Bechtel) buscaba litigar en Massachusetts, mientras que *Grina* (empresa vinculada con la generadora eléctrica Alstom) invocó una cláusula arbitral que estaba incluida en las órdenes de compra de turbinas de gas ejecutadas por entidades dentro de los dos grupos. En un dictamen de gran erudición, el juez Selya rechazó la petición para obligar el arbitraje.

<sup>2</sup> Ver: Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de junio, 1958, 575 U.N.T.S. p. 159 [en adelante, la Convención de Nueva York], art. II; la Ley Federal de Arbitraje de EE.UU. § 2; la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996 § 5; *La Loi fédérale sur le droit international privé* (Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza) [en adelante PILA], art. 178; *Nouveau code de procédure civile* de Francia (Nuevo Código de Procedimiento Civil francés) [en adelante NCPC], arts 1484 y 1502; Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI") Ley Modelo de Arbitraje, artículo 7. El Arbitraje de inversión basado en un tratado podría ser visto como una excepción, ya que las reclamaciones relacionadas con la expropiación o la discriminación contra extranjeros podrían interponerse en virtud de tratados de inversión y acuerdos de libre comercio sin existir un contrato entre el inversionista y el Estado receptor. Ver: Zachary Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, 74 Br. Y.B. INT'L L. p. 151 (2003), Jan Paulsson, *Arbitration Without Frivty*, 10 ICSID Rev. p. 232 (1995); Guillermo Aguilar Alvarez & William W. Park, *The New Face of Investment Arbitration*, 28 Yale J. Int'l L. p. 365 (2003).

<sup>3</sup> Ver: Alan Rau, Scott, "Consent to Arbitral Jurisdiction: Disputes with Non-signatories", En: *Multiple Parties Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p.69; John M. Townsend, *Non-Signatories in International Arbitration: An American Perspective*, 13 ICCA Congress Series p. 359 (Kluwer Law International 2007); Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations* (2005); William W. Park, "The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction". En: 13 ICCA Congress Series p.55 (2007).

**1.03** Pocas expresiones reflejan con precisión lo que sucede cuando los árbitros escuchan reclamos por o contra una persona que nunca firmó el contrato correspondiente. "Extensión" de una cláusula arbitral puede sugerir establecer un derecho más allá de la esfera de los que han acordado arbitrar. Sin embargo, el consentimiento (incluso implícito de las circunstancias) sigue siendo la piedra angular de arbitraje, por lo menos por los árbitros que valoran el rigor intelectual y la integridad analítica.

**1.04** Del mismo modo, "incorporar a los no signatarios" puede inducir al error al dar a entender que se necesitan firmas para crear compromisos para arbitrar, cuando muchos sistemas jurídicos desarrollados reconocen los compromisos no firmados para arbitrar.

**1.05** Al determinar quiénes consintieron el arbitraje, los jueces normalmente intentan basarse en reglas ya establecidas por su propia jurisdicción, ya sea en las normas de conflicto de leyes, o en los estándares sustantivos para la determinación de la validez del contrato. De cualquier manera, las cortes comienzan con el sistema legal establecido de la cual extraen su autoridad.

**1.06** En el arbitraje internacional, sin embargo, el génesis del poder de decisión no se deriva de un sistema jurídico único. El arbitraje surge de la decisión de las partes de que la controversia no debe ser decidida por tribunales nacionales. Aunque varios países apoyan el proceso arbitral (reconociendo los acuerdos y los laudos), los litigantes mismos constituyen el tribunal arbitral y por lo general son quienes establecen las reglas sustantivas a ser aplicadas en el arbitraje.

**1.07** ¿Cómo deben abordar los árbitros la tarea de vincular a las que podrían llamarse partes "menos-que obvias"? ¿Qué normas deben aplicarse cuando un miembro de un grupo de sociedades busca unirse (o evitar) a un arbitraje sobre la base de un contrato firmado por su empresa afiliada? ¿Qué rol (si es que hay alguno) deben jugar las normas internacionales elaboradas en el curso de otros arbitrajes así como otros casos similares? El objetivo modesto de este trabajo radica en sugerir puntos analíticos de partida en la exploración de estas y otras preguntas.

## **II. Partes "Menos obvias"**

### **A. Los fundamentos**

#### *1. Un espectro de enfoques*

**1.08** Tradicionalmente, la adhesión de una parte adicional a un procedimiento arbitral es justificable por motivos tales como agencia aparente, levantamiento del velo, alter ego,

y por estoppel<sup>4</sup> y puede ser solicitada por signatarios o no signatarios. Buscando llegar a los recursos financieros de un accionista importante, los demandantes a veces entablan arbitrajes contra la sociedad matriz. Por el contrario, los demandados en procesos judiciales estadounidenses buscan a menudo el arbitraje como una forma de escapar de la imprevisibilidad percibida de los veredictos de un jurado.

**1.09** Para los árbitros, las solicitudes de adhesión a un arbitraje por parte de no signatarios crean tensión entre dos principios: el mantenimiento de la naturaleza consensual del arbitraje, y la maximización de la eficacia práctica de un laudo al vincular a éste a las personas relacionadas. Llevado al límite de la lógica, cada principio va en una dirección opuesta al otro. Resolver la tensión usualmente implica las dos doctrinas que se mencionan a continuación: el consentimiento implícito y el desconocimiento de la personalidad jurídica.

**1.10** La formulación varía de un sistema jurídico a otro. Sin embargo, la mayoría de las *causales de vinculación* se refieren a (1) consentimiento implícito o (2) desconocimiento de la personalidad jurídica<sup>5</sup>. En cada caso, debe existir un acuerdo de arbitraje. Sin embargo, el efecto de dicho acuerdo se extiende más allá de los sujetos nombrados como signatarios, en función de una conducta que sugiere la aceptación del acuerdo por parte de otra persona o que justificaría que se sobrepase el velo societario de la entidad firmante.

## *2. Consentimiento implícito*

**1.11** Acuerdos de todo tipo pueden ser inferidos de la conducta. Una pareja cenando en un restaurante de lujo, consumiendo con gusto un cordero mientras disfrutaban de un Cheval Blanc Saint-Emilion de 1982, se encontrará obligada a pagar los precios exorbitantes del chef, incluso sin haber recibido una oferta formal y aceptado la misma. Del mismo modo, dos empresas pueden actuar de una manera que razonablemente observadas puedan interpretarse como un compromiso para arbitrar disputas.

---

<sup>4</sup> Un conocido caso americano presenta cinco teorías que vinculan a los no signatarios: (1) la incorporación por referencia, (2) la asunción, (3) la agencia, (4) levantamiento de velo/alter ego, y (5) estoppel. En virtud de los hechos del caso, el tribunal rechazó cada teoría por ser insuficiente para obligar a la matriz en virtud de un acuerdo de arbitraje firmado por su filial. *Ver: Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Ass'n*, 64 F.3d 773, 776 (2d Cir 1995). Para una perspectiva institucional, *Ver: Whitesell, Anne-Marie, Non-Signatories in ICC Arbitration*, 13 ICCA Congress Series p. 366 (2007).

<sup>5</sup> Ocasionalmente, los argumentos también pueden basarse en el consentimiento "considerado", una noción un tanto resbaladiza que para los efectos del presente trabajo se pueden agrupar mejor con el consentimiento implícito.

**1.12** La jurisdicción arbitral basada en el consentimiento implícito implica que un no signatario podría esperar razonablemente verse obligado (o beneficiado) por un acuerdo de arbitraje firmado por otra persona, tal vez por una relacionada. En tales circunstancias, no hay injusticia cuando los derechos y obligaciones arbitrales se infieren de la conducta.

**1.13** El consentimiento implícito se centra en las intenciones verdaderas de las partes. Basándonos en supuestos, extendidos por gran parte del derecho contractual, el “vinculado” nos hace extender el paradigma básico del consentimiento mutuo a aquellas situaciones en las que el acuerdo se manifiesta en el comportamiento de las partes y no se encuentra escrito.

### *3. El desconocimiento de la personalidad jurídica*

**1.14** A diferencia del consentimiento implícito, el desconocimiento de la personalidad jurídica se construye sobre factores como el fraude o la infracapitalización. Independientemente de la intención de las partes, la persona jurídica formal que firmó la cláusula arbitral desaparece, y es uno o más de sus accionistas quienes responden por las obligaciones asumidas. Al cesar su existencia legal independiente (para fines de arbitraje), la empresa firmante le traslada a su propietario o afiliadas sus derechos y obligaciones relacionados con el arbitraje.

**1.15** Para ilustrar este concepto, un empresario podría negociar activamente un contrato de compra que contiene una cláusula arbitral, pero a último momento hace que este sea firmado por una empresa de su propiedad y controlada por él. Una solicitud de extensión de la cláusula arbitral para que incluya al empresario podría fundamentarse en la noción que el comprador y el vendedor tenían la intención que el empresario fuese parte del acuerdo.

**1.16** Ahora, supongamos que el empresario no tuvo ningún papel en la negociación y ejecución del contrato, pero se apropió indebidamente de activos de la empresa para su uso personal. Si dichas transacciones fraudulentas convierten a la sociedad en un cascarón, un árbitro podría justificar mirar más allá de la empresa, en dirección a su propietario, independientemente de lo que las partes habían deseado originalmente. Para efectos prácticos, la empresa simplemente dejaría de existir, dejando al empresario como parte de la cláusula arbitral.

### *4. Superposiciones conceptuales*

**1.17** En la práctica los argumentos a favor y en contra de la vinculación de no signatarios se superponen. Un solo patrón de hechos podría prestarse tanto para el desconocimiento de la personalidad jurídica como para encontrar el consentimiento implícito. La manipulación fraudulenta por parte de la matriz a una subsidiaria infracapitalizada podría justificar el desconocimiento de la personalidad jurídica, así como también descubrir que la subsidiaria

actuó meramente como agente para la compañía matriz, quien era la verdadera parte contratante.<sup>6</sup>

**1.18** Tal superposición puede conducir a centrarse en "el resultado correcto" en lugar del rigor analítico. Los buenos árbitros, sin embargo, deberán resistirse a la tentación del razonamiento descuidado, el cual puede desacreditar el proceso arbitral.

**1.19** La interrelación de las teorías que afectan a las partes no signatarias podría ser ilustrada por el siguiente escenario, en el que la participación de la matriz en la *negociación* del contrato podría dar lugar a conclusiones diferentes de las que se derivan de la *ejecución* del contrato. Dos compañías de ingeniería acuerdan trabajar juntas en un proyecto de construcción, una como contratista principal y la otra como subcontratista. Su contrato contiene una cláusula arbitral. Después que la relación entre ambas empresas se deteriora, el sub-contratista reclama el pago por el trabajo supuestamente realizado bajo la dirección del contratista principal. Una demanda arbitral sería presentada no sólo contra el contratista principal (el cual se encuentra al borde de la quiebra, coincidentemente), sino también en contra de su accionista principal, el cual es financieramente más solvente.

**1.20** Si el accionista mayoritario de la contratista principal ha participado activamente en la negociación del acuerdo original, se podría argumentar que la intención verdadera de las partes (aunque implícita) siempre había sido que la matriz deba ser responsable del pago de cualquier trabajo adicional. Este argumento sería reforzado si el subcontratista podría demostrar que basó razonablemente su decisión de contratar, en la solidez de los recursos financieros de la matriz.

**1.21** Vamos a cambiar ligeramente la secuencia de eventos, con la matriz del contratista principal entrando en escena *después de* que el contrato ha sido firmado. Las afirmaciones de la intención verdadera de las partes ya no pueden basarse en la participación en la negociación del contrato o de la confianza justificable.

**1.22** Ahora, desarrollemos un poco más los hechos. Durante la ejecución del contrato, la matriz ayuda a la filial en la finalización de la gestión y servicios técnicos que estaban asignados en el contrato al contratista principal. Dependiendo de los hechos, esto podría indicar que las dos partes habían llegado a un entendimiento que la matriz se convertiría en una parte del contrato original y de su cláusula arbitral.

**1.23** Sin embargo, el consentimiento tácito no sería la única conclusión posible a esa situación. La matriz podría haber estado prestando esos servicios de manera contractual,

---

<sup>6</sup> Ver: Caso de la CCI No. 5730 ("*Orr*"), donde un magnate griego naviero engañó conscientemente a sus contrapartes al organizar actividades personales en varias entidades corporativas. Además, la parte no signataria fue mencionada en el contrato respectivo.

como cualquier empresa no relacionada podría hacer. En tal caso, los argumentos que la participación de la matriz en el proyecto indicado reflejan consentimiento implícito a adherirse al contrato original serían muy débiles.

