

## **LA CLÁUSULA ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS**

Adelina Villalobos López<sup>1</sup>  
Mauricio París Cruz

---

<sup>1</sup> Los autores son licenciados en Derecho de la Universidad de Costa Rica; y, másteres en Asesoría Jurídica de Empresa por la Universidad Carlos III de Madrid.  
Tels. Adelina Villalobos: 2205-2915; Mauricio París: 4000-2333.-

E-mails: Adelina Villalobos: [avillalobos@blpabogados.com](mailto:avillalobos@blpabogados.com);  
Mauricio París: [mparis@ghp.co.cr](mailto:mparis@ghp.co.cr)

**Resumen:** La complejidad de las relaciones contractuales modernas ocasiona, que en no pocas ocasiones existan conflictos potencialmente regidos por una cláusula arbitral que involucran a terceros no suscriptores de las mismas, y cuya participación resulta indispensable para la adecuada resolución del conflicto. Cada jurisdicción tiene diversos criterios sobre la posibilidad o no de extender los efectos de la cláusula arbitral a terceros, y sobre los supuestos específicos en donde dicha extensión resulta posible.

**Palabras Claves:** Arbitraje - cláusula arbitral - partes no signatarias - levantamiento del velo – alter ego- estoppel - grupos de contratos – grupos de compañías – tercero beneficiario.

**Abstract:** The complexity of modern contractual relationships causes, quite often, conflicts that are potentially ruled by an arbitration clause involving non-signatory third parties therein, but whose involvement is essential for an appropriate resolution of the conflict. Each jurisdiction has different criteria on the possibility of extending the effects or not of the arbitration clause to third parties, and on the specific circumstances where such an extension is possible.

**Keywords:** Arbitration – arbitration clause – non-signatories – piercing the corporate veil- alter ego - estoppel- groups of contracts – groups of companies – third party beneficiary.

## **INDICE**

I. Introducción

II. Cláusula arbitral

III. Criterios para extender la cláusula arbitral a partes no  
signatarias

IV. Conclusión

Bibliografía

## **I. Introducción**

El arbitraje, como la decisión de uno o más personas de someter sus divergencias al fallo de un tercero, existe desde la antigua Roma, y desde entonces ha ido evolucionando y, en especial en los últimos cincuenta años, se ha consolidado como una eficiente forma alterna de resolver los conflictos, en especial por su celeridad, flexibilidad y –si así lo acuerdan las partes- su confidencialidad.

Este método encuentra su fundamento en el Principio de la autonomía de la voluntad, que es pieza clave del Derecho privado y que cobra igual importancia en el arbitraje. Es con base en este Principio que las partes deciden someter sus conflictos a un tercero imparcial (árbitro), que decidirá de forma definitiva sobre los mismos. La decisión de las partes de someterse a este procedimiento queda plasmada en la cláusula arbitral o compromisoria, por medio de la cual los contratantes acuerdan que en caso de que surja una divergencia entre ellos producto de la relación contractual, la misma será resuelta por medio de un proceso arbitral. Se convierte así la cláusula arbitral en un contrato independiente pero íntimamente relacionado con el contrato principal que la contiene.

El arbitraje, por lo tanto, cobra vida a raíz de la elección de las partes de someter sus diferendos a esta vía en menoscabo de la jurisdicción ordinaria a la que se acudiría en defecto de un pacto arbitral en los términos antes dichos. En los supuestos en donde tal voluntad de las partes se encuentra plasmada claramente por escrito (en el sentido amplio del término) por los contratantes, salvo que la cláusula adolezca alguna patología, será complejo para las partes abstraerse del proceso arbitral (salvo que ellas mismas así lo quieran) y cuestionar la legitimación del órgano arbitral para resolver el conflicto. Sin embargo, la complejidad y sofisticación de las relaciones contractuales modernas alcanza también al arbitraje, por lo que cada día resulta más frecuente que en una relación contractual originalmente pactada entre determinados sujetos se presenten conflictos que involucran a partes que no son signatarias del convenio arbitral, y que comúnmente son denominadas como terceros.

La extensión de la cláusula arbitral a las partes no signatarias es un tema que, por regla general, no ha sido resuelto ni previsto en la

legislación interna de la mayoría de países. Se exceptúa en nuestro medio latinoamericano el caso de Perú, que recientemente aprobó una reforma a su Ley General de Arbitraje, e incluyó un novedoso artículo que contempla los parámetros bajo los cuales la cláusula arbitral se hace extensiva a partes no signatarias.<sup>2</sup> Dicha falta de regulación en las legislaciones arbitrales ha ocasionado que la casuística sea la que venga a dar respuesta a esta situación en la práctica, ya sea mediante resoluciones de los propios tribunales arbitrales o en muchos casos de los órganos judiciales encargados de conocer de las acciones de nulidad del laudo, como en nuestro caso la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Como suele suceder cuando se acude a la casuística, si bien existe un número importante de tribunales tanto judiciales como arbitrales en diversas jurisdicciones que han aceptado la posibilidad de extender la cláusula arbitral a partes no signatarias, existen otros que consideran que la interpretación de la cláusula arbitral ha de ser restrictiva y por ende se muestran reacios a extender sus efectos a tales terceros.

La tesis que defiende una interpretación restrictiva sobre la extensión de la cláusula arbitral se ha fundamentado principalmente en el hecho de que el arbitraje es una excepción al sistema de justicia ordinaria, y que por lo tanto, como mecanismo de excepción, la cláusula mediante la que se pacte debe interpretarse de forma restrictivamente.<sup>3</sup> En otras palabras, al pactar una cláusula arbitral, las partes están renunciando al juez natural, que en la mayoría de los sistemas democráticos es un derecho constitucional.<sup>4</sup> Esta posición que podemos denominar como

---

<sup>2</sup> Al respecto el artículo 14 de la ley de arbitraje de Perú (Decreto Legislativo No. 1071 de 27 de junio de 2008) dice: “*El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.*”

<sup>3</sup> TALERO RUEDA, Santiago. *Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje*. Lima Arbitration. No.4, 2010/2011. p. 75.

<sup>4</sup> STUKI, Blaise, Op. Cit. pág 3. En este mismo sentido podemos mencionar Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona del 14 de Febrero de 2002 (JUR 2002/125253) en un caso en el que se discutía la posibilidad de efectuar el levantamiento del velo corporativo para extender el convenio arbitral a partes no signatarias, la audiencia en lo que interesa indica: “(…). *Ante tal situación de discrepancia y la inviabilidad de dividir la contienda, ha de tenerse en cuenta que el arbitraje es un sistema alternativo de dirimencia de conflictos, frente al modo general o común que se desarrolla en el ámbito jurisdiccional, ante los jueces y tribunales (Poder Judicial), por lo que en el caso a debate el procedimiento se siguió acertadamente antes los Tribunales ordinarios y debe ser desestimado el motivo único del recurso formulado por la codemandada.*”

conservadora, ha sido adoptada por varias jurisdicciones, entre las que podemos citar Suiza, Inglaterra, Alemania<sup>5</sup> y España<sup>6</sup>.

