

## ¿Es necesario el consentimiento para extender la Cláusula Arbitral al tercero no-signatario?

Leandro J. Caputo

### I. El caso [\[arriba\]](#)

En un reciente laudo sobre jurisdicción, en un proceso arbitral que tramitó conforme al reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional -CCI-, el tribunal consideró que “el consentimiento de los socios o controlantes no es un requisito para la aplicación del artículo 54 LGS. El Tribunal confirma que la aplicación de dicho artículo es una excepción al requisito del consentimiento para la extensión de una cláusula arbitral a terceros no signatarios”.

Este razonamiento nos enfrenta a una situación específica dentro de la ya de por sí compleja cuestión de la extensión de la cláusula arbitral al tercero no-signatario, cual es la prescindencia, bajo ciertos supuestos, del consentimiento implícito como fundamento de dicha extensión.

De esta manera, en este trabajo nos proponemos abordar como objeto de análisis si el consentimiento es requisito necesario para la extensión de la cláusula arbitral.

### II. ¿Puede obligarse a una persona a participar de un proceso arbitral sin que haya expresado, de modo algún, su consentimiento? [\[arriba\]](#)

#### a. La llamada extensión de la cláusula arbitral

El arbitraje es, fundamentalmente, una cuestión de consenso. Incluso, se lo caracteriza como un contrato, conceptualización que alcanza a sistemas legales, como el argentino. Esta caracterización está ampliamente difundida tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

De ello se deriva que solo están obligados a participar de un proceso arbitral quienes dieron su consentimiento al acuerdo respectivo. El destacado jurista chileno Francisco Orrego Vicuña ha dicho que “[l]a regla en esta materia ha sido y continúa siendo que los jueces y árbitros deben respetar las personalidades jurídicas diferentes y, por consiguiente, que la cláusula de arbitraje solo tendrá efectos respecto de las partes en el contrato. Sin embargo, no es menos cierto que las realidades contemporáneas de los negocios han llevado al reconocimiento de muchas excepciones a esa regla. Crecientemente, partes que no han sido expresamente mencionadas en el contrato pueden invocar en su favor los derechos emanados de tal acuerdo y verse sometidas a sus obligaciones”[1].

De esta manera, la visión contractualista del origen del arbitraje se ve complementada, o incluso cuestionada, por las decisiones que han resuelto que tercero no-signatarios del acuerdo arbitral sean obligados a participar del proceso arbitral. Cabe puntualizar que la cuestión relativa a la extensión de la cláusula arbitral es parte de un análisis más amplio sobre el alcance subjetivo de dicha cláusula, el cual está regido por la ley sustancial que gobierne el acuerdo arbitral[2].

En el derecho comparado existen distintas posiciones que justifican conceptualmente esta extensión de la cláusula arbitral a los llamados terceros no-signatarios -por el momento presentamos el tema de esta manera, pues, ya

analizaremos si realmente estamos en presencia de terceros y por lo tanto, de una extensión de la cláusula arbitral.

Numerosos precedentes se han hecho eco de estas posiciones al resolver -o incluso, al rechazar, por razones fácticas propias del caso- la extensión del acuerdo arbitral.

Con carácter previo a reseñar los distintos supuestos bajo los cuales se ha considerado procedente extender la cláusula arbitral, cabe referir que, por un lado, se ha dicho que estamos en presencia de una materia de gran complejidad, habida cuenta que, prima facie, la persona que no ha suscripto el convenio arbitral no podría ser obligada a someterse a un arbitraje[3].

No obstante ello, existe consenso en el ámbito del arbitraje internacional que, bajo ciertas circunstancias, la cláusula arbitral puede ser extendida a partes no-signatarias[4].

En palabras a las que adherimos y que buscan exponer con precisión la cuestión en debate, se ha dicho que la extensión de la cláusula arbitral a terceros no-signatarios es un concepto confuso y en gran medida, probablemente erróneo, toda vez que en la mayoría de los casos la extensión es decidida sobre la base de una intención común de las partes, por lo tanto, del consenso[5]. En similar dirección, se ha dicho que la extensión procede respecto de una categoría específica de terceros, que son aquellos que por su relación especial con las partes son asimilados a éstas[6].

Advertimos que en estas consideraciones están expuestos los dos pilares sobre los cuales giran los supuestos bajo los que se agrupan los casos en que se considera procedente la extensión de la cláusula arbitral: el consentimiento implícito[7], por un lado y otras figuras que toman en consideración elementos como las relaciones entre las partes, por otro[8].

En función de lo anterior, el punto de partida consistiría en determinar quién es parte del acuerdo arbitral o quién ha adherido al mismo o a quién se le impide adoptar una conducta que implique negar que ha adherido a ese acuerdo[9]. Esta posición, como se ve, encuentra sustento en el consentimiento implícito, incluyendo la conducta de las partes.

Profundizando la cuestión, se ha sostenido que lo determinante es saber quién firmó el acuerdo de arbitraje para poder determinar si un no-signatario dio su consentimiento a dicho acuerdo de arbitraje y si los signatarios también consintieron que aquél quedase obligado[10]. Así, se sostiene que “hay casos en los cuales la identidad de los sujetos de esa relación obligatoria no necesariamente coincide con la de quienes originalmente suscribieron el mismo”[11], y que “el convenio arbitral se aplica a las partes del contrato, nunca a terceros. Entendemos por partes del contrato, no solo a las que lo suscribieron o firmaron (partes signatarias), sino también a todas aquellas que hayan declarado su consentimiento de contratar pero que no suscribieron o firmaron el convenio arbitral (partes no signatarias)”[12]. Nuevamente la conclusión se apoya en la demostración del consentimiento.

En esta dirección, puede citarse la ley peruana de arbitraje -Decreto Legislativo N° 1071-, que en su artículo 14 dispone: “[e]l convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que

el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”. Como vemos, la ley peruana se apoya en el consentimiento desplegado a través de la conducta y así ha sido interpretada por los jueces y doctrinarios de dicho país.

A lo largo de este trabajo analizaremos si este punto de partida, que se apoya en el consentimiento implícito, es realmente la base para considerar que la cláusula arbitral es aplicable a quien sustancial, pero no formalmente, es parte de la misma, o bien si estamos en presencia de un supuesto de extensión que prescinde del consentimiento.

*b. Reseña de los supuestos en que se ha admitido la extensión de la cláusula arbitral a terceros no-signatarios*

Como hemos dicho, se acepta largamente que el arbitraje es una cuestión de consenso.

La doctrina y la jurisprudencia han sostenido que en la mayoría de los casos las partes del acuerdo de arbitraje son -exclusivamente- las entidades que formalmente suscribieron el contrato subyacente que contiene la cláusula arbitral. Incluso, se ha señalado que la fuerte política a favor del arbitraje que han desplegado algunos países no es fundamento para dejar de lado que el arbitraje es materia contractual y por lo tanto, una parte no puede ser obligada a someter a arbitraje una disputa cuando no lo ha acordado así[13].

Sin embargo, también se ha considerado que aun cuando el consentimiento es la base del arbitraje, esta característica ha cambiado en el tiempo, debido a la complejidad creciente de los conflictos que se dirimen vía arbitraje. A ello se añade que el término consentimiento es considerado ambivalente[14]. Nos parece que esta idea, de la ambivalencia del consentimiento en materia arbitral, puede darnos una respuesta sólida y abarcativa, como veremos a lo largo de este trabajo.

La cuestión estaría dada por reconocer los distintos modos de expresar el consentimiento a la cláusula arbitral[15], más que concluir que existe arbitraje sin consentimiento. Es por ello que, en principio, nos parece acertado presentar la cuestión en debate como una tensión entre la marginalización de la importancia del consentimiento versus una aproximación moderna al concepto de consentimiento[16].