**1.24** Como veremos más adelante en este ensayo, no existe una fórmula mágica que le diga a los árbitros, qué principio legal deben aplicar para determinar la incorporación de un no signatario. Los argumentos a favor del consentimiento implícito implican un marco jurídico diferente de los argumentos que sustentan el desconocimiento de la personalidad jurídica. La legislación nacional puede ser usada, sobre todo para el momento de incorporar a una empresa signataria. Además, a menudo los árbitros acuden a normas transnacionales establecidas en otros laudos arbitrales, así como de la ley de la sede del arbitraje y del foro de la ejecución.

**1.25** En algunos casos, las preguntas surgen con respecto a la interacción de la ley estatal y federal, sobre todo cuando la decisión de un árbitro es impugnada en la jurisdicción ordinaria.<sup>7</sup> Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos requiere la aplicación de los "principios de la ley estatal ordinaria" que rigen la formación del contrato.<sup>8</sup> Esto no debería sorprender, ya que desde hace casi setenta años no ha existido un Derecho contractual general en los Estados Unidos<sup>9</sup>. Sin embargo, los principios federales son considerados en cuestiones regidas por la Ley Federal de Arbitraje<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Ver: *InterGen v. Grina*, 344 F. 3d 134. Frente a una elección entre ley estatal o federal, el tribunal llegó a la conclusión de que las normas federales eran las apropiadas.

<sup>8</sup> *First Options v. Kaplan of Chicago*, 514 U.S. 938 (1995), en el que se falló que un árbitro equivocadamente tomó jurisdicción sobre accionistas en base de una cláusula arbitral firmada por una empresa que era totalmente de su propiedad. Ver: *General Elec. Co. v Deutz AG*, 270 F. 3d 144 (3d Cir. 2001), donde se aceptó una excepción a la regla general que establece que la ley federal regula los acuerdos internacionales de arbitraje. Un fabricante estadounidense demandó a una empresa alemana que garantizaba las obligaciones de su filial en un *joint venture* para la fabricación de motores de locomotoras. La cláusula de elección de la ley pertinente (que establecía la aplicación de la legislación suiza) se consideró inaplicable a la determinación inicial sobre si había habido un acuerdo. Aplicando la ley de Pennsylvania (que gobernó la mayor parte del rendimiento del contrato así como las negociaciones pre-contractuales), el tribunal llegó a la conclusión de que la cláusula del *joint venture* fue ambigua. Así, el asunto fue sometido a un jurado que emitió un veredicto estableciendo que las dos empresas *no* habían acordado arbitrar.

<sup>9</sup> Ver: *Erie Railroad v Tomkins*, 304 U.S. 64 (1938). Los lectores fuera de Estados Unidos deben tener en cuenta que el adjetivo "general" califica al sustantivo "*common law*." Los estatutos de los tribunales federales y tratados crean una forma de especificación de derecho común para el instrumento que ha de interpretarse, como ocurrió en *First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba ("Bancec")*, 462 EE.UU. 611, 613 (1983), discutido en la Parte IV.B *infra*.

<sup>10</sup> Los estados no pueden hacer que la ejecución de los acuerdos de arbitraje sea más dificultosa que la ejecución de otros tipos de contratos. Así, un estado puede requerir que todos los contratos se escriban en mayúsculas, pero no puede imponer tal obligación sólo en los acuerdos

## B. Una palabra sobre Taxonomía: Acuerdos sin firmar

**1.26** El término "no signatarios" sigue siendo útil para las que podrían llamarse partes "menos obvias" de una cláusula arbitral: las personas y entidades que nunca "firmaron" el papel pero aun así deben ser parte del arbitraje, en virtud a las circunstancias de la relación comercial concreta. La etiqueta hace poco daño si se lo invoca, simplemente por la facilidad de expresión, para designar a una persona cuyo derecho u obligación de arbitrar puede ser real, pero no evidente.

**1.27** Empero, el término sigue siendo potencialmente engañoso, dado que puede sugerir que la falta de la firma por sí sola reduce la validez del acuerdo arbitral. De hecho, muchos sistemas jurídicos no imponen el requisito que los convenios de arbitraje tengan que ser documentos firmados<sup>11</sup>. Algunos países reconocen los convenios de arbitraje pactados incluso oralmente<sup>12</sup>. Las normas nacionales de arbitraje suelen reconocer el consentimiento expresado en disposiciones escritas no firmadas<sup>13</sup>, como lo hace la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI")<sup>14</sup>. La Convención

de arbitraje. *Ver*: *Doctor's Assoc. v. Casarotto*, 517U.S. 681 (1996). *Ver*: el análisis del levantamiento del velo societario en *Bancec*, discutido en la Parte IV.B *infra*.

<sup>11</sup> Por el contrario, una firma no siempre vincula al firmante a arbitrar, sobre todo cuando el fraude o coacción se puede demostrar, o cuando se aplican los regímenes de protección de los consumidores. Además, las firmas pueden ser irrelevantes cuando los tribunales consideran que la materia de una controversia es "no susceptible de arbitraje" o consideran al contrato en sí "inconcebible" en razón de las circunstancias especiales que rodean su conclusión.

<sup>12</sup> *Ver*: Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda de 1996, N<sup>o</sup> 99, primer anexo, párr. 7, que se aplica a los arbitrajes realizados en Nueva Zelanda. La sección 6 (a) de la misma Ley se aplica a los arbitrajes realizados en Nueva Zelanda, a diferencia de las sentencias dictadas en el extranjero. Acuerdos de arbitraje con consumidores son exigibles sólo si fueron pactados en acuerdos escritos separados (no el contrato principal) después de que haya surgido una diferencia: Ley de Arbitraje, el artículo 11, en su versión modificada del 09 de octubre de 2007. Un conjunto de reglas separadas se aplica en el segundo anexo (concerniendo a apelaciones *inter alia* sobre cuestiones de Derecho), aplicable a los arbitrajes internacionales sólo si las partes así lo acuerdan (*opt in*) y para arbitrajes no internacionales en los que las partes no han ejercido el Derecho de optar por la no aplicación de estas reglas.

<sup>13</sup> En los Estados Unidos, la Sección 2 de la Ley de Arbitraje Federal requiere el reconocimiento de un acuerdo de arbitraje contenida en una disposición "escrita", aunque no firmada. Sección 5 (4) de la Ley de Arbitraje Inglesa define un "acuerdo por escrito" a los contratos realizados de otro modo que por escrito, pero registradas, ya sea por una de las partes o de un tercero. El artículo 178 del LDIP/IRRG suizo habla de las comunicaciones que establecen un acuerdo por un texto ("*établir la preuve par un texte*" / "*Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht*"). El artículo 1443 del NCPD francés (aplicable al arbitraje nacional) permite que una cláusula arbitral figure en un documento al que el acuerdo principal se refiere ("*un document auquel [la convention principale] se réfère*").

<sup>14</sup> Enmiendas al art. 7, adoptadas en 2006, ofrecen dos opciones. La primera prevé que un acuerdo de arbitraje debe estar en la forma de una cláusula en un contrato o un acuerdo separado, ambos



de Nueva York abarca a los convenios arbitrales celebrados a través de intercambios de cartas y telegramas no firmados<sup>15</sup>, y la jurisprudencia ya ha interpretado la Convención permitiendo la jurisdicción arbitral generada a través de contratos no firmados, tales como órdenes de compra<sup>16</sup>.

**1.28** Más importante aún, el hecho que un "no signatario" pueda ser obligado a arbitrar no prescinde de la necesidad de un acuerdo de arbitraje. En cambio, sólo significa que dicho acuerdo obtiene su fuerza vinculante a través de algún medio distinto a la formalidad de la firma. El marco legal usual de arbitraje comercial (ya sea Ley, Tratado, o reglas institucionales) sigue requiriendo la presencia de algún consentimiento a arbitrar, ya sea expreso, implícito o incorporado por referencia a otros documentos o transacciones.<sup>17</sup>

---

de los cuales deben ser por escrito. Existe un escrito si su "contenido se registra en cualquier forma, sea o no que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante una conducta o por otros medios." Para evitar cualquier duda, la primera opción incluye como escritos a las comunicaciones electrónicas, intercambios de escritos de demanda y de defensa, y la incorporación en un contrato por referencia a un documento que contenga una cláusula arbitral. La segunda opción no se pronuncia sobre la cuestión de la escritura, e incluye sólo una frase (también se incluye como una introducción a la primera opción) en el sentido de que un acuerdo de arbitraje es "un acuerdo de las partes quienes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una definida relación jurídica." La versión anterior del Art. 7 (que requiere una firma en algunos casos) fue criticada por ser muy restrictiva, dado que a menudo las partes suelen beneficiarse por *form contracts* que una de las partes se olvida de firmar.

<sup>15</sup> Convención de Nueva York, *supra* nota 2, art. II (2), define que el "acuerdo por escrito" puede ser entendido incluido en "una cláusula arbitral en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".

<sup>16</sup> Ver: Sphere Drake Ins. PLC v. Marine Towing, Inc. 16 F.3d 666, 669 (5th. Cir. 1994), en el que se sostuvo que una cláusula arbitral en un contrato no tiene que ser firmada, en base a un efecto restrictivo dado a la coma que se encuentra después de "un acuerdo de arbitraje" en el art. II (2) de la Convención de Nueva York. Comparar: Kahn Lucas Lancaster v. Lark Int'l Ltd., 186 F.3d 210 (2d Cir. 1999), interpretando "firmado por las partes" como aplicable a las cláusulas arbitrales encapsuladas en contratos más amplios, así como a los acuerdos de arbitraje separados.

<sup>17</sup> Ocasionalmente uno suele ver referencias fuera de lugar sobre arbitrajes "no voluntarios", particularmente en los Estados Unidos. Esta etiqueta se ha aplicado con un tono polémico para describir compromisos vinculantes de arbitraje que las partes no pueden ignorar, y / o cláusulas arbitrales en contratos de consumo o de empleo, donde el consentimiento informado puede estar ausente. El término también se ha puesto de moda para los esquemas de protección dictadas por las legislaturas estadounidenses como un tipo de mediación anexa a las cortes. Por ejemplo, las regulaciones llamadas "ley limón", que cubren denuncias contra fabricantes de automóviles, requieren un proceso arbitral por las reclamaciones sobre los vehículos supuestamente defectuosos, pero permiten la apelación ante el Tribunal Superior. Ver: Mass. Gen. Leyes ch. 90 § 7N1 / 2. El sistema guarda analogías limitadas al Financial Ombudsman Service británico, cuyas decisiones son vinculantes a las instituciones financieras, pero no a los consumidores. Ver: Adam, Samuel, *Consumer Financial Services in Britain*, 3 Eur. Bus. Org. L. Rev. p. 649 (2002).

## C. El diablo en el detalle: Criterios Relevantes

**1.29** El proverbio del diablo en los detalles merodea por los patrones complejos sobre los hechos subyacentes en la mayoría de las situaciones que podrían justificar la extensión del convenio arbitral. Los criterios más relevantes para el vinculado no signatario no son fáciles de identificar ni de aplicar, en parte debido a que los árbitros a menudo consideran y aplican teorías que se superponen. A menudo, la decisión de vincular a una parte no signataria se basa en más de un factor, lo que hace recordar la expresión continental *sin faisceau d'indices*-“un paquete de criterios”.

**1.30** Sin perjuicio de lo anterior, varios factores emergen del análisis de elementos significativos recogidos de una muestra pertinente de laudos arbitrales. Los siguientes patrones de hechos aparecen con frecuencia en los casos en que los árbitros vinculan al arbitraje a partes no signatarias, y que parecen comportarse con las expectativas razonables de la mayoría de los gerentes de empresas. La siguiente enumeración no pretende ser exhaustiva, pero sí puede fungir como un conjunto base en el que se puede iniciar el análisis práctico de pretensiones de incorporación de partes no signatarias al arbitraje comercial internacional.

**1.31** Por lo menos existen cinco escenarios comunes que a menudo se presentan en los casos en que el análisis conduce a la incorporación de una parte no signataria. Estos pueden ser enumerados de la siguiente manera:

- (1) Participación del no signatario en la formación del contrato<sup>18</sup>, a veces ligado a la confusión creada por la mención del “no signatario” en los documentos contractuales<sup>19</sup>;
- (2) Un solo esquema de contrato que tiene varios documentos<sup>20</sup>;
- (3) Aceptación tácita o expresa del convenio arbitral por la parte no signataria, ya sea en el arbitraje en concreto<sup>21</sup> o en otra situación<sup>22</sup>;

---

<sup>18</sup> Caso de la CCI No. 7155, se negó la extensión debido a la ausencia de participación en el momento de celebrarse el contrato; Ver: Caso de la CCI No. 11160, en el que se incorporó a una parte no signataria que jugó un rol importante en la formación del contrato.