En la otra cara de la moneda, tenemos una posición más liberal, que parte del supuesto de que el arbitraje es con con más frecuencia una forma de dirimir los conflictos comerciales y por ende requiere una interpretación mucho más abierta de la cláusula arbitral, en donde el tercero puede quedar vinculado a la cláusula arbitral de muchas formas.<sup>7</sup> Esta postura ha sido adoptada por otros países que cuentan con algunas de las sedes arbitrales más frecuentemente seleccionadas para dirimir conflictos mediante arbitraje, como es el caso de Francia y Estados Unidos.<sup>8</sup>

En el caso de Costa Rica, podríamos indicar que nuestra jurisprudencia se ubica en el primer grupo de países conservadores, por cuanto la Sala Primera ha dicho:

“En ese sentido, en cuanto a la existencia de la cláusula arbitral, ya la Sala se ha pronunciado en el sentido de que esta no alcanza a terceros y es exclusiva entre las partes que la suscriben.”<sup>9</sup>

*“De igual manera, se ha dicho que el acuerdo arbitral—por su naturaleza convencional— no alcanza a terceros, como corolario del principio de relatividad de los contratos y por la manera estricta con la que debe verse la renuncia a la jurisdicción común (Véanse los artículos 18 y 23 de la Ley RAC, el 1025 del Código Civil y la resolución de la Sala No.357-03 de las 11:10 horas del 25 de junio del 2003).”<sup>10</sup>*

<sup>5</sup> CAIVANO, Roque. *Arbitraje y grupos de sociedades*. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. Lima Arbitration No 1, 2006, p. 125.

<sup>6</sup> En relación con España autores como CORREA DELCASSO consideran que la jurisprudencia española “(...) pese a haberse mostrado estos últimos años más pro arbitraje que nunca (en concordancia con los nuevos tiempos y con la inequívoca voluntad de nuestro legislador de fomentar la disciplina arbitral, claramente plasmada en la Ley de Arbitraje y ulteriores reformas en curso), sigue empero anclada en viejos dogmas doctrinales, incorrectos en ocasiones (...)”. CORREA DELCASSO, Juan Pablo. La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: análisis de la doctrina de la Corte de Arbitraje de la CCI. En: MONTAÑA, Miquel y SELLARÉS, Jordi, Coord. Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa. Madrid: Difusión Jurídica, 2011. p. 66.

<sup>7</sup> STUKI, Op. Cit, pág 3.

<sup>8</sup> GRAHAM, James. *La atracción de los no firmantes de la cláusula compromisoria en los procedimientos arbitrales*. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [En línea]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/19.pdf>.

<sup>9</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto 64-2012, de 23 de mayo. En el mismo sentido: Voto 1160-2011, de 13 de setiembre.

<sup>10</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto 200-2006, de 07 de abril.

Pese a lo anterior, se han presentado casos en donde dicha Sala sí ha avalado la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a partes no signatarias, y que se mencionarán a lo largo de esta investigación.

Ahora bien, si no existe uniformidad de criterio en cuanto a la posibilidad de extender la cláusula arbitral a terceros, tampoco en aquellas jurisdicciones donde se ha aceptado dicha extensión existen criterios uniformes en cuanto a los supuestos donde tal extensión debe aplicarse. Es sobre este último aspecto sobre el que versará este trabajo: analizar los supuestos menos controvertidos aceptados por la doctrina, la jurisprudencia y los propios tribunales arbitrales en donde ha sido admitido que terceros que no forman parte, en sentido estricto, de la cláusula arbitral, sean atraídos por ésta y participen finalmente del proceso arbitral.

Valga la aclaración de que se trata de una investigación eminentemente descriptiva, que procura enunciar las tesis más frecuentemente utilizadas en derecho comparado pero sin que los autores aboguen por su adopción o juzguen su aplicación o no en Costa Rica.

## **II. La cláusula arbitral**

El artículo 7.1 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante referida como la “Ley Modelo”) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), adoptada por Costa Rica mediante Ley No. 8937 como ley reguladora del arbitraje internacional, se refiere al acuerdo arbitral de la siguiente forma:

*“El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”*

Dependiendo de las distintas legislaciones, la cláusula compromisoria deberá cumplir una serie de requisitos de validez, siendo el más generalizado el que conste por escrito. Sobre el particular, el artículo II (2) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, más conocida como Convención de Nueva York, indica que:

“La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.”

Hoy día, es comúnmente aceptado que cuando dicha Convención habla de escrito no quiere decir firmado. Asimismo, producto de la evolución tecnológica que ha seguido a la adopción de la Convención en 1958 y el auge de las comunicaciones electrónicas, el telegrama se entiende sustituido por el fax, correo electrónico o cualquier otra forma análoga. Estos cambios se han visto plasmados en la *“Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958”*, misma que fuera aprobada por la CNUDMI en julio de 2006. Esta recomendación básicamente indica a los estados que los medios en los que puede constar el acuerdo arbitral establecidos en el artículo II(2) no son exhaustivos.

En Costa Rica, en el arbitraje doméstico regulado por la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos<sup>11</sup>, el concepto de acuerdo escrito se presenta sin matización alguna, lo cual nos hace pensar en la forma tradicional de contratación mediante un soporte físico, no obstante, en las legislaciones más modernas el requisito de escritura o se elimina por completo<sup>12</sup> o ha sido actualizado y adaptado a las nuevas formas de contratación. Así por ejemplo, en nuestra Ley de Arbitraje Internacional, este requisito adquiere los siguientes matices:

- 3) *“Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.*

---

<sup>11</sup> Art.18 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social No. 7727. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta No 9, del 14 de enero de 1998: *“Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley.(...)”*

<sup>12</sup> En relación con este tema podemos citar la Opción II del Artículo 7 de la Ley Modelo (no adoptado por el legislador costarricense) que prescinde del todo del requisito de escritura: *“El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.”*

- 4) *El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.*
- 5) *Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.*
- 6) *La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”*

Resulta claro que el requisito de que la cláusula conste por escrito se ha flexibilizado haciendo extensivo tal concepto a mecanismos electrónicos de transmisión de datos (correo electrónico, telegrama, télex y telefax), e incluso en casos en que sin haberse hecho constar en documentos el solo hecho de que se afirme en los escritos de demanda y contestación, da por probada la existencia de la misma. Esta tesis ha sido avalada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia al indicar:

*“Reiteradamente esta Sala ha indicado que tal acuerdo debe constar por escrito, ya sea como una cláusula incorporada a un contrato, un acuerdo arbitral en documento separado o incluso de comunicaciones de las cuales se derive necesariamente la existencia de dicho compromiso. Por ejemplo, cuando las partes se cruzan notas en tal sentido, facsímiles, correos electrónicos o incluso si una presenta requerimiento o demanda arbitral y la otra no se opone a la competencia del Tribunal, en el momento procesal oportuno, mejor aún si la acepta expresamente.”<sup>13</sup>*

Al anterior requisito de forma, es importante añadir un segundo elemento que ha sido recogido por la legislación de algunos países, entre ellos España, cuya Ley de Arbitraje establece que la cláusula arbitral debe “(...) expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto

---

<sup>13</sup> Voto No. 71-2009 de 22 de enero.

de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. (...)”<sup>14</sup>. Este requisito también ha sido incorporado por la Sala Primera al indicar que:

*“(...) dado que la jurisdicción arbitral implica una renuncia a la jurisdicción ordinaria que ejercen los tribunales comunes, se entiende que la voluntad manifestada en tal sentido debe ser clara y expresa.”<sup>15</sup>*

En un sentido similar, el Tribunal Constitucional español ha indicado:

*“Este Tribunal ha reiterado, en relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución Española) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4). Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3).”<sup>16</sup>*

Como se desprende de tales citas, el elemento volitivo cobra mucha importancia en el análisis del tema que nos ocupa, pues ha sido precisamente este el elemento que juega un papel más relevante cuando se analiza la posibilidad de hacer extensiva la aplicación de la cláusula arbitral a partes que no son signatarias.