No obstante lo anterior, existen autorizadas opiniones que, sobre la base de ejemplos como el arbitraje deportivo o del consumo -podríamos agregar el laboral- sostienen que en ellos el consentimiento se vuelve un dogma, pues, en ellos no se otorga realmente un consentimiento a la cláusula arbitral. La pregunta que se hace esta doctrina es si no es preferible ser intelectualmente honesto, dejar de lado la ficción del consentimiento y admitir que hay casos de arbitraje sin consentimiento y discutir cuáles son los requisitos que reemplazarían el consentimiento[17].

En definitiva, lo que cabe determinar son los requisitos por los cuales personas que no han suscripto el acuerdo quedan obligadas por el mismo.

En el campo del derecho comparado son distintos los supuestos sobre la base de las cuales se justifica la extensión de la cláusula arbitral al no-signatario. La aplicación

de dichos supuestos parte de la existencia de algún tipo de cláusula arbitral por escrito[18].

Al respecto y antes de reseñar dichos supuestos, cabe preguntarse si podemos hablar de la existencia de figuras jurídicas autónomas o teorías sobre la extensión de la cláusula arbitral[19].

Nuestra respuesta es negativa. Entendemos que, en rigor, no se trata de teorías jurídicas, sino de supuestos bajo los cuales, en función de los hechos puntuales demostrados en cada caso, se ha resuelto que por aplicación de otras teorías ya existentes -como el consentimiento implícito o el corrimiento del velo- se justifica la extensión de la cláusula arbitral

Sobre los supuestos aplicables, cabe reseñar que se ha hecho uso de institutos como la agencia, el alter ego, el corrimiento del velo societario y el llamado estoppel[20]. También se ha recurrido a figuras como la cesión y otras doctrinas vinculadas con la transferencia, la asunción y ratificación, las relaciones de garantía, el conjunto económico o grupo de sociedades y el rol desplegado por el tercero en la ejecución del contrato, o la llamada doctrina del grupo de sociedades.

Aun cuando finalmente rechazó la pretensión de extensión de la cláusula arbitral, una sistematización de los supuestos en que procede la extensión al no-signatario está reflejada en el caso “Thomson”, resuelto por la jurisprudencia de los Estados Unidos[21]. Allí se ponderó que dicha extensión procedería en los siguientes casos: i) si el tercero no-signatario hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida en otro contrato; ii) si la conducta de dicho tercero permite concluir que acepta someterse al arbitraje; iii) si entre una parte firmante del acuerdo de arbitraje y el tercero existe una relación de representación o agencia; iv) si la relación entre la matriz no firmante y su subsidiaria firmante es suficientemente cercana como para justificar la aplicación de la doctrina del velo societario, y v) si el tercero incurrió previamente en una conducta contradictoria con el desconocimiento actual del acuerdo de arbitraje -estoppel-.

En otro orden, desde el punto de vista de la administración de los casos en concreto, se han destacado como factores determinantes: i) si el tercero participó en la negociación, ejecución o terminación del contrato; ii) si es sucesor, cesionario o ha sido subrogado en los derechos de una parte firmante del acuerdo de arbitraje; iii) si es miembro de un consorcio o joint venture firmante del contrato; iv) si es una sociedad vinculada y el contrato prevé vincularla; v) si es beneficiario o trustee de una parte firmante; vi) si es garante y el contrato principal refiere o incorpora la garantía o refiere que el garante está obligado por la cláusula arbitral, o vii) si es una entidad estatal y está controlada por otra entidad gubernamental firmante[22].

Antes de reseñar los supuestos bajo los cuales se ha considerado si el consentimiento es un requisito para extender la cláusula arbitral o no, cabe formular otras dos consideraciones.

La primera consiste en que en esta materia se produce una tensión entre dos principios, figuras o institutos: por un lado, mantener la naturaleza convencional del arbitraje y, por otro lado, maximizar la eficacia práctica del arbitraje involucrando a partes relacionadas[23]. A ello podemos agregar la aplicación del principio de buena fe que impide a una parte negar los efectos vinculantes de su conducta.

La segunda radica en que no todas las posiciones que dejan de lado el consentimiento reciben adhesión en punto a que -justamente- el consentimiento, al menos implícito, no juega un rol; es decir, ciertas opiniones que reconocen algunos supuestos, como el grupo de sociedades o el involucramiento sustancial en el contrato, no dejan de ver en ello la exteriorización de conductas que implican un consentimiento implícito. Es por esta circunstancia que en algunos casos se produce una superposición de argumentos[24].

*c. Posiciones a favor de tomar en consideración el consentimiento o la común intención de las partes*

Frente a la problemática que planteamos, ciertos autores consideran que el consentimiento es un dato decisivo para la extensión de la cláusula arbitral a los no-signatarios[25]. Debe existir algún tipo de acuerdo por el que cada parte renuncie a su derecho de litigar en otro tribunal que no sea el arbitral[26]. Se ha dicho que el elemento central del gran debate sobre la extensión de la cláusula arbitral es el consentimiento a la misma[27].

Volviendo a lo ya expresado sobre las críticas al criterio de extensión del acuerdo arbitral, por su carácter equívoco, se ha dicho que ni esta expresión ni la anglosajona “joining non-signatories” realmente capturan lo que sucede cuando un tribunal arbitral decide seguir un caso contra un no-signatario, en tanto hablar de extensión puede sugerir imponer un deber a alguien que no dio su acuerdo al arbitraje siendo que el consentimiento -aun implícito, conforme a las circunstancias del caso- es la base fundamental del arbitraje[28]. Por su parte, el concepto de “joining non-signatories” puede dar la idea de que la firma es un elemento indispensable para generar la obligación de someterse a arbitraje, cuando ello no es así en muchos sistemas legales[29].

El hecho que el consentimiento a un acuerdo de arbitraje no haya sido formalmente expresado no impide que ese consentimiento pueda ser reconocido por el derecho aplicable; se ha dicho que para ello será necesario buscar la real y común intención de las partes al momento de los hechos o, de última, la de la parte no-signataria[30].

En esta dirección se ha sostenido que es fundamental indagar qué personas se encuentran en una especial situación de hecho, que las hace diferenciables del resto con respecto a la cláusula arbitral y, por ende, no se trata de extender la cláusula arbitral a quien no es parte de ella, sino de determinar quiénes realmente son las partes vinculadas por la misma[31]. Respecto de esa situación especial, se ha hecho referencia a aquellos terceros que si bien no suscribieron la cláusula ni manifestaron su consentimiento tienen, sin embargo, un cierto interés en el resultado del procedimiento arbitral[32].

Bajo la óptica que venimos desarrollando, se recuerda que, en tanto el acuerdo de arbitraje tiene carácter consensual, se les aplican las disposiciones relativas a los contratos, por lo que se requiere la existencia de consentimiento[33]. Por lo tanto, sobre esta base se ha dicho que “el carácter voluntario del arbitraje impide que alguien sea obligado a someterse a la jurisdicción de los árbitros si no ha prestado su consentimiento para ello. La línea de pensamiento que ha ido desarrollándose en el derecho comparado no reniega de este principio. Más bien lo ratifica. En lo que esta interpretación puede considerarse ‘innovadora’ es en hacer flexible la parte formal del principio: a la vista de ciertas circunstancias de hecho particulares, priorizando el fondo, la realidad, por sobre la forma o la mera apariencia, considera que la firma puesta en el instrumento no es la única forma de prestar el

consentimiento para someterse a arbitraje. Estas doctrinas, en definitiva, permiten concluir que ha existido conformidad respecto del arbitraje, que se ha consentido con él, dadas ciertas conductas o situaciones de hecho, aun en ausencia de expresa y formal aceptación”[34].

En esta dirección se destaca que la extensión de la cláusula arbitral en estos casos deriva de la existencia de un verdadero consentimiento y de la indagación de la voluntad de las partes, o más exactamente, de la valoración de su conducta, reduciéndose al problema, entonces, a la prueba del consentimiento[35]. Conforme a esta postura se trata de determinar quiénes son las partes del acuerdo arbitral[36].