<sup>19</sup> Caso de la CCI No. 5730, donde una corporación que funcionaba como líder del grupo, intencionalmente creaba y mantenía confusión.

<sup>20</sup> Caso de la CCI No. 1434, se extendió la cláusula arbitral basándose en el consentimiento manifestado por la designación inconsistente de la parte que contrató, en nombre del no signatario, una serie de contratos. Ver: Caso de la CCI No. 8910, donde se encontraron varios contratos para constituir una única relación contractual.

<sup>21</sup> Caso de la CCI No. 4131 (*Dow Chemical*), se le otorgó a filiales corporativas el beneficio de una cláusula arbitral contenida en contratos celebrados por otro miembro de la familia corporativa. Comparar: Caso de la CCI No. 6519, se rechazó una petición de empresas del mismo grupo para

(4) La ausencia de la personalidad jurídica de la signataria;<sup>23</sup> y

(5) Fraude o “*abuso fraudulento*” de la personalidad jurídica<sup>24</sup>.

**1.32** Los primeros tres elementos se relacionan principalmente con el consentimiento implícito, mientras que los últimos dos versan sobre el velo corporativo. Para ilustrar la forma en que patrones específicos de datos se apoyan sobre cualquier decisión de *incorporación*, se han listado algunos casos en el Apéndice de este artículo.

### III. Normas internacionales

#### A. Legislación Aplicable

**1.33** Cuando se plantea la duda de quién ha acordado arbitrar, los árbitros pueden enfrentar una situación de “el huevo y la gallina”. La parte que defiende la existencia de un acuerdo (con el no signatario) podría instar a la aplicación de la Ley aplicable según el propio contrato, a pesar de que dicha designación sobre la Ley aplicable claramente no era pretendida a relaciones con partes ajenas al contrato.

**1.34** La elección del Derecho aplicable puede presentarse a los árbitros y tribunales en contextos procesales muy diferentes. Los árbitros deben decidir si el contexto fáctico y jurídico del litigio permite la adhesión o incorporación a la cláusula arbitral de una entidad que nunca firmó el contrato (no signatario). Las cortes, sin embargo, pueden necesitar definir como asunto previo si ellos tienen jurisdicción para conocer una

---

<sup>22</sup> unirse al arbitraje basándose en el hecho de que el líder del grupo y el firmante nunca tuvieron la intención de hacerlas parte del acuerdo en su capacidad de “entidad jurídica independiente.” Caso de la CCI No. 7604 y 7610, en el que un demandado no signatario admitió su aceptación del pacto arbitral.

<sup>23</sup> Caso de la CCI No. 5721, donde el firmante no existía como una entidad jurídica independiente, sino que tan solo era una sucursal de la parte no signataria en el momento del acuerdo. Comparar: Caso de la CCI No. 3879 (*Westland Helicopters*), donde los árbitros, por medio de una organización legalmente transparente, lograron tomar jurisdicción sobre los países árabes que habían creado la organización paraguas del grupo, la cual se consideró como careciente de personalidad legal. El laudo fue posteriormente anulado por el *Tribunal fédéral* suizo por haber exceso de jurisdicción, aunque con anterioridad a la entrada en vigor del marco reglamentario suizo actual de arbitraje, el PILA. Ver: *Westland Helicopters v Egypt*, AOI y Arab British Helicopter Co., XVI YB COM. Arb. p.174 (1991).

<sup>24</sup> Caso de la CCI No. 8385, en donde el árbitro encontró una “conducta ilegítima” llevada a cabo en contra de la parte que solicitó el levantamiento del velo corporativo; 1991 caso *ad hoc* Suizo en el que el tribunal determinó al abuso como condición básica para el levantamiento del velo. Comparar: Caso de la CCI No. 10758, en el que el tribunal no encontró pruebas de fraude que podrían justificar el levantamiento del velo corporativo.

solicitud con respecto a procedimientos extranjeros donde una parte pide que un laudo se anule y la otra que acepte la incorporación<sup>25</sup>.

**1.35** Por otra parte, incluso a la hora de abordar cuestiones similares acerca de los no signatarios, los jueces ordinarios tienen un trabajo mucho más fácil que los árbitros en la búsqueda de las normas aplicables. Las cortes pueden mirar hacia las normas de conflicto de leyes o al derecho contractual sustantivo del sistema legal del cual obtienen su jurisdicción. Por el contrario, los árbitros internacionales no derivan su autoridad de ninguna jurisdicción en específico. El arbitraje implica una renuncia a la resolución de disputas en los tribunales nacionales, con el acuerdo de los litigantes como base a la autoridad y a la misión de los árbitros.

**1.36** Cuando una parte no signataria niega haber dado su consentimiento al arbitraje, la existencia misma de ese contrato se mantiene en el corazón de la controversia entre las partes. Un árbitro cuya decisión se basa en una única versión de los hechos controvertidos (la afirmación de que "X" estuvo de acuerdo para arbitrar) estaría abierto a la acusación de haber participado en un ejercicio circular, presumiendo el mismo hecho de que se mantiene abierto a determinación y partiendo de la conclusión impugnada cuya verdad debe ser evaluada.

**1.37** Si "X" nunca aceptó el contrato, no puede haber consentido a la legislación aplicable o las normas de la sede arbitral. La relevancia de cada uno depende del consentimiento. Aunque cada sistema jurídico podría afectar la aplicación del laudo, cualquiera sería problemático para orientar al árbitro en si "X" consintió al arbitraje.<sup>26</sup>

**1.38** Una forma de salir del dilema de los árbitros se encuentra en la búsqueda de nociones sobre el "acuerdo" independientes de cualquier sistema jurídico nacional particular. Dichas normas son a menudo usadas en laudos arbitrales y en análisis académicos, a los que nos abocaremos ahora.

---

<sup>25</sup> Tales nociones pueden implicar consideraciones de tratados con respecto a la revisión judicial "primaria" y "secundaria". Ver: *URS Corp. v. Lebanese Co. for Development and Reconstruction of Beirut (Solidere)*, 512 F. Supp. 2d 199 (D. Del., 2007) (Corte en Delaware sin jurisdicción para imponer el arbitraje en París); *Gulf Petro Trading Company Inc. y otros v. Nigerian National Petroleum Corp. y otros*, 2008 WL 62546 (5th Cir 2008) (Corte en Texas sin jurisdicción para anular un laudo dictado en Ginebra).

<sup>26</sup> Con carácter provisional, algunos árbitros podrían considerar la ley de la sede arbitral como una *lex loci arbitri*, pero someter a prueba las conclusiones contra los principios de normas transnacionales que hacen hincapié en la verdadera intención como lo esencial para determinar consentimiento. Uno nota, por supuesto, que la mayoría de las leyes de arbitraje no se ocupan del consentimiento implícito de ninguna manera significativa.

## B. Precedentes Arbitrales

**1.39** Los precedentes contenidos en laudos arbitrales publicados, complementados por comentarios académicos, a menudo proporcionan coherencia intelectual y fundamento práctico para los árbitros que buscan una orientación sobre cuestiones relacionadas con partes no signatarias. Estas "normas transnacionales" se utilizan como herramientas de sentido común para el análisis de contratos, distintas a las de la ley aplicable, cuya aplicabilidad depende de la historia y los argumentos presentados por una de las partes de la controversia. La aplicación inteligente de estas normas puede mejorar la predictibilidad en los arbitrajes internacionales.

**1.40** Estos precedentes forman parte de un corpus más grande de principios emergentes, a veces denominado *lex mercatoria*, que tiene una aplicación más amplia que las prácticas comerciales derivadas de profesiones específicas<sup>27</sup>, y son distintas a los principios generales del derecho<sup>28</sup>. Aunque no son vinculantes en sentido estricto de un "precedente" en su aplicación por una jurisdicción nacional<sup>29</sup>, las normas transnacionales suelen servir una función análoga, ya que representan el contenido esencial de un laudo que probablemente se use para justificar la decisión de otro<sup>30</sup>. Cada vez más, se ve una

<sup>27</sup> En Alemania, el *Bundesgerichtshof* consideró que por medio de las prácticas del comercio de piel de oveja se puede inferir una clausula arbitral. Un comprador de pieles canceló el contrato y demandó la devolución de los pagos realizados. El vendedor solicitó el arbitraje fundamentándose en un estándar de un "Contrato Internacional de Cueros & Pieles" mencionado en la correspondencia entre las partes. La Corte consideró que las prácticas comerciales pueden dar lugar a un derecho de arbitraje, y envió el caso a la Corte inferior para determinar si la supuesta práctica existía. BGHZ, Urt. Y, 3 de diciembre de 1993 III ZR 30/91, comentario de Klaus-Peter Berger, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* p. 465 (1993).

<sup>28</sup> Gaillard, Emmanuel, *La Distinción des Principes Généraux du Dro que et des Usos du Commerce International in Etudes Offertes à Pierre Bellet* (1991). Ver: W. Laurence Craig, W. PARK, William & Paulsson, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration* ch. 35, en pp. 633-639 (3ª ed 2000); Derains, Yves & Schwartz, Eric, *Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, pp. 242-244 (2ª ed 2005.); Mustill, Michael, *The New Lex Mercatoria*, 4 Arb INT'L p. 86 (1988); Peter Berger, Klaus, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* 102-112 (1999); De Ly, Filip, *International Business Law and Lex Mercatoria* pp. 134-151 (1992).

<sup>29</sup> Dentro de una jurisdicción única, una medida de uniformidad se puede imponer desde arriba hacia abajo para que un caso pueda proveer autoridad para tomar decisiones en patrones de hechos similares en lo que respecta a una cuestión de Derecho semejante. Como cuestión de teoría, los sistemas de derecho civil tienen una opinión diferente del precedente. Ver: *Code Civil* Francés, art. 5, que prohíbe a los jueces pretender establecer reglas generales: "*Il est défendu aux Juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les provoca qui sont leur soumises*". En la práctica, sin embargo, la diferencia entre las tradiciones puede que no sea tan grande. Ver: Tallon, Denis, *Precedent*, en: *Dictionnaire de la Culture Juridique* pp. 1185-1187 (2003).

<sup>30</sup> Ver: Legum, Barton, *Definition of Precedent*, Symposium on Precedent in International Arbitration, International Arbitration Institute, París, 14 de diciembre 2008. Ver: Kaufmann-

tendencia entre los árbitros de hacer referencia a laudos anteriores con el objetivo de distinguir lo que la tradición legal considera *obiter dictum*, declaraciones no esenciales para la determinación del caso.<sup>31</sup>

**1.41** Tales normas pueden justificarse como la mejor forma para determinar las expectativas razonables de litigantes provenientes de distintos ordenamientos jurídicos. En circunstancias apropiadas, se aplican no porque una autoridad lo mande, sino por *faute de mieux*, debido a la falta de una mejor manera de promover la solución justa de controversias en una comunidad global donde no todos los actores comerciales aceptan las normas parroquiales de una sola legislación nacional<sup>32</sup>.

**1.42** Normas transnacionales, principalmente orientadas a los hechos, y que son aplicadas para la incorporación de partes no signatarias, extraen su contenido y valor del consenso tomado de una amplia gama de sentencias ordinarias nacionales y laudos arbitrales. Estas decisiones tienden a formar un nuevo marco para orientar la toma de decisiones basada en principios del arbitraje internacional.<sup>33</sup>

**1.43** En algunos casos, tanto las cortes como los árbitros buscan algo parecido a normas transnacionales para probar la validez de una cláusula arbitral, sobre todo cuando una parte busca una "vía de escape" mediante provisiones "parroquiales" de una Ley nacional. Este enfoque transnacional ha sido aceptado en Francia por la *Cour de cassation*, que apoya

---

Kohler, Gabrielle, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse*, 23 *Arb. Int'l* p. 357 (2007); Cheng, Tai-Heng, *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*, 30 *Fordham Int'l L. J.* p. 1014 (2007).

<sup>31</sup> El énfasis del derecho común de encontrar el "*holding*" de un caso podría no ser compartido con todas las tradiciones jurídicas. Los juristas franceses, por ejemplo, a menudo leen las decisiones del *Cour de cassation*, como si fueran un texto legislativo, sin distinguir las declaraciones que podrían considerarse *dictum* al otro lado del Canal de la Mancha.