### **III. Criterios para extender la cláusula arbitral a partes no signatarias**

CLAY menciona que existen dos mecanismos que tradicionalmente permiten la circulación de la cláusula arbitral: la transmisión y la extensión. La primera es definida como *“la operación por medio de la cual una persona recibe unos derechos existentes y los cuales le son*

---

<sup>14</sup> Artículo 9 Ley de Arbitraje No 60/2003 de 23 de diciembre.

<sup>15</sup> Voto 71-2009 supra citado.

<sup>16</sup> Sentencia No. 136/2010 de 02 de diciembre.

*transmitidos en el estado en que se encuentran en ese momento*”, este sería por ejemplo el caso de la cesión tradicional de un contrato que contiene una cláusula arbitral, supuesto en el que la transmisión de los efectos de la cláusula no reviste mayor discusión. Por su parte la extensión se define como “*la operación por medio de la cual una persona, inicialmente ajena a una obligación pre-existente, entra a formar parte de dicha obligación.*”<sup>17</sup> Este es el supuesto que reviste interés en esta investigación y a él nos avocaremos, es decir, aquellos casos en los que los efectos de la cláusula arbitral se extienden a una persona ajena a la obligación pre-existente, como podría ser la establecida en un contrato, y en virtud de dicha extensión es llamada a formar parte de la misma, en lo que se ha denominado extensión pasiva.<sup>18</sup>

La doctrina ha enunciado varios criterios para extender la aplicación de la cláusula compromisoria a partes no signatarias. Así por ejemplo, BULLARD GONZÁLEZ<sup>19</sup> menciona los siguientes: (1) incorporación por referencia, (2) asunción de la obligación de arbitrar, (3) representación o agencia, (4) descorrimiento velo alter ego/grupo de sociedades, (5) Estoppel/Equitable Estoppel, (6) cesión de contrato, (7) novación, (8) Sucesión por operación legal (por ejemplo casos de insolvencia), (9) subrogación, y (10) tercero beneficiario.

Por su parte, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos de América, en el caso *Thomson-CSF, S.A., v American Arbitration Association*, recopiló los cinco criterios que esa Corte ha aplicado para extender los efectos de la cláusula compromisoria a partes no signatarias, que se pueden resumir como: (1) Incorporación por referencia, (2) Asunción, (3) Agencia, (4) Levantamiento del velo social/alter ego, y (5) Estoppel.<sup>20</sup>

El tema ha sido analizado en múltiples jurisdicciones, siendo que del abanico de supuestos que se han detallado supra, muchos países, ya sea de tradición civilista o del *common law* han optado por avalar la aplicación extensiva sólo en algunos de los supuestos antes

---

<sup>17</sup> CLAY, Thomas. La extensión de la cláusula compromisoria a las partes no signatarias (fuera de los grupos de contratos y grupos de sociedades). Revista de la Corte Española de Arbitraje. 2006. p. 13-22.

<sup>18</sup> Ídem, p. 15

<sup>19</sup> En su trabajo Alfredo Bullard cita los supuestos mencionados por Suárez Anzorena en el Seminario sobre la nueva ley de arbitraje de Perú. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje. Latin Arbitration Law. 1 de Septiembre de 2010.

mencionados. Así por ejemplo, en Francia, entre otros supuestos, se ha reconocido la extensión en el caso de grupos de sociedades, en donde al respecto se puede citar la conocida resolución del caso C.C.I entre *Dow Chemical v Isober St. Gobain*, en el que se discutió la participación en el arbitraje de otras empresas pertenecientes al grupo *Dow Chemical*, siendo que al final se determinó que las mismas efectivamente habían ejecutado parte del contrato que daba origen a la controversia.<sup>21</sup> Este caso fue llevado a la Corte de Apelaciones de París, la cual rechazó la apelación sobre la falta de competencia de la Corte Arbitral mediante resolución del 21 de Octubre de 1983.<sup>22</sup>

La extensión por referencia, ha sido reconocida también por los tribunales canadienses, pero solo en aquellos casos en los que hay claridad sobre la referencia que hace el documento contractual (en donde no consta la cláusula arbitral) al contrato en donde sí consta dicha cláusula arbitral. Al respecto se puede citar el caso *Nanisivik Mines Ltd. y Zinc Corporation of America v Canarctic Shipping Co. Ltd.* en el que la Corte Federal de Apelaciones de Canadá falló en este sentido.<sup>23</sup>

Debido a la variedad de criterios utilizados en la extensión de la cláusula compromisoria a partes no signatarias, y a la poca uniformidad que existe en las distintas jurisdicciones sobre los criterios aceptados, hemos seleccionado los que, producto de la revisión de múltiples fuentes, consideramos más comúnmente aceptados y que por lo tanto han sido más desarrollados a nivel doctrinario y jurisprudencial.

### ***i. Aceptación Tácita***

Tal y como hemos dicho con anterioridad, el consentimiento es uno de los principales elementos a la hora de analizar la validez de la cláusula arbitral, cuando el mismo se presenta por escrito (mediante la

---

<sup>20</sup> Corte de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América. *Thompson CSF v. American Arbitration Association*. No. 1565, Expediente 94-9118, 1995.

<sup>21</sup> MIMANI, Kunal y JHINGRAN, Ishan. *India Law Journal*. [En línea] Disponible en web: [http://www.indialawjournal.com/volume4/issue\\_3/article\\_6.html](http://www.indialawjournal.com/volume4/issue_3/article_6.html).

<sup>22</sup> Corte de Apelación de París. *Dow Chemical v Isover Saint Gobain*. *Trans-Lex. CENTRAL*, Universidad de Colonia. Co-patrocinado por Klemens Pleyer Foundation. [En línea] Disponible en web: <http://www.trans-lex.org/204131>.

<sup>23</sup> Corte Federal de Apelaciones de Canadá. *Nanisivik Mines Ltd. y Zinc Corporation of America v Canarctic Shipping Co. Ltd. Interarb*. [En línea] Disponible en web: <http://interarb.com/clout/clout070>.

firma de la cláusula compromisoria), lógicamente no existen mayores inconvenientes para considerar que efectivamente tuvo lugar. Sin embargo, los problemas se presentan precisamente cuando dicho convenio no se adopta por escrito, sino por ejemplo de verbalmente, o tácitamente.