Un caso relativo a esta cuestión es el fallo Amkor, resuelto por la Corte de Casación de París, que sostuvo que ante la existencia de una cadena de contratos traslativos de la propiedad, la cláusula compromisoria se transmite de manera automática en tanto accesoria del derecho a la acción, también accesorio del derecho sustancial transmitido, sin que tenga incidencia el carácter homogéneo o heterogéneo de dicha cadena de contratos[37].

La doctrina se ha preguntado si este caso, resuelto en 2007, sería un hito a partir del cual habría cambiado la jurisprudencia francesa, pasando a permitir la extensión de la cláusula arbitral sin que existiera consentimiento[38]. Si bien de la reseña que hicimos antes, puede verse que al resolverse el caso Amkor no se hizo ninguna referencia al consentimiento, ni siquiera implícito, la respuesta es negativa: aún se sigue considerando necesario el consentimiento para disponer la extensión de la cláusula arbitral, como resulta de la jurisprudencia posterior al caso Amkor como, por ejemplo, Abela y Cotunav[39].

Sobre la base de lo anterior, la doctrina concluye que, en rigor, la jurisprudencia francesa no se ha modificado, y, por lo tanto, sigue exigiendo el consentimiento como base para la extensión de la cláusula arbitral[40].

El carácter consensual del arbitraje ha sido refrendado en distintos ámbitos doctrinarios[41] y judiciales, habiéndose sostenido que el arbitraje es una cuestión de consentimiento, no de coerción[42].

En el caso del ya citado artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje, se ha considerado que es un error conceptual pretender que el mismo prevé la extensión de la cláusula arbitral a terceros no-signatarios, pues, lo que en realidad dispondría es la aplicación de dicho acuerdo a partes no-signatarias, en tanto “sobre la base de distintas conductas o circunstancias, anteriores o coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo el ámbito del principio de buena fe”[43].

No obstante lo anterior, cabe recordar que se ha señalado que un mero involucramiento incidental en la negociación o ejecución del contrato han sido considerados elementos insuficientes para configurar el consentimiento implícito[44]. Al respecto, al menos bajo el carácter prima facie bajo el cual actúa una entidad administradora, se han considerado elementos que evidencian el involucramiento del tercero: i) el informe sobre inspección del sitio que refleja la presencia del tercero; ii) una carta en la que se refiere la existencia de consenso con los terceros sobre la formación de un comité de ingenieros, como estaba prevista

en el contrato, y iii) el informe del estado de los trabajos de electricidad de la planta llevados en conjunto por una parte y el tercero[45].

Otros elementos que han sido considerados aptos para probar el involucramiento son: i) la misma persona actúa por la parte y el tercero y envía cartas que refieren al contrato con membrete indistinto; ii) el envío de una carta por parte del tercero, en respuesta a una intimación de pago, en la que hace referencia al saldo y los fondos disponibles de una de las partes para pagarlo, y iii) la existencia de cartas que reflejan la existencia de reuniones entre una de las partes y el tercero en las que se trató la demora en los pagos de la obra[46].

#### *d. Posiciones a favor de ponderar elementos que prescindirían del consentimiento*

A la par de lo anterior[47], existen otras posturas que fundamentan la extensión de la cláusula arbitral a terceros no-signatarios en elementos distintos del consentimiento.

En este sentido, se ha dicho que sólo alguien extraño al campo del arbitraje podría pensar que el consentimiento no es más el principal criterio de la jurisdicción. Sin embargo, en función de criterios que parecen minimizar el consentimiento, es legítimo preguntarse si la práctica arbitral ha desarrollado límites a la regla del consentimiento para compeler a las partes no-signatarias más allá de su consentimiento[48].

Sobre el particular, se ha explicado que “la cuestión sobre quién es parte de una cláusula arbitral es generalmente vista como un tema de consentimiento, no obstante, la ‘extensión’ puede ser decidida recurriendo a otras teorías como la agencia, el trust o el corrimiento del velo societario”[49]. Más específicamente, se ha destacado la existencia de casos en los cuales se considera que una parte está alcanzada por la cláusula arbitral a pesar de haber expresado claramente su intención en contrario o sin que se haga ninguna referencia al consentimiento[50].

Cabe señalar que, en algunos casos, la cuestión parece vincularse más con la acreditación de ciertos presupuestos más que con una prescindencia del consentimiento, en tanto desde la doctrina más incisiva que conocemos en el tema se ha dicho que “prácticas de extensión objetiva operan independientemente de una indagación sobre el consentimiento, aun cuando éste posiblemente pudiera presumirse en función de los hechos”[51]. Es decir que ciertos elementos permitirían objetivar la consideración de los presupuestos exigibles para la extensión de la cláusula arbitral, sin que ello permita descartar que paralelamente esos presupuestos podrían configurar el consentimiento implícito, si bien debe reconocerse que esta doctrina postula la declinación del consentimiento como elemento determinante de la jurisdicción arbitral[52].

Esta cuestión se ve reflejada, como veremos en III.b.i, en la interrelación entre la conducta de la parte y el consentimiento implícito. Sin embargo, cabe señalar que esa interrelación no se configuraría bajo ciertos supuestos de extensión como los justificados por el fraude o el abuso.

1. Una justificación a la extensión de la cláusula arbitral está dada por la referencia al “grupo de sociedades” -“groups of companies”- de la que se ha dicho que no es estrictamente una teoría jurídica[53].

Se ha descrito este supuesto como una suerte de paraguas bajo el cual se agrupan aquellos supuestos de terceros no-signatarios en los que la relación societaria entre signatarios y no-signatarios juega un rol decisivo[54]. Al diferenciarla de la teoría del corrimiento del velo se ha dicho que se trata de una doctrina esencialmente francesa y específica para el ámbito arbitral[55].

Si bien no fue el leading case en la materia, el caso conocido como “Dow Chemical”[56] sentó las bases de esta doctrina.

Según los antecedentes del caso, en 1965 Dow Chemical (Venezuela) había contratado con la compañía francesa Boussois-Isolation cuyos derechos y obligaciones fueron luego cedidos a Isover Saint Gobain, con el objeto de distribuir en Francia ciertos productos. Posteriormente, Dow Chemical (Venezuela) cedió el contrato a Dow Chemical A.G., una subsidiaria de Dow Chemical Company.

Un segundo contrato de distribución fue celebrado en 1968 entre Dow Chemical Europe, subsidiaria de Dow Chemical A.G. con otras tres compañías -incluyendo a Boussois-Isolation-, que luego cedieron sus derechos a Isover Saint Gobain.

Dow Chemical France, The Dow Chemical Company, Dow Chemical A.G. y Dow Chemical Europe iniciaron el proceso arbitral contra Isover Saint Gobain, por daños y perjuicios, sobre la base de la cláusula arbitral incluida en el contrato de Dow Chemical A.G. y Dow Chemical Europe. La demandada interpuso una defensa de falta de jurisdicción.