<sup>32</sup> En virtud de las normas de algunas instituciones arbitrales, las consideraciones adicionales apoyan la aplicación de las normas jurídicas no nacionales. Por ejemplo, el art. 17 (1) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("ICC") permite a los árbitros aplicar "normas de derecho" (no limitadas a los sistemas jurídicos nacionales) que determinen como "apropiadas". Este enfoque se recomienda a sí mismo en ausencia de un acuerdo claro entre las partes, que es precisamente la situación en el presente procedimiento.

<sup>33</sup> En algunos casos, los árbitros prueban sus conclusiones contra la ley propuesta como más favorable para la parte que pierde. Por ejemplo, un árbitro que levanta el velo societario por encima de las objeciones de un accionista no signatario demandado, podría revisar el resultado bajo el marco normativo propuesto por el accionista mismo para fundamentar argumentos en contra de la incorporación. Por otro lado, un tribunal inclinado a rechazar la aplicación de la extensión de la cláusula arbitral podría examinar sus conclusiones tentativas con referencia a la ley sugerida en los escritos presentados por el demandante que exige la incorporación.

firmemente un estándar internacional para determinar la validez de una cláusula arbitral,<sup>34</sup> y también pueden encontrarse en decisiones nacionales de otras jurisdicciones.<sup>35</sup>

### C. Consentimiento presunto.

**1.44** Las referencias a "sustitutos" para el consentimiento a veces sirven como frases para explicar la incorporación en situaciones en que los árbitros o tribunales consideren que existe un acuerdo de arbitraje<sup>36</sup>. Sin embargo, la doctrina nunca debería aceptar la sugerencia que el consentimiento se ha convertido de alguna manera en irrelevante.

**1.45** Propiamente entendido, el "consentimiento presunto" funciona simplemente como una manera de objetivar el consentimiento en patrones de hechos en los que existe un acuerdo, a pesar que las formalidades tradicionales puedan estar ausentes o poco claros. Las circunstancias de la relación entre las partes se verán como "equivalentes" a un acuerdo (tal vez un contrato "backdoor"), incluso si la conducta se configura plenamente dentro de los contornos de la doctrina clásica del contrato.<sup>37</sup> Tal enfoque puede ser útil, pero nunca debe reemplazar el análisis de quien accedió a qué.

<sup>34</sup> Ver: *Municipalité de El Mergeb v. Dalico*, Cass. 1e civ., 20 de diciembre de 1993, Rev. Arb. p. 116 (1994), se sostiene que la cláusula arbitral era "legalmente independiente del contrato principal en el que se contenía. . . y su existencia ha de ser determinada por la voluntad común de las partes sin la necesidad de una referencia a una ley nacional" ( "*C'est d'après une règle matérielle du droit international de l'arbitrage de Me cláusula compromisoria est indépendante juridiquement du contrat directeur qui la contient. . . et Que son existence et son efficacité s'apprécient d'après la comuna Volonté des parties, sans qu'il soit neceser de se référer à une loi étatique*"). *Id.* en p. 117 Ver: T. Hascher, Dominique, *Complex Arbitration: Issues in Enforcement and Annulment Actions of Arbitration Awards under French Law*, en *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford, 2009, p. 375 Parte I.

<sup>35</sup> Ver : *Rhône Méditerranée v Achille Lauro*, 712 F. 2d 50 (3d. Cir 1983), sobre la validación de una cláusula de arbitraje que contravenía la ley italiana y que no tuvo en cuenta las cláusulas que exigían un número par de árbitros incluso si se tenía una provisión para tener un árbitro dirimente. El tribunal sostuvo que un compromiso de arbitraje se consideraría "nulo de pleno derecho" en virtud de la Convención de Nueva York sólo si fuese defectuoso por razón de "una defensa reconocida a nivel internacional, tales como la coacción, el error, el fraude, o la renuncia", o cuando fuese contrario con alguna política fundamental del Estado foro del arbitraje.

<sup>36</sup> Ver: Rau, *supra* nota 4.

<sup>37</sup> Otras áreas del derecho proveen situaciones análogas en las que un patrón de comportamiento será considerado equivalente a otro. Por ejemplo, los tratados de inversión suelen extender una protección de conducta contra el país anfitrión sobre conductas equivalentes a la expropiación, aunque no haya ocurrido una confiscación en sentido estricto. Una expropiación "progresiva" podría ser implementada por medio de políticas tributarias discriminatorias, acoso regulatorio, o por medio de procesos de quiebra ingenierados con la finalidad de forzar a inversionistas extranjeros a que abandonen sus activos. Ver: Reisman, Michael & Sloane, Robert, *Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation*, 2003 Br. Y.B. Int'l L. p. 115 (2004); Edsall, Rachell, *Indirect Expropriation under NAFTA and DR-CAFTA*, 86 B.U. L. Rev. p. 931 (2006); Burns H.



**1.46** Las analogías con consentimiento presunto aparecen en otras áreas de la ley, donde los tribunales establecen distinciones entre el consentimiento subjetivo y objetivo. Varios años atrás, el Tribunal federal suizo fue llamado a decidir cuándo partes "acordaron estar en desacuerdo" tal que el plazo para demandar se activase. Al hacerlo, el tribunal distinguió entre el consentimiento como una cuestión de hecho (*tatsächlich*) y el consentimiento como una cuestión de derecho (*objektiv*).<sup>38</sup>

**1.47** Como veremos más adelante, la operación de "consentimiento presunto" podría ser ilustrada por dos figuras jurídicas diferentes: la doctrina estadounidense de "*estoppel*" y los principios franceses relacionados con contratos coligados. La primera permite a los tribunales dirigir el arbitraje con respecto a los hechos íntimamente entrelazados con una causa de acción sujeta a arbitraje. En la segunda, el marco procedimental de la demanda seguirá la transferencia de derechos sustantivos a lo largo de una cadena de compradores y vendedores. En cada caso, las expectativas razonables de las partes requieren que el arbitraje se imponga en virtud de hechos que se pueden asimilar a consentir justamente.

### 1. *Estoppel*

**1.48** Cuando la esencia de una demanda está relacionada a un contrato que requiere de arbitraje, un signatario puede ser excluido (*Estopped*) de hacer valer la inaplicabilidad de una cláusula arbitral. Este tipo de *Estoppel* equitativo se ilustra con un caso de un contrato de suministro y servicios entre los dos grupos de empresas que trabajaron juntas para construir una planta de energía en Arabia Saudita.<sup>39</sup> Algunos miembros de cada grupo firmaron contratos que contenían cláusulas arbitrales, mientras que otros firmaron contratos que no contenían dicha cláusula. Alegando que los contratos habían sido inducidos a través de *representaciones incorrectas* sobre el trabajo a realizar, los demandantes reclamaron por

---

Weston, "*Constructive Takings*" under International Law: A Modest Foray into the Problem of "*Creeping Expropriation*," 16 Va. J. Int'l L. p. 103 (1975).

<sup>38</sup> Vekoma v Maran Carbón, *Tribunal fédéral*, Civil Division I, 17 de agosto 1995, 14 ASA Bull. p. 673 (1996); comentario de Phippe Schweizer. Un contrato de venta tenía una provisión para arbitrar en la CCI bajo la condición de que las pretensiones sean presentadas dentro de los 30 días después de haber fallado las negociaciones. Un laudo otorgado bajo el fundamento de una pretensión presentada en mayo de 1992 fue impugnado por ser inoportuno. El demandado aseguró que las negociaciones se frenaron en enero y no en abril como lo alegaba el demandante. Enfocándose en la voluntad y el entendimiento de las partes, la Corte anuló el laudo bajo el razonamiento de que el freno de las negociaciones (acuerdo a no estar de acuerdo) ocurrió en enero como materia de norma legal (*Konsens objektiv*) sin importar la intención subjetiva (*Konsens tatsächlich*). Id. en p. 678, Sección C-3-c de la decisión.

<sup>39</sup> Fluor Daniel Intercontinental, Inc. v General Electric Co., Inc N ° 98-Civ. 7181 (PST), 1999 WL 637236 (SDNY 1999).



daños y perjuicios en los tribunales contra las filiales no-signatarias de las empresas que habían firmado los acuerdos correspondientes.

**1.49** El tribunal ordenó que se realice el arbitraje, bajo el razonamiento de que los demandantes no podían "valerse del contrato cuando le es favorable (...) pero repudiar el contrato y su cláusula arbitral cuando creen que les es perjudicial."<sup>40</sup> Por lo tanto un signatario de una cláusula arbitral no podrá rehusarse al arbitraje con un no-signatario cuando la esencia de la disputa esta entrelazada con o se deriva del contrato que contenga la cláusula arbitral.<sup>41</sup>

**1.50** Otro ejemplo reciente puede encontrarse en un caso sobre distribución de bebidas en Illinois. El contrato de distribución principal (nivel superior) contenía un pacto arbitral, pero no en los subsiguientes contratos de concesión de la sub-distribución (segundo nivel)<sup>42</sup>. Alegando resolución injustificada del contrato por ventas a terceros, (un supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales del contrato de distribución original), el sub distribuidor inició una acción judicial contra el fabricante. A pesar de la ausencia de una cláusula arbitral en el contrato de sub-distribución, el tribunal ordinario suspendió el juicio y ordenó la realización de un arbitraje.<sup>43</sup>

**1.51** Se debe tener precaución en relación con el *Estoppel*, dada la aplicación confusa que se le da. El *Estoppel* arbitral es distinto del *Estoppel* promisorio (promesas que inducen a acciones que serían perjudiciales si no se cumplen), *Estoppel* equitativo (preclusión de hacer valer derechos frente a quien justificadamente se basó en la conducta), y por *Estoppel* de garantías (preclusión por el que un asunto decidido en una acción no puede ser litigado de nuevo en otro juicio que implica las mismas partes)<sup>44</sup>. Inherentes a todo uso del término es

---

<sup>40</sup> 1999 WL 637236 en \*6, que establece una teoría de estoppel "alternativa".

<sup>41</sup> Ver: *Sunkist Soft Drinks v Sunkist Growers*, 10 F. 3d 753 (11th Cir 1993.); *JJ Ryan & Sons v Rhône Poulenc Textil SA*, 863 F. 2d 315 (4th Cir 1988).

<sup>42</sup> *Southern Illinois Beverage v. Hansen Beverage Co.*, 2007 WL 3046273 (SD Ill 2007).

<sup>43</sup> Sucesores con interés presentan otra ilustración del principio. Una cláusula arbitral firmada por el difunto puede vincular a sus herederos. Ver: *In re Ford Motor Co. & Gillespie Motors*, 220 S.W.3d 21 (Tex App. 2006), donde una viuda se vio obligada a arbitrar el contrato de venta de un vehículo motorizado cuando presentó una demanda como representante de sus hijos menores (como también de la masa hereditaria), alegando un incumplimiento de la garantía en una volcadura accidental. Comparar: *Peltz v. Sears, Roebuck & Co.*, 367 F. Supp. 2d 711 (ED Pa. 2005), donde una pareja murió por exposición al calor en Filadelfia, cuando Sears Roebuck no reparó su acondicionador de aire. Bajo una teoría de estoppel, el albacea fue obligado a arbitrar en virtud de una cláusula en el contrato de mantenimiento, no sólo el recurso interpuesto en representación de la masa hereditaria, sino también la acción de muerte injusta en nombre de los herederos. En las tradiciones continentales, las analogías se pueden encontrar en el concepto francés de terceros "*opposabilité*."

<sup>44</sup> Derivado del francés antiguo "*estouper*" el verbo se hizo "*to stop*" en Inglés. En el francés moderno el término aún sobrevive como "*étouper*", utilizado en el sentido de "tapar" o "calafatear" en

la noción que la justicia exige que se prohíba un camino particular, sea ese camino prohibido la excepción de una promesa, la afirmación de los derechos, la re litigación de cuestiones jurídicas, o (en el caso del *Estoppel* arbitral) negación de beneficios y cargas de una cláusula arbitral.<sup>45</sup>

## 2. Contratos coligados

**1.52** En Francia, una larga lista de casos apoya el principio que los derechos y obligaciones del arbitraje siguen a la acción en sí misma como derivado de los acuerdos en "cadena", sobre transferencia de propiedad. Como señaló una autoridad, el principio sirve para conectar una obligación sustantiva con su marco procesal.<sup>46</sup>

**1.53** La doctrina fue confirmada en un interesante caso de la *Cour de cassation* a principios de 2007, relacionado a una serie de transferencias derivadas de un contrato que preveía un arbitraje en Filadelfia<sup>47</sup>. Una empresa belga había contratado con una empresa norteamericana la compra de chips electrónicos. Dicha empresa norteamericana tenía a su vez un contrato con una empresa coreana. Los chips iban a ser usados por la filial francesa de la compañía belga para producir terminales telefónicas. El proveedor coreano aparentemente necesitaba la aprobación de la empresa belga, la cual fue gestionada por la filial francesa del vendedor americano, introducido en el escenario para la conveniencia de la compañía belga.