En aquellos casos en que el consentimiento se haya dado de forma verbal, sujeto a la ley interna de cada país, el principal escollo que se presenta es de naturaleza probatoria; en la medida en que el mismo se pueda demostrar, la parte quedará vinculada a la cláusula arbitral.

Además de la situación anterior, existen supuestos en los que la aceptación se configura tácitamente, es decir el tercero (a quien se intenta extender el convenio arbitral), ha participado en el negocio jurídico principal, aunque no es signatario del contrato. Bajo esta teoría se analiza la fase precontractual y contractual, para desentrañar el consentimiento del tercero sobre la sumisión arbitral.<sup>24</sup>

Una de las tesis que han sido adoptadas es que deberá extenderse los efectos de la cláusula cuando el tercero haya participado del proceso de ejecución del contrato por el cual se pacta la cláusula compromisoria y por lo tanto, presenta una vinculación directa con el mismo. En este sentido podemos citar la decisión de la Corte de Apelaciones de París del 15 de Junio de 1989 que sobre un caso similar determinó:

*“La cláusula arbitral de un contrato internacional tiene validez y eficacia por sí misma, que debe ser interpretada extendiendo sus efectos a partes directamente involucradas en la ejecución contractual, y en las disputas que puedan derivarse de ella, una vez que se haya establecido que su posición contractual y su conducta demuestran que han aceptado el acuerdo arbitral su existencia y su alcance, a pesar de que no lo hayan firmado.”<sup>25</sup>*

Esta situación podría darse en varios supuestos, siendo que el más común es en el caso de grupos de sociedades en donde por alguna razón la parte signataria del contrato delega parte de la ejecución del

---

<sup>24</sup> TALERO RUEDA, Op. Cit. p 85-86.<sup>25</sup> El extracto es una traducción libre de la autora de esta investigación con base en el extracto en idioma inglés incluido en RUBINO-SAMMARTO, Mauro. 2001. International Arbitration: Law and Practice, 2da Edición. Hague, Reino de los Países Bajos: Kluwer Law International, 2001. Pág 273.

<sup>25</sup> El extracto es una traducción libre de la autora de esta investigación con base en el extracto en idioma inglés incluido en RUBINO-SAMMARTO, Mauro. 2001. International Arbitration: Law and Practice, 2da Edición. Hague, Reino de los Países Bajos: Kluwer Law International, 2001. Pág 273.

mismo en alguna de las empresas del grupo y ésta, con la ejecución del contrato que realiza, acepta tácitamente el contrato, la cláusula arbitral y sus alcances.

Uno de los casos en donde la Sala Primera admitió la extensión de la cláusula arbitral a terceros versa precisamente sobre el supuesto de aceptación tácita, como se desprende del siguiente extracto:

*“En el caso bajo examen, el contrato de distribución suscrito entre la actora y la entidad estadounidense en su cláusula dieciséis previó: “Artículo 16. ARBITRAJE (...).” Como se observa, la entidad panameña no concurrió con su firma a ese contrato. No obstante, de la documental obrante en autos y la participación que en el conflicto suscitado mostró su representante, se corige que aquella asumió las obligaciones de su homóloga estadounidense y por ende, se sujetó a la forma convenida para solucionar las controversias. Así se observa cuando el representante de la entidad panameña, señor T.H.L., suscribe la carta del 12 de octubre del 2004, por la que revela el vínculo de negocios que ligaba a su representada con la actora, el cual –indica- se fundamenta en el relacionado contrato de distribución suscrito entre S. y D.E.C.A. Su participación y vínculo de negocios con la actora, se colige de las propias manifestaciones del relacionado representante T.H.L. en su indicada carta, cuando en ella refiere: “Mi representada mantiene en la actualidad una relación contractual con su representada, en virtud de la continuidad del contrato de distribución suscrito el 16 de abril de 1996 con D.E.C.A., siendo que los productos marca D. vendidos a su representada fueron los que se especificaron en el primer artículo de dicho contrato. No obstante lo anterior, ... nuestras representadas han estado involucradas en una serie de conversaciones y comunicaciones tendientes a lograr una terminación contractual de mutuo acuerdo de forma satisfactoria. Consecuentemente, y no habiendo su representada cumplido con el compromiso económico contenido en la cláusula 3 del contrato, D. da por terminado el contrato de distribución y extinta la relación comercial con su representada de conformidad con lo establecido en la cláusula 12 del contrato de distribución.” Tales manifestaciones implican inequívocamente su voluntad de sujetarse al acuerdo arbitral, pese a no haberlo suscrito...”<sup>26</sup> (El subrayado es añadido)*

## **ii. Alter ego/levantamiento del velo**

Esta teoría, que ha sido aplicada principalmente por los tribunales estadounidenses, se presenta en aquellos casos en los que entre dos o más personas jurídicas existe una estrecha comunidad de intereses, de

<sup>26</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto 200-2006, de 07 de abril

forma tal que la separación jurídica entre las mismas resulta abusiva en relación con el negocio jurídico de que se trate.<sup>27</sup>

Normalmente – aunque no con carácter exclusivo-, el álter ego se presenta en la relación matriz –subsidiaria, en la que la vinculación entre ambas es tan estrecha que una de las sociedades debería de ser responsable por las acciones de la otra. Para llegar a estas conclusiones, en la práctica normalmente es necesario el levantamiento del velo corporativo. De conformidad con la jurisprudencia estadounidense, no es suficiente en estos casos la mera existencia de una relación corporativa entre las sociedades para extender la cláusula arbitral a la sociedad no signataria, sino que se debe dar, como hemos dicho, una verdadera conexidad práctica entre ambas sociedades.<sup>28</sup>

En relación con la doctrina de levantamiento del velo corporativo, CAIVANO ha recopilado los criterios considerados por los tribunales estadounidenses para solicitar el levantamiento del velo:

- *“La existencia de un fraude o el completo dominio o autoridad de la sociedad controlante, que lleve a confusión a los terceros.*
- *Conductas o circunstancias que impliquen un virtual abandono de la separación de sus identidades societarias, tales como: (a) que la subsidiaria no tiene cuentas bancarias, oficinas, ni papelería, no realiza transacciones ni tiene actividad, o (b) que la controlante y la subsidiaria comparten oficinas y personal, tienen los mismos directores, mezclan fondos y no se consideran como unidades de ganancia separadas.”<sup>29</sup>*

De lo anterior podemos inferir que, para que se pueda dar un levantamiento del velo corporativo y que por lo tanto la cláusula arbitral pueda hacerse extensiva a la parte no signataria, es necesario que se den circunstancias que tengan una connotación fraudulenta o bien, que se trate de una mampara mediante la que las sociedades se presenten como independientes, pero en la realidad no lo sean. En palabras de AGUILAR GRIEDER, el levantamiento del velo corporativo *“no se cuestiona la institución de la persona jurídica, sino que evita los abusos e injusticias que la misma produzca cuando se aparte de la finalidad para la cual ha sido concedida.”*

---

<sup>27</sup> Talero Rueda, Op.Cit, p 86-87.

<sup>28</sup> Thompson CSF v American Arbitration Association, antes citado.