El tribunal arbitral, que resolvió rechazando la defensa de falta de jurisdicción, consideró: i) que su resolución debía tomar en consideración la intención común de las partes en el proceso, de acuerdo con las circunstancias vinculadas a la celebración, ejecución y terminación de los contratos. Para realizar este análisis, el tribunal consideró necesario ponderar el derecho francés y los usos conforme a las necesidades del comercio internacional, en particular, en presencia de un grupo de sociedades; ii) que haría todos los esfuerzos necesarios para el dictado de un laudo ejecutable conforme a derecho, por lo que tomaría en cuenta que la solución fuera compatible con el orden público internacional; iii) al momento de las negociaciones del contrato de 1965, como de la firma del contrato de 1968, Dow Chemical France fue el centro de la organización de la relación contractual con las antecesoras de la demandada; iv) los contratos no podrían haberse celebrado sin la aprobación de la compañía matriz americana, que era dueña de las marcas de los productos a ser distribuidos en Francia. Sin embargo, no se había celebrado una licencia para el uso de dichas marcas; v) en ambos contratos se designó a Dow Chemical France para llevar a cabo la distribución de los productos, aun cuando se había previsto que esa distribución podía ser realizada por cualquier otra subsidiaria de Dow Chemical; vi) de esta manera, Dow Chemical France había tenido un rol preponderante en la ejecución de los contratos, como lo había tenido en su negociación; vii) por lo tanto, cabía considerar a Dow Chemical France como parte en los contratos que contenían la cláusula arbitral; viii) a igual conclusión cabía llegar respecto de la sociedad dueña de las marcas, Dow Chemical Company, añadiendo en el caso de ésta, que ella ejercía absoluto control sobre sus subsidiarias que estuvieron directamente involucradas en la relación; ix) similar posición había sido adoptada por la demandada en una petición, realizada ante la justicia francesa, para que se citara compulsivamente a Dow Chemical Company. Esta petición fue rechazada por la justicia francesa, que derivó la cuestión al proceso arbitral; x) independientemente de la personalidad jurídica diferenciada de cada uno de sus miembros, un grupo de



compañías constituye una realidad económica única que el tribunal arbitral debería tomar en consideración.

Es importante señalar que, a pesar de las consideraciones anteriormente reseñadas que dieron fundamento a la resolución que admitió la jurisdicción arbitral, el tribunal de arbitraje dejó a salvo que ello no le impediría analizar en el futuro la existencia o ausencia de interés para promover la acción respecto de alguna o algunas de las demandantes.

Al analizar este precedente, la doctrina considera que, aun cuando no fue el primer caso en que se recurrió a este supuesto de extensión, el mismo sentó tres elementos constitutivos: i) con independencia de la identidad jurídica de cada uno de sus miembros, un grupo de sociedades constituye una única y misma realidad económica, lo que el tribunal arbitral debería tomar en consideración al resolver sobre su propia jurisdicción; ii) el tribunal debe dictar la resolución ponderando la intención común de las partes en función de las circunstancias que informan el caso y caracterizan la ejecución y posterior terminación de los contratos. En esta dirección, el tribunal consideró que debía considerar los usos conforme a las necesidades del comercio internacional, particularmente, en presencia de un grupo de compañías, y iii) en función de su rol en la celebración, ejecución o terminación de los contratos que contenían las cláusulas arbitrales y de acuerdo con la intención común de las partes, las sociedades del grupo no firmantes de la cláusula arbitral, aparecen como verdaderas partes de los contratos[57].

Es importante aclarar, sin embargo, que no existe consenso acerca de si la doctrina en cuestión requiere o no, además de la existencia de relaciones societarias, que se configure un consentimiento implícito.

Por un lado, se ha dicho que la extensión de la cláusula arbitral se justifica no sólo por la existencia de las relaciones societarias -lo que de por sí no sería suficiente para proceder a la extensión-, sino que debe configurarse un consentimiento implícito[58]. En esta dirección, se ha puntualizado que la existencia de un grupo de sociedades da una dimensión especial a la conducta o al consenso; solo un involucramiento sustancial en el contrato que contiene la cláusula arbitral es considerado suficiente como consenso o ratificación del mismo[59]. Sin embargo, esta misma doctrina reconoce la existencia de opiniones que entienden que la conducta de la parte no necesariamente debe ser analizada como una expresión de consentimiento implícito y por lo tanto, el involucramiento sustancial de la parte en la negociación y ejecución del contrato y su conocimiento de la existencia de la cláusula arbitral constituyen fundamento suficiente para la extensión de ésta, sustituyéndose al consentimiento[60].

En esta misma dirección, se hace mención al caso ICC No. 5103/1988, en el cual el tribunal consideró que la seguridad del comercio internacional requiere tomar en consideración la realidad económica y que todas las sociedades de un grupo deben ser responsabilizadas en conjunto por las obligaciones que cualesquiera de ellas han directa o indirectamente aprovechado[61].

También se ha concluido que el elemento decisivo de esta doctrina es la intención común de las partes de quedar alcanzadas por el acuerdo de arbitraje, intención común que puede ser inferida de dos circunstancias: i) del rol activo del no-signatario en la ejecución del contrato o ii) de la presunción de que el no-signatario tenía conocimiento de la cláusula arbitral[62]. En este sentido, se ha sostenido que lo relevante no es la doctrina del grupo de sociedades en sí, sino determinar si el

no-signatario tuvo intención de quedar alcanzado por el acuerdo de arbitraje[63]. Al respecto, en el derecho suizo la existencia de un grupo de sociedades podría ser uno de los elementos que demostrarían el consentimiento implícito[64].

Por otro lado, se ha sostenido que la extensión del acuerdo de arbitraje bajo esta teoría requiere ciertos presupuestos, como la confianza depositada en la buena fe y la apariencia causada por el no-signatario[65].

La doctrina que considera que el consentimiento no fue un factor decisivo de la decisión adoptada en “Dow Chemical” ha señalado que un tribunal podría tomar los elementos vinculados con la conducta de las partes no como una exteriorización del consentimiento, sino como elementos autónomos que permitirían por sí justificar la decisión de extender o no la cláusula arbitral[66]. Sobre la base de cierta doctrina y laudo arbitral, se destaca que los elementos contextuales que caracterizan la existencia de un grupo tiene la misma importancia que el consentimiento; es decir, no son una mera ayuda para probar la existencia del mismo como único fundamento de la jurisdicción[67]. De esta manera, se concluye que el consentimiento ha sido relegado de ser la base exclusiva para pasar a ser un elemento subsidiario -“default basis”-, por lo que no-signatarios pueden ser compelidos a someterse a arbitraje en ausencia de consentimiento previo, si de los hechos se extrae sustento suficiente[68].

Existen autores, asimismo, que si bien consideran que el tribunal el caso “Dow Chemical” dio importancia al consentimiento implícito en el contexto de un grupo de sociedades, precedentes judiciales posteriores dieron un estatus de justificación autónoma al involucramiento en la relación contractual, es decir, que no necesariamente lo consideran una expresión del consentimiento implícito[69].

Finalmente, cabe reseñar que existen jurisdicciones, como Inglaterra y Suecia, en que esta teoría no tiene recepción y otras, como Suiza, en que dicha doctrina no resulta suficiente para justificar la extensión en ausencia de un consentimiento independiente[70].

2. Otra teoría respecto del cual es discutible si toma en consideración o no el consentimiento implícito es la de la intervención del tercero en alguna fase del contrato que contiene la cláusula arbitral. Es el caso en el cual el tercero no-signatario desarrolla una conducta o rol durante la fase de negociación del contrato que contiene la cláusula arbitral y durante su ejecución, de modo tal que se podría inferir su intención de estar vinculado a dicho contrato si su involucramiento es sustancial[71].

En este caso analizamos aquellos supuestos en que se toma en consideración la conducta del tercero no-signatario con independencia de la existencia de un grupo de sociedades, lo que diferencia este supuesto del que consideramos anteriormente. No obstante, para quienes consideran que en ambos casos se configura un supuesto de consentimiento implícito, es innegable la identidad que podría configurarse en este supuesto y el del grupo de sociedades.

Aclarado ello, es importante señalar que no cualquier involucramiento de la controlante derivaría en la extensión de la cláusula arbitral a su respecto. En efecto, existen situaciones en las que involucramiento de la sociedad controlante puede ser posterior a que el contrato se haya firmado, por lo tanto, no era la real intención común de las partes considerar a ese tercero como parte del contrato. O bien puede

sucedir que el involucramiento de la controlante sea en concepto de asistencia a la controlada y que lo fuese a cambio de una remuneración. En cualquiera de ambos supuestos no podría concluirse en la configuración del consentimiento implícito en la negociación o ejecución del contrato, respectivamente[72].