**1.54** Cuando los chips resultaron defectuosos, el comprador demandó una indemnización ante un *juzgado comercial* francés. El recurso fue interpuesto contra el vendedor americano, sus subsidiarias, y el proveedor coreano. Los demandados afirmaron que la cláusula arbitral excluía los procedimientos judiciales. La *Cour d'appel* y la *Cour de cassation* estuvieron de acuerdo con la posición de los demandados. El consentimiento para arbitrar expresado en el acuerdo inicial siguió a lo largo de la cadena de transacciones.

---

cuanto a los agujeros de un barco o en un barril. Ver : III *Le Grand Robert de la Langue Française* p. 302 (ed. Alain Rey. 2001).

<sup>45</sup> En el derecho civil, para analogías equiparables al estoppel. Ver : Gaillard, *Emmanuel*, *L'Interdiction de se contredire au detriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international*, Rev. Arb. p. 241 (1985); Pinsolle, Philippe, *L'preclusion reconnu en France de manière autonome*, note on Cass. 1e civ., 6 de julio de 2005 (Golshani v. Gouvernement de la République d'Islamique Irán), Rev. Arb. p. 993 (2005).

<sup>46</sup> François-Xavier de tren, *L'arbitraje est action directe: à propos de l'arrêt*, ABS du 27 mars 2007, Gaz. Pal. (21 de noviembre y 22 de 2007). Colocando a la decisión en un contexto, el profesor Train señala, " *Elle*[la cadena de la doctrina de transacciones] *fixe le régime procesal de l'obligation. . . qui, à titre ce, ne saurait en principe en être dissociée*".

<sup>47</sup> Business Systems Société Alcatel (ABS), Société Alcatel Micro Electronics (AME) et Société AGF v Amkor Technology et al, civ Cass 1e., 27 de marzo 2007, JCP [2007] I 168, No. 11, comenta Christophe Seraglini; JCP [2007] II 10118, comenta Catalina Golhen.

**1.55** Por otra parte, la compañía belga, al aceptar a las dos filiales en el proyecto (aparentemente para facilitar la aprobación del fabricante de chips coreano) les confirió el beneficio de la cláusula arbitral firmado por las matrices. El consentimiento mutuo para arbitrar se deriva de su aceptación en la operación en el momento en que el proveedor coreano recibió la aprobación.

## IV. La Lex Societatis

### A. Levantamiento del Velo Corporativo

**1.56** En un modelo económico de libre mercado, la existencia de un velo jurídico que separa a las empresas y sus accionistas ha constituido durante mucho tiempo un principio fundamental de las transacciones comerciales, sean estas transfronterizas o dentro de una sola jurisdicción. En consecuencia, los laudos arbitrales generalmente sólo son vinculantes entre las empresas que acordaron arbitrar. Otros miembros de la familia societaria (matriz, filial o vinculadas) no perderían su proverbial "día en corte" simplemente porque una cláusula arbitral ha sido firmada por una entidad dentro de un grupo empresarial.

**1.57** Este principio general concuerda con las expectativas comerciales de la mayoría de los gerentes de empresas, y no presenta sorpresas injustas. Los terceros que contratan con empresas están conscientes que los límites del flujo de responsabilidad corporativa surgen de los principios establecidos por el lugar de constitución de la empresa, a veces llamado la sede corporativa o *siège*.<sup>48</sup>

**1.58** Sin embargo, esta regla no es absoluta. La mayoría de los sistemas jurídicos sofisticados ignoraran la personalidad jurídica en situaciones de conducta abusiva por parte de los accionistas tales como el fraude o la subcapitalización. Algunos países hablan de "responsabilidad civil extensiva" (*extension du passif*) para describir situaciones excepcionales en las que los propietarios responderán por las deudas sociales.

**1.59** En distintos países, las doctrinas aplican conceptos análogos, aunque con diferentes etiquetas y formulaciones. Los abogados anglosajones hablan de "*piercings*" (penetrar) o "*lifting*" (levantar) el velo entre los accionistas y la sociedad.<sup>49</sup> Los abogados francófonos

---

<sup>48</sup> En algunos casos, los grupos supranacionales adquieren personalidad jurídica de tratados internacionales, como es discutido, *infra*, en relación con el caso *Westland Helicopters*.

<sup>49</sup> Para bien o para mal, la expresión "levantamiento del velo societario" ha tomado diferentes significados en diferentes contextos. Por ejemplo, en discusiones sobre el arbitraje de inversión a veces aplica el termino en conexión con el derecho de un accionista de demandar por pérdidas sufridas por una empresa del Estado anfitrión que ha sufrido expropiación directa, en casos como los de Barcelona Traction, Light & Power Ltd. (Bélgica v. España, Second Phase),

tienden a referirse al *abus du droit* (abuso de derecho), que permite las demandas contra los accionistas mayoritarios por abusar de sus derechos de propiedad.<sup>50</sup> La judicatura alemana invoca nociones de *Durchgriff*, o "tomar a través" de la corporación.<sup>51</sup> Usando una metáfora óptica, la pérdida de la personalidad jurídica hace que la empresa sea transparente y no opaca.

**1.60** El levantamiento del velo corporativo puede ser invocado para justificar jurisdicción sobre una filial corporativa<sup>52</sup> o la responsabilidad de una empresa por las deudas sustantivas de otra.<sup>53</sup> Esto no significa, sin embargo, que los árbitros que se incorporan a una matriz no signataria deban (o deberían) encontrar al accionista responsable de las obligaciones de la subsidiaria. Ocasionalmente, la incorporación podría justificarse en el consentimiento, como cuando una matriz se compromete a arbitrar sobre la base de contratos firmados por su filial.<sup>54</sup> A pesar de que ambas entidades han acordado someterse al mismo procedimiento de arbitraje, el árbitro podría determinar que ninguna de las empresas es responsable de las obligaciones de otra.

**1.61** Por otro lado, una empresa podría ser responsable de las obligaciones de otras, sin sujetarse necesariamente al mismo mecanismo de solución de controversias que figura en la obligación primaria. El garante responde por las deudas de la matriz, pero podría negociar una cláusula de elección de jurisdicción en el instrumento de garantía (X garantiza a Y) a pesar de que el préstamo que está garantizado (Y toma prestado de Z) contiene una cláusula arbitral. La existencia de tales mecanismos de selección de jurisdicción separados no dice nada acerca de su sabiduría.

---

1970 CIJ p. 3 (5 de febrero 1970), 1970 WL 1 (CIJ), y Elettronica Sicula SpA (ELSI) (U.S. v. Italia), 1989 CIJ p. 15, 1989 WL 139016 (CIJ).

<sup>50</sup> Para los oídos no franceses, la noción contiene una ambigüedad delicada. Aunque "*le droit*" hace referencia a la "ley", "*un droit*" o "*les droits*" indica "un derecho" o "derechos." En este contexto, el abuso por parte de los accionistas sobre la personalidad jurídica corporativa implica el mal uso de "*un droit*"-el derecho de la responsabilidad limitada.

<sup>51</sup> El concepto surge de *durch* ("a través") y *greifen* ("apoderarse"). Ver: Tribunal fédéral suizo, decisión 4C.327/2005, 24 de noviembre del 2006 I. *Zivilabteilung*.

<sup>52</sup> Incluso en lo que respecta a las filiales de entidades extranjeras, los principios estadounidenses pueden ser aplicados en determinaciones jurisdiccionales. En: *Taca International Airlines v. Rolls Royce de Inglaterra*, 15 NY 2d 97, 102 (1965), un tribunal de Nueva York tomó jurisdicción sobre una compañía británica, sobre la base que su filial en Delaware era "un simple departamento" de su casa matriz.

<sup>53</sup> Ver: Blumberg, Phillip, Strasser, Kurt, Georgakopoulos, Nicholas & Gouvin, Eric, Blumberg on Corporate Groups ch. 6 (2d ed. 2005); Phillip 1. Blumberg, *The Multinational Challenge to Corporation Law* pp. 78-96 (1993).

<sup>54</sup> Ver: *Fluor Daniel v General Electric*, discutido en un texto en las notas adjuntas número 40-42 *supra*, donde el estoppel permitió que un demandado no signatario se beneficiara de una cláusula arbitral firmada por una filial.

## B. El lugar de constitución

**1.62** Los accionistas pueden ser excluidos de la existencia separada de una empresa cuya forma corporativa se ha abusado a través de fraude o descapitalización deliberada. El accionista puede haber saqueado los activos de las filiales.<sup>55</sup> En tales circunstancias, es necesario dejar de reconocer la forma corporativa, que presume que los accionistas reciban ganancias sólo a través de dividendos legítimos y/o aumento del valor de las acciones.

**1.63** Esto no significa que los árbitros pueden poner en entredicho la existencia legal de la empresa simplemente porque sus activos resultan inadecuados a sus obligaciones. El dinero puede haberse perdido por una mala gestión o incluso por mala suerte. Los acreedores de una empresa siempre corren el riesgo que la empresa pueda llegar a la insolvencia por las vicisitudes del comercio o la ineptitud de los ejecutivos.

**1.64** Cuando los argumentos para la incorporación se basan en doctrinas elaboradas en relación con la personalidad de la empresa (en lugar de un consentimiento tácito), el punto de partida del análisis reside en la ley del lugar de su constitución.<sup>56</sup> La ley que llevó a la compañía a la existencia serviría lógicamente como el ordenamiento jurídico al que las partes contratantes buscan orientación para cuestiones relacionadas con la personalidad jurídica. Así, el lugar de constitución de la filial ha servido tradicionalmente como un punto de partida para determinar el alcance de una personalidad jurídica.

**1.65** Esta *lex societatis* generalmente rige las cuestiones relacionadas con el alcance de su existencia legal. Tomar la normativa del lugar de constitución para orientación sobre la personalidad jurídica es una práctica respaldada por el derecho interno de muchos centros de arbitraje.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Además, la extensión de la jurisdicción arbitral sobre una sociedad matriz puede estar basada en algún defecto en las formalidades corporativas, lo que resulta en una falta de personalidad jurídica ab initio para la entidad presunta que firmó el convenio arbitral.

<sup>56</sup> En algunos sistemas federales surgen preguntas acerca de si la fuente de la ley correspondiente se encuentra en principios federales o de las reglas de subdivisiones políticas. Ver Bancec, 462 EE.UU. 611, 613 (1983), discutido en la nota 59 infra. En cualquier caso, las normas aplicables son las de la legislación nacional (en el sentido de la deriva por el gobierno) en lugar de la práctica transnacional.

<sup>57</sup> En los Estados Unidos, el Restatement (2D) of Conflicts of Laws § 307 (1971), establece que "la ley local del estado de constitución se aplicará para determinar la existencia y el alcance de la responsabilidad de un accionista hacia la corporación por las cuotas o contribuciones y hacia sus acreedores por las deudas sociales. "En Francia, la vida empresarial se rige por la ley de la sede de la empresa. Ver : *Répertoire Dalloz De Droit International*, Tomo III, *Société*, ch. 1, Sección 2, art. 2, § § 99-114 (Hervé Synvet): " [Les] droits et des associés obligations. . . nécessairement obéit à une loi unique. . . celle du siège social." En Suiza, el artículo 154 de la PILA establece que las

**1.66** Además de servir como punto de partida para el análisis de la personalidad jurídica, la ley del presunto lugar de constitución también puede servir como un punto final. Por ejemplo, un demandante puede afirmar que una corporación subsidiaria nunca fue debidamente constituida bajo las leyes de su supuesta sede social. Si esa afirmación puede probarse, no habría ninguna necesidad de mirar a los principios transnacionales. El caso habría terminado debido a la falta de personalidad jurídica en virtud de la ley que supuestamente le dio existencia legal a la compañía.