<sup>29</sup> CAIVANO, Op. Cit, p. 125.

En este mismo sentido la C.C.I en el caso No. 3879 del año 1984, aplicó la teoría del levantamiento del velo corporativo para vincular a determinadas sociedades que no eran signatarias del convenio arbitral, fundamentando su decisión principalmente en lo siguiente:

*“La equidad en concordancia con los principios de Derecho internacional, permite que pueda alzarse el velo corporativo, a efectos de proteger a terceros de un abuso que pudiera causarse en detrimento suyo”.*<sup>30</sup>

De lo anterior vemos como nuevamente la teoría del levantamiento del velo corporativo surge como un remedio para el abuso del derecho y su consecuente protección a terceros.

Algunos juristas como BULLARD GONZÁLEZ han relacionado el levantamiento del velo corporativo con la teoría del “grupo de sociedades”, no obstante en nuestro criterio es más acertado hacerlo con la teoría del álter ego, ya que para el levantamiento del velo no es suficiente la mera existencia de una relación corporativa entre la sociedades, sino que debe de haber además un abuso de la figura de la persona jurídica.

En Costa Rica, la figura del levantamiento velo societario está muy circunscrita a determinadas materias, en especial a la tributaria y financiera, aunque existen antecedentes judiciales valiosos<sup>31</sup> que reconocen esta posibilidad.<sup>32</sup>

### **iii. Grupos de sociedades**

Esta teoría, también denominada Teoría de la unidad del grupo económico, presenta bastantes similitudes con las dos teorías expuestas anteriormente, aceptación tácita y álter ego, no obstante la doctrina y la jurisprudencia la han delimitado por aparte estableciéndole algunas características particulares.

---

<sup>30</sup> Citado por CORREA DELCASSO. Op. Cit. p. 56.

<sup>31</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, votos No. 76-1991 de 12 de junio y No. 49-1996, de 29 de mayo. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 322-1997, de 17 de diciembre. Sala Constitucional, voto No. 3489-2003, de 2 de mayo.

<sup>32</sup> De igual forma, conviene mencionar que en la corriente legislativa se discute el Proyecto de Ley No. 18213 para adicionar un artículo 20 bis al Código de Comercio que permita, bajo determinadas circunstancias, proceder con el levantamiento del velo societario, en lo que dicho proyecto denomina “prescindir” de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

Como punto medular, la teoría parte del presupuesto lógico de que la sociedad o las sociedades a las que se pretende hacer extensiva la cláusula arbitral, forman parte de un grupo de sociedades al momento en el que se concluyó el contrato, aunque posteriormente, cuando se entabla el litigio, hayan dejado de serlo. Adicional a este elemento, suele ser de gran trascendencia que dicho grupo de sociedades guarde una estricta vinculación y actúe de forma estrecha. Aunado a lo anterior, además de la pertenencia a un mismo grupo de sociedades, la sociedad o las sociedades no signatarias, deben tener una participación efectiva en la relación contractual litigiosa, ya sea en la fase de negociación, ejecución o terminación.<sup>33</sup>

Uno de los casos más famosos de aplicación de esta teoría, que incluso puede considerarse el origen de la misma en su vertiente francesa, es el caso de *Dow Chemical v Isover Saint Gobain* que ya hemos mencionado brevemente en la introducción a esta sección. En este caso, el tribunal determinó que las subsidiarias de *Dow Chemical* (miembros de un mismo grupo de sociedades), debido al papel que desempeñaron en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contenían la cláusula arbitral, se debían considerar verdaderas partes de los mismos y por lo tanto les era aplicable la cláusula compromisoria.<sup>34</sup>

Esta doctrina ha sido seguida en distintos casos de la C.C.I, al respecto se pueden citar los casos C.C.I números 4972, 5721, 5730 y 5103 en los que los tribunales arbitrales determinaron bajo distintos supuestos, que la cláusula compromisoria firmada por la casa matriz debía ser extensiva a sus subsidiarias, o viceversa.<sup>35</sup>

En Costa Rica, la Sala Primera resolvió un caso en donde se extendió el efecto de la cláusula arbitral a una subsidiaria que no había participado directamente del convenio arbitral, pero que se incorporó posteriormente a la relación contractual:

*“La carta de intenciones, en la cual se pactó la cláusula arbitral, es ciertamente un acuerdo preliminar, con vista a la futura participación de las sociedades suscribientes en el proceso de licitación pública Internacional No 02-98, referente a la creación y funcionamiento de*

---

<sup>33</sup> AGUILAR GRIEDER, Hilda. 2009. Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades. Cuadernos de Derecho Transaccional. Volumen 1, Número 2. Octubre 2009. p. 5-29.

<sup>34</sup> Ídem, p.134.

<sup>35</sup> Ídem, p. 125.

*Estaciones de Revisión Técnica Integrada de Vehículos, promovida por la Proveeduría Nacional en interés del Ministerio de Obras Públicas y Transportes. En ella, empero, se toman ya varios acuerdos proclives a evaluar la viabilidad de la asociación y hasta se habla de las previsiones a tomar de resultar adjudicatarias. Ahora bien esas intenciones se materializaron luego dentro del propio esquema, pues todos los actos posteriores se dirigieron al mismo propósito que animó la suscripción de la carta. Es verdad que A.C. S.A., no estaba mencionada en aquel documento, pero hay correspondencia y documentos suscritos por ambas partes, donde se afirma, sin protesta de SGS, la incorporación de esa sociedad, como subsidiaria de D., en el proceso licitatorio, mas tarde formalizada en el denominado convenio de consorcio, suscrito por esta sociedad y SGS. Particularmente esto es manifiesto en la oferta hecha por el consorcio. La relación, por otra parte, se mantuvo fiel a las intenciones preliminares. Por eso lleva razón el Tribunal Arbitral al interpretar que no hubo una solución de continuidad entre lo convenido en esa carta y los demás actos, sino un solo negocio concretado en diversas fases, en una de las cuales, por convenio entre ellas, participó A.C. S.A., cosa que no era extraña a las intenciones expuestas en el primer documento, pues en él se previó, expresamente, la participación de otra u otras sociedades. Así entendido, la disputa sometida a arbitraje está ínsita en los términos "cualquier tipo de conflicto", empleados en la cláusula arbitral. Con esto no se da un alcance genérico a la cláusula, más allá de la voluntad de las partes, pues su especificidad viene impuesta por referirse exclusivamente al conflicto o conflictos derivados de la preparación y participación en el proceso licitatorio. La Sala, en consecuencia, encuentra ajustado a derecho lo declarado por el Tribunal arbitral y estima que su decisión merece ser confirmada."<sup>36</sup>*

#### **iv. Doctrina de los actos propios / Estoppel**

La denominada Teoría de los Actos Propios es un derivado del principio general de buena fe, que proviene de la máxima romana "*venire contra factum proprium nulli conceditur*" que establece grosso modo que las partes deben ser congruentes con sus actuaciones, sancionándose aquellos actos que se realicen que vayan en franca contradicción con hechos o actuaciones anteriores de esa misma parte que evidenciaban una voluntad distinta de la que ahora expresan. En palabras de ALSINA: "*quien mediante conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquél mantendrá su comportamiento en lo sucesivo, deberá, sí, mantenerlo*

---

<sup>36</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto No. 703-2000, de 22 de setiembre.