En el derecho suizo se destaca, como hito, el precedente “X S.A.L.”, en el cual la Corte Suprema Federal de ese país extendió un acuerdo de arbitraje a un tercero no-signatario debido a su involucramiento sustancial en las operaciones de dos compañías que sí habían firmado el acuerdo arbitral. El tribunal consideró que la evidente interferencia del tercero en la administración del proyecto y en la ejecución contractual permitía concluir la intención de dicho tercero de quedar personalmente obligado por la cláusula arbitral[73].

Como podemos advertir, no se trata de un caso específico de consentimiento de la cláusula arbitral, sino de una inferencia realizada por el tribunal: la conducta desplegada por el tercero permite sostener que se consideró parte de la relación contractual. No obstante, cabe reconocer que la doctrina está dividida respecto de esta consideración, pues, por un lado, se sostiene que esta teoría no involucra el consentimiento del tercero[74], mientras que, por otro lado, se entiende que implica un supuesto de consentimiento implícito[75], siendo lo relevante -para esta posición- que el tercero actúa como si fuera la parte contratante[76] y subrayándose que “todo tipo de acuerdos pueden ser inferidos de la conducta”[77].

En el derecho brasileño se acepta la posibilidad de extender la cláusula arbitral al tercero no-signatario bajo esta teoría, como fue resuelto por su Superior Tribunal en el caso. En este caso, el contrato había sido firmado por una holding brasileña, Trelleborg do Brasil, mas los actos de negociación y performance contractuales fueron realizados por la compañía matriz de su grupo empresarial -Trelleborg Industri AB-. En la resolución se reconoció que si bien la compañía matriz no había suscripto el contrato se podrían extender a ella los efectos de la cláusula arbitral, en virtud de su activa participación en las tratativas relacionadas a la transacción que dio origen al litigio[78].

Profundizando en la opinión de quienes consideran esta doctrina como un medio objetivo de fundamentar la extensión de la cláusula arbitral, el elemento central es el conjunto de circunstancias que hacen al caso, con referencia a conflictos puntuales en que se ha resuelto que existía un conjunto de obligaciones a ser cumplidas por ciertas sociedades mostrándose como una unidad económica, de lo cual se infirió una construcción contractual a la cual las subsidiarias quedaron obligadas. En igual dirección, se toma en consideración el caso en que resolvió sobre la base de la existencia de relaciones contractuales entre varias compañías de un grupo y la ausencia de una determinación formal de las partes en cada uno de los diferentes contratos[79].

Esta doctrina considera que en casos como los descriptos se produce un cambio de perspectiva, de suerte tal que la norma general es que las sociedades integrantes del grupo están obligadas por el acuerdo de arbitraje y la excepción pasa a ser el caso particular de la sociedad que no está obligada, lo que requerirá de la prueba pertinente. Los elementos determinantes de esta posición son la verdadera intención común de las partes, la buena fe y el espíritu del contrato[80].

En cuanto a si el consentimiento implícito puede ser considerado como consecuencia de la conducta de la parte, se ha sostenido que en algunos casos la conclusión podría ser la contraria, es decir, que de la conducta de la parte no necesariamente puede

considerarse equivalente al consentimiento. En estos casos cabe tomar en consideración la expectativa generada en la contraparte, que pudo haber tenido razones para creer que la sociedad estaba alcanza por el contrato en función de la conducta por ella desplegada[81]. En esta consideración se apoyan otras teorías -a las que, con mayor claridad, se considera no relacionadas con el consentimiento- como son las del estoppel y la apariencia[82].

La misma doctrina refiere a casos resueltos por los tribunales franceses en los que se recurre a fundamentos objetivos, habiéndose resuelto sobre esa base que el involucramiento en la negociación, celebración o terminación del contrato que contiene la cláusula arbitral no es un indicio del consentimiento, sino una justificación autónoma de la jurisdicción, sin que sea necesario analizar si constituye o no evidencia del consentimiento[83]. La conclusión es que la noción de involucramiento por sí reemplaza la búsqueda de la existencia de consentimiento[84].

Otros autores han destacado que, en ausencia de consentimiento expreso al acuerdo de arbitraje, habitualmente se tomará en consideración la conducta de la parte en cuestión como una expresión de consentimiento implícito o como un sustituto del consentimiento[85].

3. También se ha recurrido a la doctrina la inoponibilidad de la personalidad jurídica o del corrimiento del velo -“piercing the veil of incorporation”- para justificar la extensión de la cláusula arbitral[86].

En el entendimiento del derecho comparado, esta doctrina se apoya en la configuración de un fraude o un abuso de derecho resultantes del abuso de la forma corporativa, mientras que la doctrina del grupo de sociedades se focaliza en la determinación de la intención -o intención presunta-. La primera pertenece al campo del derecho societario, mientras que la segunda, al contractual[87].

En el fallo dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Fisser vs. International Bank” se establecieron los requisitos, luego seguidos por la jurisprudencia posterior, que deberían encontrarse satisfechos en un caso para la aplicación de la teoría del corrimiento del velo o del alter ego, pues, refiere a los presupuestos que deben verificarse para considerar que una sociedad es un mero instrumento: i) control, en el sentido de completo dominio sobre las finanzas, las políticas y los negocios de la sociedad controlada; ii) que ese control se use por parte de la controlante para cometer un fraude o para violar la ley u otros deberes legales, y iii) que el control así usado tenga relación de causalidad con el daño sufrido por el afectado[88].

En cuanto a la extensión de la cláusula arbitral por desconocimiento de la forma societaria, se ha resuelto que ella procedería encontrándose reunidos estos supuestos: i) las sociedades involucradas no han seguido operatorias separadas; ii) la controlante utilizó una multiplicidad de entidades como parte de un esquema o artificio para defraudar; iii) razones de justicia o equidad manifiestas[89]. Otros elementos tomados en consideración son: i) la existencia de absoluto control, lo que en particular puede inferirse de la insuficiente capitalización de la subsidiaria y la confusión en la administración, el gerenciamiento y los patrimonios; ii) la existencia de fraude o abuso de derecho[90].

En el derecho suizo se ha considerado que la extensión conforme a esta teoría presupone que la entidad legal no era sino un instrumento de cierto individuo y en consecuencia la línea distintiva entre el signatario y el no-signatario era confusa[91]. Sin embargo, cabe señalar que la doctrina en cuestión es aplicada de manera restrictiva a casos de infracapitalización, uso desviado de la controlada en beneficio de la controlante o evasión de normas legales o contractuales[92].

En el derecho chileno se ha considerado posible extender la cláusula arbitral por aplicación de la teoría del corrimiento del velo[93].

También respecto de esta doctrina existen opiniones divergentes en cuanto a la necesidad del consentimiento.

Por un lado, se ha sostenido que la aplicación de esta doctrina para extender la cláusula arbitral no requiere del consentimiento del tercero[94]. Incluso, se ha sostenido que la extensión del acuerdo de arbitraje sobre la base del fraude o del corrimiento del velo se produce en contra de la voluntad de la parte y por aplicación de un principio general legal[95].

No obstante, por otro lado, se ha requerido el consentimiento como fundamento de la extensión del acuerdo de arbitraje conforme a esta doctrina, en tanto se ha sostenido que dicha extensión no puede ser considerada como una sanción por responsabilidad, sino que debe tener un fundamento en la voluntad de la parte[96].

Esta exigencia fue enfatizada por la Corte Suprema Federal suiza en el caso Butec, en el que concluyó que la pertenencia a un grupo de sociedades no conllevaba per se la responsabilidad automática de la controlante respecto de las obligaciones de la controlada, sino que se requería la configuración de una obligación consensual independiente.