**1.67** Cuando los árbitros miran a la legislación nacional, la interacción entre la ley estatal y federal puede ocasionalmente generar tensiones. Por ejemplo, en los Estados Unidos la constitución y existencia de las empresas normalmente se rige por la ley del Estado de constitución. No obstante, las entidades controladas por gobiernos extranjeros han sido sometidas a un estándar federal para el levantamiento del velo societario. Al fallar sobre un intento por parte de Cuba para cobrar dinero de un banco cuyos activos había confiscado, la Corte Suprema de los EE.UU., en el conocido caso *Bancec*, aplicó los principios de equidad "comunes al derecho internacional y el *common law* federal" para permitir que el valor de los activos expropiados sean acreditados contra las deudas contraídas por una carta de crédito.<sup>58</sup>

**1.68** En algunas circunstancias, los árbitros también aplican las normas transnacionales que determinan la personalidad jurídica de acuerdo con un enfoque de sentido común que evita las normas de una entidad subnacional, buscando una comparación a la legislación nacional o a un consenso entre los laudos arbitrales internacionales. Dichas normas tienen un papel especial en lo que respecta a las entidades supranacionales creadas por tratado internacional,<sup>59</sup> o cuando el lugar de constitución tiene reglas inadecuadas para proteger a terceros que son víctimas de abusos de las empresas.

---

empresas se rigen por la ley con las cuales están organizadas ("*le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées*").

<sup>58</sup> *First National City Bank v Banco Para el Comercio Exterior de Cuba ("Bancec")*, 462 U.S. 611, 613 (1983). Al permitir una compensación, el tribunal reconoció la evidente injusticia que resultaría si Cuba pudiese alegar inmunidad soberana para frustrar la indemnización por expropiación, pero aun así cobrar una carta de crédito emitida a su instrumentalidad. La Corte estipuló dos contextos que justificaron la salida de las reglas normales que limitan la responsabilidad de los accionistas: (1) cuando el control de una entidad por otra crea una relación de principal y agente, y (2) cuando el respeto por la personalidad jurídica tendería a "beneficiar al fraude o la injusticia." *Id.* en 629-630.

<sup>59</sup> Por ejemplo, en el caso de *Westland Helicopters*, XVI YB Com. Arb. pp. 174-181 (1991), el tribunal arbitral buscó analogías sobre asociación en los principales sistemas jurídicos para determinar personalidad corporativa.



**1.69** Tales casos probablemente seguirán siendo la excepción y no la regla. Los argumentos a favor del levantamiento del velo corporativo se hacen más tenues en el contexto de relaciones comerciales regulares (en contraste con las acciones de responsabilidad civil extracontractual),<sup>60</sup> que incluyen peticiones para ampliar el poder del arbitraje mediante el levantamiento del velo societario de una parte contratante. Además, en la mayoría de los casos la aplicación de principios nacionales y transnacionales de levantamiento del velo corporativo comparten contornos generales comunes, que difieren en el énfasis y no en principio básico.<sup>61</sup>

## V. La Doctrina del “Grupo de Sociedades”

### A. El caso de *Dow Chemical*

**1.70** La mayoría de discusiones académicas abordan la adhesión de no signatarios con alguna referencia a la llamada doctrina del “grupo de sociedades” elaborada hace casi un cuarto de siglo en Francia.<sup>62</sup> En el caso líder, *Dow Chemical v. Isover St. Gobain*,<sup>63</sup> una

---

<sup>60</sup> Al establecer que la doctrina del alter ego era inaplicable en reclamaciones contractuales, una Corte estadounidense notó esta diferencia entre reclamaciones contractuales y extracontractuales: "En un caso contractual, el acreedor ha voluntariamente hecho negocios con la filial. Si el acreedor quiere hacer responsable a la casa matriz por las deudas de la filial, puede contratar para ese fin." Ver: *Subway Equip. Leasing Corp. v Sims* ( en *Re Sims*), 994 F. 2d 210, 218 (5<sup>a</sup>. Cir 1993) (citando a *Estados Unidos contra Jon-T Chems, Inc.* 768 F. 2d 686, 694 (5<sup>a</sup>. Cir 1985)). Ver: Andreas Lowenfeld, *International Litigation and the Quest for Reasonableness: Essays in Private International Law*. 105 (1996).

<sup>61</sup> Cabe señalar que algunos autores sugieren que los árbitros normalmente dispensen con una decisión sobre la ley aplicable. Ver : Hanotiau, *Bernard, L'arbitrage et les groups de sociétés*, *Gaz. Pal.* p. 6 (18 de diciembre y 19, 2002). Tales generalidades deben ser leídas en contexto. La mayor parte de incorporaciones de no signatarios se justifican sobre la base de los contornos del consentimiento, no sobre el rechazo de la personalidad corporativa. En este mismo artículo, el profesor Hanotiau explica que los árbitros suelen basar sus decisiones jurisdiccionales sobre lo que ellos perciben como "la voluntad común de las partes" visto en el contexto de la matriz de hechos de la disputa y lo que ellos perciben como prácticas comerciales aplicables: "*la volonté commune des parties, en prenant également en considération les usages du commerce internationale*" Ver : PHILIPPE Fouchard, Emmanuel Gaillard, y Berthold Goldman, *Traité de L'Arbitrage Commercial International*, § 502, que sugiere incorporación "por la voluntad de las partes" ("*des cas où cette extension pouvait se justifier par la volonté, au moins implicite, des parties*") .

<sup>62</sup> Ver: Wilske, Stephen, Shore, Laurence & Ahrens, Jan-Michael, *The Group of Companies Doctrine: Where is it Headed?*, 17 *Am. Rev. Int'l Arb.* p. 73 (2006); Sandrock, Otto, *Arbitration Agreements and Groups of Companies*, 27 *Int'l Law.* p. 941 (1993).

<sup>63</sup> *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, Caso de la CCI No. 4131, *Laudo Provisional*, Sept. 23, 1982, *JDI* p. 899 (1983), comentario Yves Derains. Una versión Inglesa del caso puede ser encontrada en: Jarvin, Sigvard & Derains, Yves, *I Recueil des sentences arbitrales de la CCI: 1974–1985*, at p. 146, con citas relevantes en p. 149, primer párrafo entero. El laudo fue

matriz estadounidense (Dow USA) y su subsidiaria francesa (Dow France) procuraron beneficiarse de una cláusula arbitral contenida en acuerdos que las filiales (Dow AG y Dow Europe) habían firmado con empresas cuyos derechos fueron transferidos a Isover St. Gobain. Dado que la parte que rechazaba la incorporación (Isover St. Gobain) ya había aceptado arbitrar de conformidad con las cláusulas relevantes que vinculaban a Dow AG y a Dow Europe, la cuestión fundamental era si esta se vería obligada a honrar ese compromiso con respecto a las compañías que deseaban participar en el procedimiento arbitral.

**1.71** Al rechazar la pretensión de Isover St. Gobain de negarle un lugar en el proceso arbitral a Dow USA y a Dow Europe, el tribunal arbitral citó varios indicios de la intención común de las partes y enfatizó que la cláusula arbitral era autónoma del acuerdo principal. Por lo que las partes habían de demostrar haber aceptado, ya sea el contrato entero (incluyendo la cláusula arbitral) o el convenio arbitral mismo.<sup>64</sup>

**1.72** *Dow Chemical* supone que la parte que buscó estar incluida debió haber estado involucrada en las etapas iniciales y finales de la transacción: la negociación y la celebración del contrato, como también en su ejecución y terminación. La participación en la ejecución del contrato no parece recibir significancia cuando esta es aislada de cualquier otro elemento, como la negociación.<sup>65</sup> Autoridades académicas han enfatizado que un no signatario debe jugar un rol en la creación del contrato (negociación y celebración) como también su ejecución (*performance*).<sup>66</sup>

---

confirmado por la *Cour d'Appel de Paris*, Oct. 21, 1983, Rev. Arb. p. 98 (1984). Ver: Poudret, Jean-François & Besson, Sébastien, *Droit Comparé de l'Arbitrage International* p. 227 (2002); Hanotiau, Bernard, *Complex Arbitrations* (2005); Jarrosson, Charles, *Conventions d'Arbitrage et Groupes de Sociétés*, en *The Arbitration Agreement: Its Multifold Critical Aspects*, ASA Bull., Special Series No. 8 p. 209 (Dec. 1994).

<sup>64</sup> Ver: laudo de Dow Chemical (JDI p. 899, en p. 904 (1983)), tomando en cuenta que en un caso similar no se había establecido que Company X hubiera aceptado la cláusula arbitral si hubiese firmado el contrato directamente.

<sup>65</sup> El original en Francés hace referencia a "*la commune volonté des parties . . . telle qu'elle résulte des circonstances qui ont entouré la conclusion et caractérisé l'exécution puis la résiliation des contrats où elles fi gurent . . .*" JDI p. 899 (1983), comentario Yves Derains. La cita aparece en p. 901, primer párrafo entero. Después el mismo laudo menciona "*la conclusion, l'exécution ou la résiliation*" usando el disyuntivo "*ou*" (o) en vez del conjuntivo "*et*" (y). Ver: p. 904, tercer párrafo en la parte D, concerniendo a "Le groupe des sociétés." El disyuntivo "*ou*" (o) parece haber sido un error tipográfico. El texto anterior deja claro que el tribunal consideró todos los tres momentos como relevantes: negociación, ejecución y terminación. Los párrafos siguientes hacen claro que la aceptación de la cláusula arbitral misma es lo que cuenta.

<sup>66</sup> En conexión con relaciones de matriz/filial, un autor argumenta, "*[S]eules sont liées par le contrat et la clause d'arbitrage les sociétés qui ont participé à la conclusion et à l'exécution de la convention.*" ("Las únicas entidades obligadas por el contrato y la cláusula arbitral son las



**1.73** El sentido común explica el énfasis que se le da a la participación en las primeras etapas de la relación entre las partes. Normalmente, al momento en que los contratos están siendo negociados y celebrados, las partes interiorizan quién vendría a ser obligado. Una entidad dominante no debería ser permitida a retirarse de la relación, particularmente cuando la negociación produjo confianza en la otra parte.

## **B. No signatarios que consienten**

**1.74** En *Dow Chemical*, el no signatario no cuestionó el arbitraje, sino que deseaba unirse a un proceso ya iniciado por sus afiliadas. El no signatario pudo demostrar que "la aplicación de la cláusula arbitral (...) contiene la intención común de las partes."<sup>67</sup> La parte que resistía el arbitraje, había, de hecho, aceptado arbitrar la materia objeto de la controversia. La única cuestión era si podría ser obligada a honrar ese compromiso de arbitraje con respecto a los vinculados de las empresas con legitimidad para demandar.

**1.75** Cuando un no signatario solicita arbitrar contra un signatario, el umbral para extender la cláusula arbitral podrá ser puesto en un nivel menor que su lugar habitual, en el caso de que una de las partes nunca haya abandonado su derecho de presentar alegatos o defensas en cortes que normalmente tendrían competencia sobre las partes y/o su controversia.<sup>68</sup> El signatario que resiste la incorporación del tercero podrá argumentar que nunca aceptó arbitrar con el afiliado particular que busca ingresar al proceso. El argumento tiene algo de fuerza, no obstante, resulte limitado en su naturaleza. La parte que resiste *sí* aceptó que controversias relacionadas con la materia en cuestión sean resueltas por la vía arbitral.<sup>69</sup>

---

empresas que han participado en la conclusión y la ejecución del acuerdo"). Hanotiau, *supra* nota 62, en la p. 16, parra. 54(5).

<sup>67</sup> Ver: laudo *Dow Chemical* (JDI p. 899, at p. 904 (1983)); en el Francés original: "*cette application* [de la "*clause compromissoire*" mencionada más temprano en el mismo párrafo] *est conforme à la volonté des parties.*" Versión en Inglés en Jarvin & Derains, *supra* nota 64, en la p. 152.

<sup>68</sup> No signatarios consintieron al arbitraje no solo en *Dow Chemical* sino que también en la decisión de *Jaguar*, conocida en la literatura por eximir transacciones de consumidores internacionales de esquemas de protección franceses. *Société V 2000 v. Société Project XJ 220 ITD et autre*, Rev. Arb. p. 245 (1996), comentario Jarrosson, Charles. Es importante hacer mención que el no signatario (*Jaguar France*) buscó arbitrar y que estuvo involucrado en la transacción (venta de un automóvil hecho a pedido) desde su comienzo.

<sup>69</sup> Una versión algo análoga sustenta la Regla 21.1(h) del London Court of International Arbitration ("LCIA") Arbitration Rules, que permite que un tribunal arbitral adhiera a terceros que han consentido por escrito. El mecanismo del LCIA es directo, por supuesto, derivado del carácter explícito de la provisión. Ver: Winstanley, *Adrian, Multiple Parties, Multiple Problems: A View from the London Court of International Arbitration*, en este volumen en la p. 213, Parte IV.B.1.