*efectivamente, aunque en su fuero interno hubiere abrigado otro propósito en realidad.*<sup>37</sup>

Esta situación normalmente se presenta cuando alguna de las partes se benefició de un contrato que establecía una cláusula arbitral (contrato del cual no formaba parte) y que en el momento en el que por alguna circunstancia se le intentó hacer extensivo dicho acuerdo arbitral, intentó eludir el compromiso alegando que no formaba parte del mismo. Es decir, la parte pretende ir contra sus propios actos, rechazando la aplicación extensiva de la cláusula arbitral.<sup>38</sup> Como elemento importante y diferenciador de otras figuras que hemos analizado (aceptación tácita y grupo de sociedades), esta figura es ajena al criterio de voluntad, es decir, en el análisis de los hechos el tribunal arbitral o en su caso, el tribunal judicial, no valorará si hubo voluntad del tercero no signatario con respecto al contrato y por ende a la cláusula compromisoria.<sup>39</sup>

En este sentido se puede citar el caso analizado por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos de América en el caso *Deloitte Noraudit A/S v Deloitte Haskins & Sells*, en el cual *Deloitte Noraudit* recibió de *Deloitte Haskins* un contrato (del que no formaba parte y que contenía una cláusula arbitral), mediante el que las afiliadas de esta última debían identificarse en la prestación de los servicios de contabilidad bajo el nombre “*Deloitte*”. *Deloitte Noraudit* ejecutó el contrato en el sentido de que en lo sucesivo, continuó prestando los servicios de contabilidad bajo ese nombre comercial, pero más adelante pretendió desconocer la cláusula arbitral a la cual quedaban sujetas las disputas surgidas de dicho contrato. La Corte de Apelaciones ya mencionada determinó, que *Deloitte Noraudit* no podía desconocer la cláusula arbitral pues con su actuar estaría yendo en contra de sus propios actos, que consistían precisamente en la ejecución del contrato.<sup>40</sup>

Otra forma en la que se podría configurar este supuesto, es en aquellos casos en que tercero invoque un derecho contenido en un

---

<sup>37</sup> ALSINA ATIENZA, Dalmiro: El sometimiento voluntario a un régimen jurídico y la impugnación de inconstitucionalidad. *El Derecho*. Pág. 819.

<sup>38</sup> TALERO RUEDA, Op. Cit., p. 89

<sup>39</sup> AGUILAR GRIEDER, Hilda: *Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades*, Op. Cit., pág. 26

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América. *Deloitte Noraudit A/S v Deloitte Haskins & Sells*. *Iustitia US Law*. [En línea] Disponible en web: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/9/1060/541208/>

contrato del cual no forma parte y posteriormente pretenda desconocer la cláusula arbitral contenida en ese contrato (el que invocó). Es decir, no podría la parte que ha invocado un derecho contractual a su favor, posteriormente desconocer la cláusula arbitral que se pactaba precisamente en el contrato que había invocado.<sup>41</sup>

### v. Tercero beneficiario

Este presupuesto se configura cuando las partes de determinada relación jurídica estipulan derechos a favor de un tercero que no intervino en el negocio. Esta situación cobra importancia en materia arbitral cuando en la relación jurídica se pactó una cláusula arbitral entre las partes, surgiendo así la interrogante de si es posible o no llamar al tercero a formar parte de un eventual proceso arbitral.

*AGUILAR GRIEDER indica en relación con este tema que “en toda estipulación a favor de un tercero cabe distinguir a tres personas: una persona, el promitente, asume frente a otra, el estipulante, la obligación de prestar una determinada prestación en beneficio de un tercero, el beneficiario (al cual le es atribuido, de un modo directo, un derecho subjetivo [propio] para exigir el cumplimiento de la prestación convenida a su favor).”*<sup>42</sup>

De lo anterior claramente se desprende que en las estipulaciones a favor de tercero surge una relación tripartita, es decir, hay una relación entre el promitente y el estipulante, así como una relación entre el promitente y el beneficiario, y entre el estipulante y el beneficiario.<sup>43</sup>

La doctrina ha dicho que para que el tercero (beneficiario) pueda quedar vinculado a la cláusula compromisoria, es necesario que las partes de la relación jurídica principal (promitente y estipulante), hayan tenido la intención de vincular al tercero en cuanto a este aspecto.<sup>44</sup> Así mismo, el beneficiario deberá de haber aceptado expresa o tácitamente, la prestación entre promitente y estipulante, quedando así, vinculado a las condiciones establecidas entre aquellos. Al respecto AGUILAR GRIEDER indica: “(...) *el beneficiario debe aceptar el derecho, en que la prestación consiste, con todas sus consecuencias o cualidades, esto es*

<sup>41</sup> Talero Rueda, Op. Cit., p. 89.

<sup>42</sup> AGUILAR GRIEDER, Hilda. La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional. Universidad de Santiago de Compostela: Imprenta Universitaria. 2001.

<sup>43</sup> Ídem.

<sup>44</sup> Talero Rueda, Op Cit., p. 88.

*del modo que ha sido concebido por el estipulante y el promitente, incluyendo la cláusula arbitral.”*<sup>45</sup>

Esta teoría ha sido desarrollada de forma interesante en casos relacionados con contratos de seguros y *reaseguros*, *al respecto podemos citar el caso Doeffer v. Transatlantic Reins. Co.* que involucraba un reclamo contra *Jan Doeffer* (“Doeffer”) bajo una póliza de responsabilidad civil profesional de la sociedad *Legion Insurance Company* (“Legion”), que había sido reasegurada por la sociedad *Transatlantic*.

Luego de que Legion retirara su defensa a favor de *Doeffer*, el mismo recibió un veredicto en su contra en relación con la responsabilidad civil profesional. Cuando Legion se subrogó los derechos de reclamar en el caso, *Doeffer* demandó a *Transatlantic directamente* y *Transatlantic* optó por forzar un arbitraje amparándose en la cláusula arbitral del contrato de reaseguro entre Legion y *Transatlantic*. *Doeffer* se opuso a la acción, basado en el hecho de que él no era parte del contrato de reaseguro y que las partes de ese contrato nunca pretendieron que él quedara sujeto a un arbitraje. La corte consideró que *Doeffer* era un tercero beneficiario del contrato de reaseguro, y que por lo tanto estaba requerido a presentar un arbitraje bajo ese contrato. La Corte falló que el estado de *Doeffer* como un tercero beneficiario había sido determinado por el caso *Koken v. Legion Ins. Co.*, caso que sentó un precedente importante en este tipo de procesos y que de forma general determinó que en ciertas formas de contratación con las reaseguradoras la relación realmente se daba entre el asegurado y la reaseguradora.<sup>46</sup>

## **vi. Grupos de contratos/ Cadenas de transacciones**

Esta teoría ha sido desarrollada sobre la base de que aquellos supuestos en los que existe un número importante de contratos relacionados entre sí, es decir un grupo de contratos, entendidos los mismos como: “*una pluralidad de contratos que están relacionados con el mismo objeto o que concurren a la misma finalidad económica*”<sup>47</sup>. En estos grupos de contratos puede darse el supuesto de que existan contratantes que forman parte del grupo de contratos pero que nunca

---

<sup>45</sup> AGUILAR GRIEDER, La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional. Op Cit. p. 243

<sup>46</sup> HALL, Robert. Third Party Beneficiary: Binding Nonsignatory Arbitration Clauses in Reinsurance Contracts. [En línea]. Disponible en web: <http://www.robertmhall.com/articles/3rdParBenArt.pdf> [Consulta: 27 de febrero de 2012].