Sin embargo, sentado dicho principio, la Corte estableció ciertas excepciones, de cuyo análisis parece derivar que el consentimiento no es un requisito. Dichas excepciones son las situaciones en que se incurrió en abuso y, en general, aquellas en que la responsabilidad de la controlante se adiciona -no sustituye ni reemplaza- a la responsabilidad de la controlada, lo que sucedería en casos en que existió una situación de confianza de la contraparte; o hubo manifestaciones de la controlante que revelaban su involucramiento en la relación; o el caso de infracapitalización de la controlada[97].

Como muestra de la dificultad que causa la aplicación de esta teoría como fundamento de la extensión de una cláusula arbitral, cabe señalar que la doctrina ha señalado que el hecho que la sociedad controlante sea considerada responsable no necesariamente implica que está obligada por el acuerdo de arbitraje, pues resulta crucial distinguir la cuestión jurisdiccional de la responsabilidad de fondo[98]. Así se resolvió en el caso “Dow Chemical”, según ya vimos.

Finalmente, como es opinión conteste en materia de corrimiento del velo societario, el solo hecho del control o la dominación no es suficiente, sino adicionalmente no se acredita que ellas derivaron en inequidad, fraude o mala fe[99].

4. En otro orden afín de ideas en lo que respecta a considerar factores distintos al consentimiento implícito, puede citarse la doctrina del alter ego. Conforme explica la doctrina, “una parte que no ha consentido un contrato que contiene una cláusula

arbitral puede, no obstante, quedar obligada por dicha cláusula si esa parte es un 'alter ego' de una entidad que sí la suscribió o de cualquier otro modo es parte de la misma (...) En el contexto de acuerdos de arbitraje, en la mayoría de los sistemas legales demostrar un relación de 'alter ego' requiere prueba convincente que una entidad dominó las acciones del día a día de otra y que ejerció su poder para defraudar o cometer otro tipo de injusticia respecto de una tercera parte o para evadir la ley u otras obligaciones. La doctrina del alter ego difiere de los principios de la agencia en cuanto a que no es decisiva la intención de las partes; antes bien, la doctrina en cuestión se apoya predominantemente en consideraciones de justicia y equidad, que imponen desconocer la personalidad legal separada en circunstancias específicas"[100].

Como puede advertirse, se trata de una figura que tiene similitud con la anterior[101].

Un ejemplo, por la negativa, fue establecido un fallo que rechazó la extensión de la cláusula arbitral al tercero no-signatario, al sostener que no se había acreditado que el tercero hubiera pervertido el privilegio de actuar comercialmente bajo una forma societaria y, por lo tanto, no se lo consideró alter ego de la signataria[102].

5. El supuesto del tercero beneficiario fue resuelto en el caso Dupont[103]. Si bien no aceptó la extensión de la cláusula arbitral, fijó pautas sobre la procedencia de esa extensión a los llamados terceros beneficiarios.

En dicho caso se había constituido un acuerdo de joint venture entre DuPont China -DPC-, Rhone Poulenc Fiber and Resin Intermediates y Liaoyang Petro Chemical Fiber Company. Ante el fracaso del joint venture DuPont -controlante de DPC- demandó a Rhone Poulenc y a su controlante, sobre la base de un supuesto incumplimiento de promesas verbales.

El tribunal consideró que un no-signatario beneficiario puede obligar a un signatario a dirimir la disputa por arbitraje[104].

Ello procedería bajo la figura del tercero beneficiario, para cuya procedencia deben darse los siguientes presupuestos: (a) las partes contratantes deben haber tenido la intención, en su contrato, de beneficiar al tercero; (b) ese beneficio debe ser en concepto gratuito -"as a gift"- o en contraprestación de una obligación pre-existente; (c) la intención de beneficiar al tercero debe ser motivo relevante para que las partes celebren el contrato. Por lo tanto, concluyó el tribunal que no sólo es necesario que la ejecución del contrato confiera al tercero el beneficio previsto, sino que además debe ser un motivo determinante para que las partes contraten[105].

El tribunal sostuvo que el hecho que DuPont hubiera negociado el contrato de su controlada no la convertía en tercera beneficiaria.

Esta doctrina también se ha aplicado en un caso en el cual el signatario es el que obliga al no-signatario a dirimir la disputa por arbitraje, en tanto éste había aprovechado conscientemente el acuerdo que contenía la cláusula arbitral[106]. Es el supuesto en que el tercero no-signatario ha cumplido el contrato, pero luego, durante el litigio, pretende repudiar la cláusula arbitral[107].

En definitiva, esta figura busca evitar que una parte invoque, para fundar su reclamo, un contrato que contiene una cláusula arbitral y a la vez intente repudiar el acuerdo de arbitraje[108].

En la aplicación de esta teoría se ha destacado que no debe confundirse al tercero beneficiario bajo estos términos con la situación de la sociedad controlante que espera recibir beneficios por las ganancias de su controlada[109].

También cabe referir que este supuesto se ha asimilado a aquella por la que se indaga quién es en realidad parte del acuerdo arbitral[110]. En nuestra opinión, esta posición debe interpretarse en el sentido que el caso del tercero beneficiario es un supuesto específico de consentimiento implícito.

Finalmente, como ya vimos, este supuesto está expresamente previsto en el artículo 14 de la ley peruana de arbitraje.

6. Otra figura bajo la cual se ha justificado la extensión de la cláusula arbitral es la del equitable estoppel.

Para referirnos a ella, cabe considerar el caso McBro[111], en el que la disputa involucraba dos contratos distintos: uno entre McBro y el Hospital St. Margaret´s y otro entre esta última y la firma Triangle. En el último contrato se hacía referencia a McBro como encargado de la construcción -manager construction-, aclarándose que entre el contratista (Triangle) y el manager construction no había relación contractual. A pesar de ello, el tribunal ponderó la relación cercana entre las tres entidades como así también la similitud entre los reclamos dirigidos a McBro y los deberes asumidos por Triangle. Concluyó, sobre esa base, que Triangle estaba obligado a arbitrar, bajo la figura del equitable estoppel[112].

A la misma conclusión se arribó en el caso “J.J. Ryan”, en el cual el tribunal consideró que, en tanto los reclamos contra la sociedad controlante y su controlada se basaban en los mismos hechos y eran inescindibles, podía extenderse la cláusula arbitral contra la controlante aun cuando ella no sea formalmente parte del acuerdo de arbitraje[113].

Otro caso de aplicación de la figura del estoppel fue Sunkist[114]. En él, el tribunal hizo referencia a casos previos en los que había resuelto que en tanto el demandante en definitiva se apoya en los términos del contrato para sustentar su reclamo, está impedido - “was equitably estopped” - para desconocer - “repudiar” - la cláusula arbitral incluida en dicho contrato[115]. Sin embargo, es importante aclarar que en Sunkist el tribunal destacó que la circunstancia que los no-signatarios estuvieran expresamente mencionados en el contrato no era un elemento crucial ni un factor determinante, pues lo relevante -como, según interpretó el tribunal, fue resuelto en los casos sobre los que se apoyó- era que las partes debían sustentar sus posiciones en los términos contractuales. Concluyó, entonces, que el elemento central a examinar era la naturaleza de los reclamos para así poder determinar si los mismos encuadraban dentro del objeto de la cláusula arbitral contenida en el contrato.

En el caso MS Dealer -ya citado- se destacó que la figura del estoppel permite someter a arbitraje a un no-signatario en dos circunstancias diferenciables: i) cuando el signatario se apoya en el contrato para fundar su reclamo contra el no-

signatario[116] y ii) cuando el signatario alega contra el no-signatario y el signatario circunstancias interdependientes y conectadas.

También en el caso DuPont se analizó la figura del equitativo estoppel. Allí sostuvo que existen dos figuras sobre el equitativo estoppel. En primer lugar, el caso en que el tercero no-signatario ejecuta un acuerdo que contiene la cláusula arbitral a pesar de no haberlo firmado. En segundo lugar, se da el supuesto en el que el no-signatario lleva al arbitraje al signatario dada la relación cercana entre las partes involucradas como así también por la relación entre los incumplimientos alegados y las obligaciones contractuales[117].