**1.76** En contraste, si una aplicación es hecha para vincular un no signatario, normalmente esta carecerá del fundamento mismo de la competencia arbitral. La parte que busca ser vinculada podría argumentar que nunca acepto arbitrar con nadie, por lo que requerirá que los árbitros busquen una clara manifestación de consentimiento.

**1.77** Consecuentemente, los árbitros y jueces suelen establecer distinciones sobre lo que quizás pueda ser llamado “no signatarios que consienten” (que buscan arbitrar) y “no signatarios que no consienten” (que resisten el arbitraje). Es fácilmente entendible la justificación de dejar que una parte voluntariamente se una a un proceso arbitral, que lo opuesto. Una de las partes de la controversia normalmente no sería permitida que busque reparación bajo un contrato que contenga una cláusula arbitral sin que se acuerde con la otra parte (si lo desea) los beneficios del acuerdo de la provisión arbitral. Normalmente, a una parte no se le permitiría regirse bajo un contrato que contiene una cláusula arbitral sin que se le dé a la otra parte los beneficios de dicha cláusula, si es que así lo desea.

**1.78** Esto no quiere decir que un “no signatario que consiente” siempre tendrá éxito en adherirse al proceso, sino que simplemente la extensión de la cláusula arbitral de acomodar un no signatario que consiente se mantiene diferente de la adhesión de una parte que no lo desea. El escrutinio y la evidencia debe ser más grande cuando se atenta *forzar* (en vez de *permitir*) la adhesión por un no signatario. Al adherir un no signatario, la evidencia del consentimiento normalmente requerirá circunstancias especiales.<sup>70</sup>

**1.79** Tanto razones de *policy* como consideraciones prácticas hacen difícil comparar una situación en la que un no signatario *sí* quiere arbitrar con una en la que el no signatario *no* quiere arbitrar. En el último caso, los inconvenientes de tener procesos paralelos deben ser sopesados contra consideraciones compensatorias de imponer el arbitraje a entidades que claramente no desean participar. Cuando el no signatario nunca ha consentido al arbitraje, un rigor más analítico y la duda deben ser utilizadas antes de que la extensión sea ordenada. El fundamento mismo de la competencia arbitral está libre prima facie.

**1.80** En esta conexión, las cortes y árbitros regularmente distinguen entre (i) la existencia del consentimiento a arbitrar y (ii) el alcance de ese consentimiento. Esta última distinción es hecha tanto *ratione materiae* y *ratione personae*. Cuando la existencia de una cláusula general con términos generales ha sido admitida, es lugar común para las cortes y árbitros permitir que no signatarios que quieran entrar al proceso de arbitraje lo hagan con el fin de evitar procesos paralelos duplicativos.<sup>71</sup> Cuando las reclamaciones yacen dentro del ámbito

---

<sup>70</sup> Blessing, Marc, *Extension of the Arbitration Clause to Non-signatories*, en *The Arbitration Agreement: Its Multifold Critical Aspects*, ASA Bull., Special Series No. 8 p. 160 (Dec. 1994).

<sup>71</sup> Ver: *Halcot Navigation Ltd. Partnership v. Stolt-Nielsen Transportation Group*, 491 F. Supp. 2d 413, 417 (S.D.N.Y. 2007), donde el dueño de un navío había firmado un contrato de charter

del contrato relevante, el tercero dispuesto a adherirse le es regularmente otorgado el derecho de “montarse” en la cláusula arbitral misma.<sup>72</sup> En algunas instancias, esto resulta en una “levantamiento del velo defensivo” en la que un demandado en una acción judicial (usualmente frente a un jurado estadounidense no deseado<sup>73</sup>) busca el beneficio de la cláusula arbitral.

### C. El impacto en la práctica

**1.81** Ninguna discusión de la doctrina del grupo de empresas estaría completa sin preguntar qué tan seguido sus principios conllevan a la incorporación de no signatarios en la práctica, tanto frente a tribunales arbitrales como por cortes nacionales. Aunque las generalidades se mantienen problemáticas por la escasez de decisiones reportadas asequibles, casos y laudos disponibles indican que a la fortuna de la doctrina no le ha ido bien.

**1.82** Dos destacados académicos examinaron una muestra aleatoria de arbitrajes en los que el criterio del “grupo de empresas” fue considerada. En solamente un cuarto (25%) de los casos analizados, el tribunal extendió la cláusula arbitral a no signatarios.<sup>74</sup> Sin perjuicio de que los datos siguen siendo insuficientes para permitir cualquier tipo de conclusiones firmes (por lo menos sin tener más información sobre los hechos de los casos citados), el estudio indica una tasa relativamente baja de éxito en incorporar a partes al arbitraje por

---

temporal. La parte que tomó el charter firmó un contrato de viaje con otra empresa. Tanto a la empresa que tomó el charter así como a la empresa que firmó el contrato de viaje se les reconoció legitimidad para demandar en un proceso arbitral al dueño del navío. Ver: *Redmon v. Society & Corp. of Lloyds*, 434 F. Supp. 2d 1211 (M.D. Ala. 2006) (acción de cobertura en el cual los dos deudores y la Society of Lloyd’s pudieron beneficiarse de la cláusula arbitral en el contrato); *Sunkist Soft Drinks v. Sunkist Growers*, 10 F.3d 753 (11th Cir. 1993) (disputa por la licencia de una marca comercial en el cual tanto al licenciante como su matriz se les permitió arbitrar).

<sup>72</sup> Una variación de este esquema puede ser encontrada en la decisión histórica de *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003), en la cual la Corte Suprema estadounidense permitió la incorporación de varios demandantes frente a un único demandado, a pesar de que el demandado nunca aceptó arbitrar con todos ellos en un proceso consolidado. En ese caso, cada demandante (los prestatarios) habían aceptado arbitrar con un demandante (el prestamista), y los demandantes no tenían ningunos intereses adversos aparentes inter se que pudiesen causar una carga especial por la incorporación.

<sup>73</sup> Ver: *Fluor Daniel Intercontinental*, 1999 WL 637236 (S.D.N.Y. Aug. 20, 1999) (arbitraje de una disputa de construcción en la que una matriz corporativa no signataria permitió que se invoque la cláusula arbitral).

<sup>74</sup> Poudret, Jean-François & Besson, Sébastien, *Droit comparé de l’arbitrage international* paras. 253–254 (2002; 2d ed. 2007), publicado en Inglés como *Comparative Law of International Arbitration*. Ver: Comentario de Yves Derains en conexión con el laudo de la CCI No. 7155 (1993), JDI p. 1037 (1996).

medio del criterio del “grupo de empresas”. Invocar la doctrina no presenta ningún *shibboleth* para abrir las puertas a la adhesión. Por lo contrario, no signatarios normalmente serian adheridos bajo principios comunes como fraude, consentimiento implícito y falta de personalidad jurídica.

**1.83** Fuera de Francia, pocos sistemas legales le han dado bienvenida a la doctrina del grupo de empresas. La decisión inglesa en el caso de *Peterson Farms*<sup>75</sup> fue clara en su rechazo, estableciendo que el acercamiento de un tribunal arbitral a la aplicación de la doctrina estaba “seriamente defectuoso” y concluyó que “donde un acuerdo arbitral (o el contrato en el que está contenido) es sujeto de Derecho Inglés... un tribunal arbitral de la ICC no tiene competencia para aplicar la doctrina del ‘Grupo de Empresas.’”<sup>76</sup>

**1.84** Similarmente, cortes suizas y árbitros en Suiza han generalmente rechazado la incorporación de no signatarios basada en la doctrina del grupo de empresas,<sup>77</sup> como también lo han hecho cortes en los Estados Unidos.<sup>78</sup>

**1.85** Actitudes judiciales hacia la doctrina del grupo de empresas toman un rol más directo cuando un laudo es presentado para ser confirmado, reconocido, o anulado; eventos en los que la mayoría de árbitros no serán indiferentes. Habiendo una ausencia explícita en

<sup>75</sup> *Peterson Farms Inc. v. C & M Farming Ltd.* [2004] EWHC 121, [2004] 1 Lloyd’s L. Rep. 603, 2004 WL 229138, 7(4) Int’l Arb. L. Rev. p. 111 (2004), Q.B. Div., 2004. Una diferente línea de análisis quizás hubiese justificado la decisión de la corte por motivos relacionados a daños indirectos, prohibiendo laudos por pérdidas incurridas por filiales corporativas. En cambio, la corte tomó la oportunidad de expresar desaprobación general de la doctrina. La compra de aves de corral de una corporación de Arkansas, resultó en pérdidas cuando se notó que las gallinas estaban infectadas con gripe aviar. Aves compradas por una sola entidad en el grupo del comprador fueron usadas para la crianza de aves de compañías filiales dentro del grupo. Los árbitros otorgaron daños por todas las aves, incluyendo aquellas que eran propiedad de filiales corporativas del comprador. El vendedor apeló el laudo con el fundamento de que el tribunal no tenía competencia para escuchar demandas de entidades no nombradas como partes en el acuerdo relevante.

<sup>76</sup> [2004] 1 Lloyd’s Rep. 603, at 604.

<sup>77</sup> Ver: *Saudi Butec Ltd. v. Al Vouzan Trading et al*, 14 ASA Bull. p. 496 (1996); Caso de la CCI No. 4401, in *Jarvin & Derains*, *supra* nota 64, at p. 153; Caso de la CCI No. 4504 (1985), JDI p. 1118 (1986). La doctrina fue de nuevo refutada en *X Ltd. v. Y & Z SpA*, Tribunal fédéral, Agosto 19 2008 (Case 4A\_128/2008/ech), involucrando una garantía dada por la compañía matriz de un parte. Ha sido sugerido que el *Tribunal fédéral* suizo en el 2003 expresó algo de simpatía por la doctrina al sostener un laudo en contra del accionista controlador de dos compañías libaneses que habían contratado a una compañía de construcción para trabajos de construcción en Líbano. El accionista había repetidamente intervenido en la negociación, ejecución y terminación del contrato. Sin embargo, la corte paro corta de promover la doctrina o de expresar desaprobación de la decisión de 1996.

<sup>78</sup> Ver: *Sarhank Group v. Oracle Corp.*, 404 F. 3d 657 (2d Cir. 2005). Esta cita va después de la siguiente.

elección de derecho extranjero, la mayoría de las cortes a las que se les pide que ejecute un laudo extranjero, instintivamente aplicarán sus propias nociones contractuales para examinar alegaciones de que la parte que perdió había aceptado estar obligada.

**1.86** Esto no debe ser sorprendente. Excepto cuando la personalidad jurídica es completamente desconocida (como en el caso del fraude), ningún sistema legal civilizado ejecutará un laudo sin primero determinar que la parte que perdió aceptó el proceso arbitral.<sup>79</sup>

## VI. Conclusión

**1.87** Al determinar si un no signatario debería ser incorporado a procesos internacionales, los árbitros usualmente miran a las teorías relacionadas con el consentimiento implícito y a la falta de personalidad jurídica. Normas transnacionales, vistas desde decisiones publicadas en casos significativos, toman cada vez más el carácter de un tipo de precedente arbitral.

**1.88** Cuando la incorporación de un no signatario es argumentada a partir del consentimiento implícito, estas reglas o teorías reducen la circularidad inherente a la dependencia del derecho de los contratos o del *situs* arbitral, de los cuales ninguno quizá sea relevante con respecto a un extraño en la transacción. En contraste, cuando la incorporación se basa principalmente en falta de personalidad jurídica, los árbitros normalmente comienzan con el lugar de incorporación, y así reducen el rol jugado por las normas transnacionales.

**1.89** Dicho derecho jurisprudencial arbitral, implica un número de escenarios comunes:

- (1) Participación de no signatarios en la formación del contrato;
- (2) Un único esquema contractual constituido por varios documentos;
- (3) Aceptación del contrato o del convenio arbitral por el no signatario, en el arbitraje mismo o en otro foro;
- (4) Ausencia *ab initio* de personalidad jurídica; y

---

<sup>79</sup> En este sentido, una decisión reciente de una Corte de Apelaciones se mantiene instructiva. Ver: *Sarhank*, 404 F. 3d 657. La corte rechazó, acertadamente la ejecución de un laudo en contra de un no signatario subsidiario de una compañía estadounidense que estaba adherida incorrectamente a un arbitraje en Cairo, y notó que, para la ejecución del laudo, cortes estadounidenses deben ver los "principios generales del derecho contractual doméstico." *Id.* en 661. Aunque no es relevante para el punto presente, el caso ha sido criticado por algunos comentaristas por su razonamiento fuera de lugar al referirse al art. V(2) en vez del V(1) de la Convención de Nueva York.