<sup>47</sup> Teyssié, citado por Graham, Op. Cit.

hayan dado su consentimiento expreso para algunas cláusulas incluidas en una parte de dicho grupo contractual.<sup>48</sup>

Dentro de estos grupos de contratos, la jurisprudencia francesa ha distinguido dos vertientes, los que no son traslativos de bienes y los contratos sí lo son. En el primer supuesto, los tribunales franceses han esgrimido diversos criterios en momentos distintos. En un primer momento se inclinaron por aceptar la extensión de la acción contractual a “terceros” cuando se hubiese producido un daño, siendo que por lo tanto se aceptaba que éstos tuvieran una acción contra el responsable del daño; posteriormente se eliminó esta posibilidad en aquellos casos en los que no haya traslado de propiedad.<sup>49</sup>

Sobre este primer supuesto podemos citar un laudo parcial de la Corte de la CCI (sobre la competencia del tribunal arbitral) en el que refiriéndose a una relación de distribución, en lo que consideramos más relevante indica:

*“(...). Y es que, cuando las partes han querido realizar una operación única mediante una pluralidad de instrumentos, puede considerarse que su voluntad era la de someter a la cláusula compromisoria contenida en uno de los contratos, todo litigio relacionado con esta operación única, inclusive aquéllos que pudieran resultar del contrato que no la contiene. (...)”<sup>50</sup>*

En este caso la Corte de la CCI estimó que el grupo de contratos constituía un una operación única, pero que además de ello, en la transacción participaba un grupo de sociedades, por lo que la suma de ambos elementos, hacia viable extender la cláusula compromisoria a partes no signatarias.

En un segundo supuesto antes referido, se pueden presentar cadenas homogéneas (venta-reventa), en donde los tribunales franceses han considerado que el último comprador de la cadena se beneficia de la cláusula arbitral en contra del primer vendedor, a pesar de que la cláusula arbitral solamente haya estado incluida en el primer contrato de venta del cual el último comprador, como es lógico, no es parte. Así también, bajo este supuesto se pueden presentar cadenas heterogéneas (venta-servicio-venta). En estos casos tradicionalmente se había dicho que la cláusula arbitral solamente será extensiva cuando haya consentimiento del subcontratista<sup>51</sup>, no obstante como veremos de

<sup>48</sup> Graham, Op. Cit.

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> Caso No. 8915, Citado por CORREA DELCASSO, Op. Cit., p. 61.

<sup>51</sup> CORREA DELCASSO, Op. Cit., p. 61.

seguido, este criterio fue variado por los tribunales franceses mediante una comentada sentencia del año 2007.<sup>52</sup>

La extensión de la cláusula arbitral en las cadenas heterogéneas se ha admitido, en aquellos casos en los que de la participación en la negociación, celebración o ejecución se puede inferir el consentimiento, aunque el mismo no haya sido expreso. En relación con la aplicación de esta doctrina podemos citar el caso Alcatel Business Systems (ABS) SA v. Amkor technology resuelto por la Cour de Cassation de Francia, que en lo relevante ha indicado:

*“(...) en una cadena de contratos traslativos de propiedad, la cláusula compromisoria se transmite de forma automática en tanto que accesorio de un derecho de acción, él mismo siendo accesorio del derecho sustancial transmitido, independientemente del carácter homogéneo o heterogéneo de esta cadena (...)”.*<sup>53</sup>

*“(...) la cláusula de arbitraje se extiende a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que puedan derivarse (...)”*<sup>54</sup>

Es importante mencionar que en la extensión de la cláusula arbitral, el tribunal francés parte de la legislación interna francesa, que como ya hemos dicho admite la transmisibilidad de los derechos de acciones junto con la transmisión del bien, no obstante constituye un avance importante en cuanto a la extensión de la cláusula arbitral en estos grupos complejos de transacciones.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha admitido este tipo de extensión de la cláusula arbitral, bajo el concepto de contrato marco, al decir:

*“La Sala ha admitido que si en un convenio marco se inserta una cláusula arbitral válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio descrito en el documento, salvo disposición expresa en contrario, ésta vincula incluso a las personas sobrevinientes al negocio. Esto es así, porque en principio lo general comprende a lo particular. Lo que no*

---

<sup>52</sup> PARK, William. *Non- signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma. International Council for Commercial Arbitration. Artículos.* [En línea]. Disponible en web: [http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park\\_joining\\_non-signatories.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf). p. 15

<sup>53</sup> MOURRE, Alexis y MANTILLA-SERRANO, Fernando, Coord. Panorama de Jurisprudencia Francés (por el capítulo francés del club español de arbitraje). Revista del Club Español de Arbitraje. 3/2008. p. 14.

<sup>54</sup> Ídem.

*puede aceptarse; excepto por disposición expresa, es lo contrario, vale decir que de lo singular se acceda a lo general”.*<sup>55</sup>

*“Como antes se dijo, la Sala ha admitido que si en un convenio marco se inserta una cláusula arbitral válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio descrito en el documento, salvo disposición expresa en contrario, ésta vincula incluso a las personas sobrevinientes al negocio. Esto es así, porque en principio, lo general comprende a lo particular.”*<sup>56</sup>

Asimismo, en otro caso aceptó la aplicación de una cláusula arbitral contenida en una carta de intención aún a actuaciones y contratos subsiguientes:

*“La carta de intenciones, en la cual se pactó la cláusula arbitral, es ciertamente un acuerdo preliminar, con vista a la futura participación de las sociedades suscribientes en el proceso de licitación pública Internacional No 02-98, referente a la creación y funcionamiento de Estaciones de Revisión Técnica Integrada de Vehículos, promovida por la Proveduría Nacional en interés del Ministerio de Obras Públicas y Transportes. En ella, empero, se toman ya varios acuerdos proclives a evaluar la viabilidad de la asociación y hasta se habla de las previsiones a tomar de resultar adjudicatarias. Ahora bien esas intenciones se materializaron luego dentro del propio esquema, pues todos los actos posteriores se dirigieron al mismo propósito que animó la suscripción de la carta... Particularmente esto es manifiesto en la oferta hecha por el consorcio (Fs. 45 y sig. del legajo de pruebas de los actores). La relación, por otra parte, se mantuvo fiel a las intenciones preliminares. Por eso lleva razón el Tribunal Arbitral al interpretar que no hubo una solución de continuidad entre lo convenido en esa carta y los demás actos, sino un solo negocio concretado en diversas fases...”*<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 475-2001, de 27 de junio.