Bajo la primera situación, los tribunales impiden que un no-signatario consistentemente alega que ciertos términos de un contrato deben ejecutarse en su beneficio, para luego desconocerlo parcialmente -como haría al negarse a dirimir la disputa por la cláusula arbitral contenida en ese contrato-. Es decir, es el caso del tercero que durante la vida del contrato lo invoca a su favor, pero luego en el litigio pretende que no se le aplique una cláusula del mismo, como es el acuerdo de arbitraje.

Conforme a la segunda, signatarios han sido obligados a dirimir disputas con terceros no-signatarios sobre la base de la relación cercana entre las entidades involucradas y la relación entre el conflicto y el contrato.

Cabe mencionar que respecto de la aplicación del estoppel se ha resuelto que la cuestión pasa por determinar si el reclamo contra el no-signatario tiene apoyo en el contrato que contiene la cláusula arbitral y que la comunidad de reclamos está lejos de poder ser considerada como un reclamo inescindible[118].

En definitiva, mediante esta figura se busca evitar que una parte invoque no haber firmado la cláusula arbitral -para negarse a someterse a la jurisdicción arbitral- cuando ella ha consistentemente sostenido que otras cláusulas del mismo contrato deben ser ejecutadas en su beneficio o, en otras palabras, el estoppel se limita a aquellos casos que involucran a un no-signatario que, durante la vida del contrato, se vincularon con el mismo a pesar de no haberlo firmado, pero que, luego, durante el litigio intentan desconocer la cláusula de arbitraje inserta en el mismo contrato[119].

7. En otros casos en que se ha procedido a la extensión del acuerdo de arbitraje se fundamentó la misma en razones de eficacia procesal y de evitar una denegación de justicia. Se citan como ejemplos casos en que el reclamo contra una sociedad y su controlante se basaba sobre los mismos hechos y era fundamentalmente indivisible[120].

También se ha ponderado el caso en que la extensión de la cláusula arbitral encuentra sustento en sancionar un deliberado intento de evitar la ejecución de un eventual laudo[121].

8. Un supuesto que cabe analizar con detenimiento es el que se ha llamado arbitraje compulsivo.

Tomamos la expresión arbitraje compulsivo del fallo de la Corte Suprema de Estado Unidos en el caso Gilmer[122].



Gilmer demandó a su empleador sobre la base de la Ley de Discriminación en el Trabajo por Edad. Inició la demanda ante la Comisión de Igualdad de Oportunidades Laborales -ADEA, por sus siglas en inglés-.

La Corte Suprema concluyó que un reclamo bajo la ADEA podía ser sometida a arbitraje compulsivo.

Ahora bien, ¿qué contenido le dio el Supremo Tribunal norteamericano al concepto de arbitraje compulsivo?

En conclusión, lo que el Tribunal sostuvo fue que la desigualdad de poder de negociación entre las partes no predicaba la nulidad o la inaplicabilidad de la cláusula arbitral.

Para ello ponderó: i) que no había inconsistencia entre ejecutar una cláusula arbitral para resolver disputas emergentes de importantes políticas sociales. En esta dirección citó las leyes anti-trust y la RICO Act; ii) que no había fundamentos para considerar que el tribunal arbitral actuaría parcialmente; c) la diferencia en el poder de negociación entre el empleador y el empleado no era razón suficiente para considerar inaplicable el acuerdo arbitral, y d) finalmente, diferenció el caso de Gilmer con el supuesto de cláusulas arbitrales incluidas en acuerdos colectivos de trabajo.

Al referir a la última cuestión mencionada, la Corte Suprema mencionó el caso Alexander[123]. Cabe analizar qué resolvió la Corte Suprema en este caso. La decisión consistió en admitir un reclamo judicial por alegación de discriminación racial en una relación laboral, a pesar de que previamente las partes habían litigado ante un tribunal arbitral, que consideró que el empleado había sido despedido con causa.

El fundamento del fallo no tuvo relación con la extensión o no de la cláusula arbitral, sino con la distinta fuente jurídica de los reclamos del empleador: mientras en el proceso arbitral se litigó por la relación contractual, la justicia era llamada a resolver sobre los derechos que la ley otorgaba al empleado en casos de discriminación racial. Finalmente, concluyó el tribunal que lo resuelto en el laudo arbitral podía ser considerado en la instancia judicial como una evidencia.

Otro caso en el que se analizó la aplicabilidad de la cláusula arbitral a una situación de desigualdad entre las partes fue resuelto por la justicia alemana en el caso Pechstein[124].

Se trató de una sanción por dopaje impuesta por la Unión Internacional de Patinaje sobre Hielo -UIPH-. Dicha sanción fue confirmada por el TAS[125]. La Justicia Suiza confirmó lo resuelto por el TAS. Ante ello, la atleta recurrió a la Justicia Alemana. Tras tramitar en distintas instancias con diversos resultados, la Suprema Corte Federal Alemana rechazó el argumento de Pechstein, basado en que la cláusula arbitral había sido abusivamente impuesta por la UIPH. Sobre este punto, cabe considerar que Pechstein tuvo que firmar la cláusula arbitral, pues de otro modo, no habría podido competir. Si bien la Suprema Corte Federal Alemana concluyó que el acuerdo arbitral había sido voluntariamente celebrado y que en el caso era válido, igualmente destacó la posición dominante de las asociaciones deportivas[126].

Más allá de la conclusión alcanzada por la justicia alemana, lo concreto es que estamos frente a casos donde lo que se discute es la validez del consentimiento dado a la cláusula arbitral, no la extensión de esta un tercero no-signatario. Más aún el punto en discusión era si el CAS era un tribunal que garantizaba imparcialidad[127].

Sin embargo, ello nos lleva a la pregunta si existen cláusulas arbitrales sin que una de las partes haya expresado su consentimiento. Entonces, la cuestión pasa por determinar si en los contratos por adhesión, en que se impone a la parte débil un contrato sin que tenga alternativas reales, son ejecutables por vía de arbitraje.

Podemos concluir, entonces, que la referencia a arbitraje compulsivo no implica una obligación forzada a resolver un conflicto por vía arbitral, sino que ratifica la vía arbitral pactada aun en casos de desigualdad en el poder de negociación de las partes, en la medida en que, como sostuvo el tribunal alemán, no existiera una falta absoluta de imparcialidad.

Más allá de la fuerte posición adoptada por la doctrina, en cuanto entiende que el arbitraje deportivo es un ejemplo de arbitraje sin consentimiento, lo cierto es que también la High Court inglesa consideró, incluso en términos más amplios que los jueces alemanes y suizos, que la cláusula arbitral incluida en un contrato de adhesión de un agente de jugadores era un convenio libremente adoptado[128].

En algún modo lo que está en discusión es si la parte débil tenía una alternativa y en función de esa limitación aceptó una cláusula arbitral impuesta por la parte fuerte sin que aquella realmente la quisiera[129]. Bajo esta línea argumental se ha sostenido que “resulta claro que el arbitraje deportivo es fundamentalmente no-consensual, por cuanto los atletas no tienen otra opción que aceptar el contenido de los estatutos o regulaciones de las entidades de gobierno de sus deportes”[130].

Es un tema que excede la materia arbitral porque hace al funcionamiento y las restricciones propias de los contratos por adhesión. No obstante exceder ello el objeto de este trabajo, nuestra conclusión es que se trata de casos en que ha existido consentimiento, partiendo del concepto que los contratos por adhesión son en principio válidos. Por ello, nuestra opinión es que no se trata de un ejemplo de supuestos de cláusula arbitral sin consentimiento[131]. Lo contrario implicaría aceptar o bien que los contratos de adhesión son contratos sin consentimiento o bien, que el consentimiento se limitó a la participación en el evento deportivo, mas no a la cláusula de resolución de conflictos. Nos parece que serían conclusiones equivocadas, al menos en el estado actual de aceptación de los contratos por adhesión. En última instancia, la cláusula arbitral podría ser considerada abusiva -eventualmente-, lo cual tampoco predicaría sobre su configuración sin consentimiento, sino que por razones que exceden ese consentimiento se la consideraría inaplicable.