(5) Fraude o abuso parecido a fraude de forma corporativa.

**1.90** Los primeros tres se relacionan principalmente en argumentos basados en consentimiento implícito, mientras que los últimos dos tienen que ver con el desconocimiento del velo corporativo.

**1.91** En una gran medida, la salud del arbitraje internacional dependerá de cómo apliquen los árbitros estos elementos a luz de las expectativas razonables de la comunidad internacional empresarial. Al hacerlo, los árbitros, como los académicos, se beneficiarán de una medida de humildad. Aunque una perspectiva quizás tenga más rigor académico que otra, o sea menos eficaz en promocionar objetivos económicos o sociales deseables, poco beneficio analítico se obtendrá de etiquetas como "incorrecto" y "correcto" con referencia a variaciones doctrinarias de sistemas jurídicos nacionales en competencia. Justo como diferentes caminos pueden conllevar al mismo fin, también terminologías divergentes pueden apuntar a formas funcionalmente equivalentes de decidir casos.

## APÉNDICE: LAUDOS ARBITRALES ILUSTRATIVOS

### A. Laudos sobre consentimiento

#### 1. Caso de la CCI No. 1434<sup>80</sup>

Contratos relacionados fueron hechos con poca o ninguna formalidad, tal que varios acuerdos podían ser considerados parte y parcela de la misma obligación. Por último el laudo fue anulado for el *Tribunal fédéral* suizo.

#### 2. Caso de la CCI No. 4131 (*Dow Chemical*)<sup>81</sup>

Adhesión de un no signatario que consintió al arbitraje.

#### 3. Caso de la CCI No. 4504<sup>82</sup>

El tribunal se rehusó a extender la cláusula arbitral a demandados no signatarios y expresó escepticismo con respecto a la doctrina del grupo de empresas en general. Hubo una conclusión que las menciones del no signatario de “nuestra empresa” y “nuestro acuerdo” eran irrelevantes, dado que la referencia estaba claramente a favor de la entidad signataria.

#### 4. Caso de la CCI No. 6519<sup>83</sup>

Un vehículo de holding con propósito particular fue creado únicamente para un *joint venture* Anglo-Francés en la industria del entretenimiento. El tribunal rechazó una solicitud de adhesión de dos empresas demandantes del grupo del signatario inglés. Sin embargo, el Tribunal permitió la adhesión para el *vehículo de holding* mismo, con el fundamento de que había participado en las negociaciones que conllevaron al acuerdo y que estaba en el corazón de estas negociaciones (“*au coeur de toutes ces négociations*”).

#### 5. Caso de la CCI No. 6610<sup>84</sup>

El tribunal no encontró evidencia de una intención de adherir otras partes al contrato bajo una teoría de “grupo de empresas” invocada en un arbitraje de la CCI con sede en Hong Kong que surgió de la construcción de un hotel en Indonesia.

---

<sup>80</sup> Decidido en 1975, JDI p. 978 (1976).

<sup>81</sup> Decidido en 1982, JDI p. 899 (1983).

<sup>82</sup> Decidido en 1985, JDI p. 1118 (1986).

<sup>83</sup> Decidido en 1991, JDI p. 1065 (1991).

<sup>84</sup> Decidido en 1991, 19 Y.B. Com. Arb. (1994), también en Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains & Dominique Hascher, III *Recueil des sentences arbitrales de la CCI: 1991–1995* p. 277 (1997).

## 6. Caso de la CCI No. 7155<sup>85</sup>

Este caso involucraba la no extensión de la cláusula arbitral porque ninguno de los dos signatarios era parte relevante del grupo corporativo en el momento en que el contrato fue celebrado.

## 7. Caso de la CCI No. 7604 and 7610<sup>86</sup>

Un no signatario demandado aceptó, en una acción de corte nacional, que estaba obligado por el acuerdo arbitral.

## 8. Caso de la CCI No. 8910<sup>87</sup>

Múltiples contratos (de acuerdo y distribución) fueron considerados como constituyentes de un ensamble contractual único.

## 9. Caso de la CCI No. 10758<sup>88</sup>

El Tribunal no encontró evidencia de consentimiento a arbitrar simplemente porque el no signatario participó en la negociación contractual, haciendo notar que “si el demandante hubiese querido [el no signatario] que sea parte del Contrato o su cláusula arbitral lo hubiera insistido en ese entonces.”

## 10. Caso de la CCI No. 11160<sup>89</sup>

No signatarios jugaron un rol crítico en el momento en que el contrato fue celebrado. El signatario relacionado fue formado solamente para la finalidad específica de calificar para una excepción del impuesto al valor agregado.

## B. Laudos sobre personalidad jurídica

### 1. Caso de la CCI No. 3879 (*Westland Helicopters*)<sup>90</sup>

Los árbitros llegaron, por medio de una organización legalmente transparente, a tomar competencia sobre los países árabes que habían creado la organización paraguas del grupo, y concluyeron que carecía de personalidad jurídica.

<sup>85</sup> Decidido en 1993, JDI p. 1037 (1996).

<sup>86</sup> Decidido en 1995, JDI p. 1027 (1998).

<sup>87</sup> Decidido en 1998, JDI p. 1085 (2000).

<sup>88</sup> Decidido en 2000, XVI No. 2 ICC Bull. pp. 94–98; JDI p. 1171 (2001).

<sup>89</sup> Decidido en 2002, XVI No. 2 ICC Bull. pp. 99–101.

<sup>90</sup> Decidido en 1984, 11 Y.B. Com. Arb. pp. 138–141 (1984).



## 2. Caso de la CCI No. 5730 (*Orr*)<sup>91</sup>

Un magnate naviero griego fue encontrado culpable de haber participado de tergiversación intencional al organizar sus actividades personales bajo el disfraz de varias entidades con nombres cercanamente relacionados, muchos bajo nombres de barcos. La tergiversación fue establecida en cortes griegas nacionales y el no signatario fue mencionado en el contrato principal.

## 3. Caso de la CCI No. 5721<sup>92</sup>

Un fallo de ausencia de personalidad jurídica en una disputa de construcción que puso a una "Company X" contra su demandante subcontratista, tomando en cuenta que este último había asumido los derechos y obligaciones del propietario del proyecto. Una entidad estadounidense, a veces denominada "X USA", argumentó que su así llamada filial "X Egypt" (representada como "en formación") había contratado trabajos de ingeniería civil en un suburbio de Cairo. En realidad, sin embargo, X Egypt ni siquiera existía como una entidad legal separada, sino que era simplemente una sucursal de la Company X.

## 4. Caso de la CCI No. 7626<sup>93</sup>

Basado en derecho de la India, la decisión incorporaba, comprensiblemente, una línea de casos ingleses como *Salamon v. Salamon*<sup>94</sup> and *Adams v. Cape*<sup>95</sup> para afirmar personalidades legales separadas de una subsidiaria de la compañía australiana y de su corporación matriz que participaban en un *inchoate joint venture* para establecer una planta química en India.

## 5. Caso de la CCI No. 8385<sup>96</sup>

Decisión de levantar el velo corporativo de una subsidiaria insolvente frente a una "conducta ilegítimada" (fraude) por el subsidiario ante la instigación de la compañía matriz.

---

<sup>91</sup> Decidido en 1988, JDI p. 1029 (1990).

<sup>92</sup> Decidido en 1990, JDI p. 1020 (1990).

<sup>93</sup> Decidido en 1995, 22 Y.B. Com. Arb. pp. 132–148 (1997); también en Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains & Dominique Hascher, IV *Recueil des sentences arbitrales de la CCI: 1996–2000* p. 119 (2003).

<sup>94</sup> *Salamon v. Salamon & Co. Ltd*, [1897] A.C. 22 (H.L.)

<sup>95</sup> *Adams v Cape Industries PLC*, [1990] 1 Ch. 433

<sup>96</sup> Decidido en 1995, JDI p. 1061 (1997).

## 6. 1991 Swiss *Ad Hoc* Case<sup>97</sup>

Los árbitros encontraron insuficiente capitalización de la compañía y una liquidación ilegal. Los árbitros establecieron que la condición básica para el levantamiento del velo debe ser un “abuso de derecho” (*abus de droit*).

### C. Laudos con razonamiento híbrido

#### 1. Caso de la CCI No. 6673<sup>98</sup>

El tribunal denegó la extensión de la cláusula arbitral, estableciendo que la propiedad de una licencia de *know-how* no era suficiente para justificar la adhesión.

#### 2. Caso de la CCI No. 8163<sup>99</sup>

Aplicando derecho alemán, el tribunal se rehusó a extender la cláusula arbitral en contra del propietario de compañías de consultoría que se habían retirado de un contrato poco después de haber sido compradas por el demandado. El tribunal se negó a extender la cláusula arbitral a los compradores, indicando que la adhesión solo sería permitida en el caso de “abuso de derecho” a raíz de la insolvencia o del uso de la compañía como una farsa. Además, el tribunal se rehusó a considerar los dos acuerdos (contrato de compra y contrato de consultoría) como una única “unidad económica”.

#### 3. Caso de la CCI No. 9762<sup>100</sup>

El Tribunal se rehusó a extender la cláusula arbitral de adherir un fondo estatal para el desarrollo agrícola por razón de un contrato concluido por el ministerio de agricultura.<sup>101</sup>

#### 4. Caso de la CCI No. 9839<sup>102</sup>

La filial americana de una firma de fusiones y adquisiciones (todos llevando el nombre del grupo) tenía el derecho de compartir de una “comisión de éxito” asociada con una adquisición. La filial española no estaba permitida a entrar como parte del arbitraje bajo la

<sup>97</sup> ASA Bull. p. 202 (1992).

<sup>98</sup> Decidido en 1992, IV No. 1 ICC Bull. p. 51; también JDI p. 992 (1992) y Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains & Dominique Hascher, *III Recueil des sentences arbitrales de la CCI: 1991–1995* p. 429 (1997).

<sup>99</sup> Decidido en 1996, XVI No. 2 ICC Bull. pp. 77–80.

<sup>100</sup> Decidido en 2001, 29 Y.B. Com. Arb. pp. 26–45 (2004).

<sup>101</sup> Los árbitros sí extendieron la cláusula arbitral al “Ministerio de Agricultura y Administración de Aguas” como un sucesor al “Ministerio de Agricultura y Comida” —difícilmente una conclusión sorprendente bajo cualquier teoría, considerando que ambos ministerios eran responsables por involucrarse en ese mismo tipo de contratos de desarrollo.

<sup>102</sup> Decidido en 1999, 29 Y.B. Com. Arb. pp. 66–88 (2004).

cláusula contenida en el acuerdo con la filial estadounidense. La cooperación en el proyecto de adquisición no establecía una intención de permitir la adhesión del no signatario.

### **5. Caso de la CCI No. 10818<sup>103</sup>**

Extensión de la cláusula arbitral fue denegada tanto por derecho suizo como por derecho portugués en un caso que surgió de un contrato en el que de acuerdo al demandante lo convertiría en el distribuidor exclusivo de las dos compañías del mismo grupo. Solo la primera era signataria del contrato pero el demandante alegó que la segunda estaba obligada, por haber asumido la ejecución de este. Distinguiendo Dow Chemical, el Tribunal falló que las dos compañías no se habían comportado de una manera intercambiable. El involucramiento de la segunda compañía en la ejecución se consideró insuficiente para permitir la adhesión.

### **6. Caso de la CCI No. 11209<sup>104</sup>**

El demandante había llegado a un acuerdo de suministros con una compañía después de que había adquirido otra y había cambiado su nombre por aquella entidad adquirida. Un arbitraje fue iniciado en contra de las dos compañías y su único accionista. El Tribunal aceptó el argumento de que la primera compañía dejó de existir independientemente de la segunda, pero se rehusó a extender la competencia arbitral contra su compañía matriz. No hubo evidencia de fraude, engaño o colusión.

### **7. Caso de la CCI No. 11405<sup>105</sup>**

En el contexto de un acuerdo de compra de acciones, una extensión fue permitida para un demandante que deseaba ser adherido, pero fue negada por dos demandados que habían estado involucrados en las negociaciones en su capacidad personal y no como representantes corporativos.

---

<sup>103</sup> Decidido en 2001, XVI No. 2 ICC Bull. pp. 94–98.

<sup>104</sup> Decidido en 2002, XVI No. 2 ICC Bull. pp. 102–103.

<sup>105</sup> Decidido en 2001 (laudo provisional no publicado), discutido en Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions* (Kluwer Law International 2005), paras. 158–161.