<sup>56</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto 200-2006, de 07 de abril.

<sup>57</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto No.703-2000 de 22 de septiembre.

#### **IV. Conclusiones**

Como se ha indicado en esta investigación, el consentimiento es elemento esencial en la decisión de las partes de someter sus divergencias al arbitraje y por lo tanto es pieza muy importante en el análisis de validez de la cláusula compromisoria. Adicional al consentimiento, muchas legislaciones han indicado como requisito de validez la forma escrita, que a pesar de que hoy en día cobra matices modernos (se ha señalado al respecto el artículo 7 de la Ley Modelo), sin duda juega un papel protagónico en determinar cuáles son las partes signatarias de la cláusula arbitral y cuáles no lo son.

En relación a este último grupo, precisamente nos hemos avocado, a lo largo de este trabajo, a la tarea de compilar y analizar las principales teorías que han contemplado la jurisprudencia judicial y arbitral, y la doctrina, para extender los alcances de la cláusula compromisoria a las partes no signatarias.

Las distintas teorías analizadas, buscan generar equilibrio entre el rigor de los formalismos y la realidad, en donde muchísimas veces en la negociación, la ejecución o la terminación de la relación contractual, se involucra a un tercero cuya participación en el proceso arbitral resulta indispensable.

El arbitraje en los últimos años se ha convertido en una importante forma de resolver los conflictos comerciales, lo que necesariamente ha llevado a los intervinientes en este tipo de procesos a clamar por flexibilidad y a buscar que se premie la sustancia sobre la forma. Esto sin duda ha hecho mella en los tribunales arbitrales, que han buscado incorporar principios contractuales, aplicar analogías con situaciones previstas en normas nacionales e incluso crear nuevas teorías, que les permitan interpretar el consentimiento en un sentido amplio e incorporar así a partes no signatarias de la cláusula compromisoria en el proceso arbitral.<sup>58</sup>

Lo anterior, si bien es loable desde una perspectiva de fomento del arbitraje como medio alternativo a la resolución de conflictos, y sobre todo en contextos como el comercial, no debe convertirse en un portillo para eliminar la seguridad jurídica de las partes contratantes, tomando

---

<sup>58</sup> TANG, Edward Ho Ming. *Methods to Extend the Scope of an Arbitration Agreement to Third Party Non-Signatories*. City University of Hong Kong. Biblioteca. [En línea]. Disponible en web: <http://lbms03.cityu.edu.hk/oaps/slw2009-4635-thm665.pdf>.

en consideración que la renuncia de un derecho fundamental como el acceso a la jurisdicción común es lo que está en juego. Sin duda, la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias, debe ser un recurso de excepción, y como tal amerita un análisis cuidadoso y detallado de los operadores jurídicos involucrados.

Encontrar la justa medida en este tipo de situaciones, es difícil, y como se ha visto, no hay respuestas absolutas, por lo que necesariamente el rol del árbitro tendrá cada vez más importancia, pues de su buen juicio jurídico y su capacidad de interpretación, dependerá que el arbitraje como institución siga gozando de buena salud. De igual forma, las decisiones que sobre esta materia adopte la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en especial en los arbitrajes internacionales, serán cruciales en el desarrollo del país como centro de resolución de arbitrajes internacionales. De allí que sirva este modesto aporte a la discusión y puesta en común de las tendencias internacionales sobre la materia.

## Bibliografía

### *Artículos en revistas especializadas:*

- AGUILAR GRIEDER, Hilda. 2009. *Arbitraje comercial internacional y grupos de sociedades. Cuadernos de Derecho Transaccional*. Volumen 1, Número 2. Octubre 2009. p. 5-29.
- CAIVANO, Roque. Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. Lima Arbitration No 1, 2006, p. 121-162.
- CLAY, Thomas. La extensión de la cláusula compromisoria a las partes no signatarias (fuera de los grupos de contratos y grupos de sociedades). *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. 2006. p. 13-22.
- MOURRE, Alexis y MANTILLA-SERRANO, Fernando, Coord. Panorama de Jurisprudencia Francés (por el capítulo francés del club español de arbitraje). *Revista del Club Español de Arbitraje*. 3/2008. p. 89-119.
- TALERO RUEDA, Santiago. Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration*. No.4, 2010/2011. p. 71-100.
- VULLIEMIN, Jean-Marie. La extensión de la cláusula arbitral a terceros ¿cláusula arbitral vs convenio arbitral? *Revista del Club Español de Arbitraje*. 5/2009. p. 53-69.

### *Artículos y documentos disponibles en internet:*

- AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional*. Anuario de la facultad de derecho. Universidad de la Coruña. [En línea]. Disponible en web: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2114/1/AD-5-3.pdf>
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje*. Latin Arbitration Law. 1 de Septiembre de 2010. [En línea]. Disponible en web: <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>.
- GRAHAM, James. *La atracción de los no firmantes de la cláusula compromisoria en los procedimientos arbitrales*. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [En línea]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/19.pdf>

- HALL, Robert. *Third Party Beneficiary: Binding Non-signatories to Arbitration Clauses in Reinsurance Contracts*. [En línea]. Disponible en web: <http://www.robertmhall.com/articles/3rdParBenArt.pdf>
- MIMANI, Kunal y JHINGRAN, Ishan. *India Law Journal*. [En línea]. Disponible en web: [http://www.indialawjournal.com/volume4/issue\\_3/article\\_6.html](http://www.indialawjournal.com/volume4/issue_3/article_6.html).
- PARK, William. *Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma*. *International Council for Commercial Arbitration*. Artículos. [En línea]. Disponible en web: [http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park\\_joining\\_non-signatories.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf)
- STUKI, Blaise. *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories*. ABA Below 40 - Conferencia del 29 de Septiembre de 2006. [En línea]. Disponible en web: <http://www.arbitration-ch.org/below-40/pdf/extension-bs.pdf>.
- TANG, Edward Ho Ming. *Methods to Extend the Scope of an Arbitration Agreement to Third Party Non-Signatories*. City University of Hong Kong. Biblioteca. [En línea]. Disponible en web: <http://lbms03.cityu.edu.hk/oaps/slw2009-4635-thm665.pdf>.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Comprensión del principio "competencia-competencia" y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral*. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 15, pp. 181-196 [En línea]. Disponible en web: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200006&script=sci_arttext).

### **Libros:**

- AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Universidad de Santiago de Compostela: Imprenta Universitaria. 2001.
- BEECHEY, John. *Prólogo*. En: MONTAÑÁ, Miquel y SELLARÉS, Jordi, Coord. *Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa*. Madrid: Difusión Jurídica, 2011. p. 9.
- CORREA DELCASSO, Juan Pablo. *La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: análisis de la doctrina de la Corte de Arbitraje de la CCI*. En: MONTAÑÁ, Miquel y SELLARÉS, Jordi,

Coord. Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa. Madrid: Difusión Jurídica, 2011. p. 45-74.

RUBINO-SAMMARTO, Mauro. International Arbitration: Law and Practice. 2da Edición. Hague, Reino de los Países Bajos: Kluwer Law International, 2001.