### **III. La extensión de la cláusula arbitral bajo el derecho argentino. ¿Es procedente en ausencia de consentimiento del tercero? [\[arriba\]](#)**

#### *a. La base convencional del arbitraje*

Aun antes de la sanción del art. 1.649 del CCyCN[132], en el derecho argentino se había considerado que el acuerdo arbitral -aun cuando hubiese sido instrumentado como una cláusula arbitral- es un contrato, lo que no obsta a que sus efectos se

proyecten en el plano jurisdiccional[133]. Es por ello que le resulta aplicable lo dispuesto en materia de contratos, incluyendo su efecto relativo[134].

Sin embargo, existe doctrina en el derecho comparado que, si bien coincide en la prevaeciente aplicación del derecho contractual al arbitraje, considera que ello es ambivalente en lo que al consentimiento se refiere[135].

No obstante lo anterior, analizaremos, sobre la base de nuestra interpretación del derecho argentino, qué sostiene este en materia de consentimiento implícito o cómo ello impacta en la configuración de la jurisdicción.

#### *b. El consentimiento implícito y la exigencia de la forma escrita*

##### *i. El consentimiento implícito*

Ya hemos visto que existen posiciones doctrinarias que sostienen que el consentimiento implícito puede ser inferido de la conducta; una entidad puede actuar de una manera que a un observador razonable le permita concluir que está dando su consentimiento a someterse a arbitraje[136].

En el derecho argentino el consentimiento puede inferirse de la conducta de las partes. Ello está regulado en términos generales como así también específicamente en materia contractual. Así, el artículo 262 del CCyCN establece que “[l]os actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material”. A su vez, el art. 264 dispone que: “[l]a manifestación tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre. Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa”. En materia contractual, el consentimiento tácito está regulado en los arts. 971 y 979.

Por otro lado, nuestro derecho, tanto de fuente internacional como interna, exige que el acuerdo de arbitraje se instrumente por escrito[137]. Ahora bien, en el caso que estamos analizando existe una cláusula arbitral entre las partes; lo que estamos estudiando es la procedencia de su extensión a un tercero. En este supuesto, ¿debe el consentimiento de ese tercero expresarse también por escrito? ¿O puede configurarse un caso de consentimiento tácito?

La cuestión radica en determinar, en definitiva, si la imposición de la forma escrito al acuerdo arbitral impide que éste sea extendido a terceros que no expresaron su consentimiento por escrito.

##### *ii. La extensión de la cláusula arbitral y la forma exigida por la ley*

Ya hemos visto que en el derecho argentino se exige la forma escrita. Sin embargo, cabe hacer la salvedad que el derecho argentino de fuente externa admite que la cláusula arbitral quede perfeccionada por medio de un canje de telegramas o cartas[138] o télex[139]. También se acepta su instrumentación por correo electrónico o medio equivalente, que deberá ser confirmada por documento original, sin perjuicio que, en ausencia de esta confirmación, el acuerdo será válida si así lo dispone el derecho de alguno de los estados con el cual el contrato base tiene contactos objetivos[140].

Como veremos, podría concluirse que la exigencia de forma escrita no es óbice para que la cláusula arbitral sea extendida a quien no prestó su consentimiento por escrito[141]. Esta afirmación encuentra sustento en que la solemnidad impuesta por la ley no se opone a la aplicación del resto de las leyes y principios aplicable ni a los mecanismos tendientes a la identificar a las verdaderas partes del negocio, es decir, a determinar quién prestó el consentimiento[142]. Sobre este particular, se ha considerado que el punto central es determinar si se ha dado el consentimiento a ese acuerdo escrito[143].

En similar dirección se ha sostenido que mientras exista una cláusula arbitral por escrito, ella puede ser extendida a terceros no-signatarios aun cuando éstos no hubieran expresado su consentimiento por escrito[144].

Otro supuesto en el que la extensión de la cláusula arbitral fue extendida a pesar de no existir un acuerdo escrito entre las partes involucradas fue el caso “McBro” -al cual hicimos referencia al referirnos a la figura del equitabile estoppel-, en el que el tribunal consideró que la ausencia de un acuerdo escrito no era un impedimento para la implementación del arbitraje[145]. El fallo se apoyó en la doctrina del equitabile estoppel, al considerar la existencia de un contrato entre dos partes el cual estaba “repleto” de referencia a las obligaciones de McBro como gerente de construcción, construcción de la cual Triangle -el tercero al cual se le extendió la cláusula arbitral- era contratista. El tribunal ponderó que había una confusión -“intertwine”- de contratos[146].

Concordantemente, en el caso ‘International Paper Company’ se destacó que el hecho que el arbitraje sea una cuestión de derecho contractual no implica que la cláusula arbitral sea obligatoria sólo para quienes la firmaron, en tanto, una parte puede ser llevada a arbitraje si consintió el mismo por medios distintos que la firma del acuerdo respectivo[147].

A su vez, en el caso Orri se señaló que el hecho que el acuerdo de arbitraje tenga que ser expresado por escrito no implica que deba serlo en un solo documento[148].

En un orden afín de ideas, la doctrina ha destacado que el hecho que se requiera que la cláusula arbitral esté instrumentada por escrito no implica que deba ser firmada en un solo documento, por lo que el consentimiento puede ser probado por medios distintos que la firma[149]. En nuestro derecho, luego de la sanción del CCyCN, la cuestión es más fácil de resolver, ya que el art. 286 establece que “[l]a expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”. A su vez, el art. 287 dispone que “[l]os instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”, y finalmente -en lo que aquí interesa-, el 288 consagra que “[l]a firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo”.

De ello puede concluirse que: i) la ley argentina exige forma escrita; no requiere instrumento firmado; ii) forma escrita significa documentos públicos o privados, en

este último caso, firmados o no; iii) el instrumento particular no firmado califica como forma escrita, y iv) la firma prueba la autoría del documento. Además, el CCyCN no dispone que: a) la firma sea el único modo de exteriorizar la voluntad en un documento escrito ni que b) los instrumentos particulares carezcan de aptitud como medio probatorio siempre y cuando, claro está: \*) se pruebe el consentimiento por otro medio y \*\*) la ley no imponga una forma distinta.

En otro orden, cabe señalar que en 2006 la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI o UNCITRAL, por su sigla en inglés- fue modificada en su artículo 7 Ancla[150], al regular la existencia de un acuerdo de arbitraje, en línea con prácticas internacionales[151]. Es útil destacar que, a pesar de que en su versión de 1985 la Ley Modelo puso énfasis en asegurar que las partes no eran forzadas a someter sus disputas a arbitraje sin que quedara claro y fuera de toda duda que así lo habían acordado, se entendía que el párrafo segundo del artículo 7 no exigía que el acuerdo de arbitraje estuviera firmado por todas las partes[152]. Esta conclusión se extrae de la circunstancia que dicho acuerdo se alcanza, también, por el intercambio de cartas, telegramas, télex u otros medios de comunicación, medios en lo que queda registro del acuerdo arribado[153]. El 7 de julio de 2006 la CNUDMI emitió su “Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo I del artículo VII de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrajes extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1958”, en la que recomienda que el párrafo 2) del artículo II de la Convención “se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas”.

Uno de los aspectos que la CNUDMI considera de importancia práctica significativa es si frente a un acuerdo arbitral por escrito el consentimiento debe ser también expresado por escrito, aunque el documento no contenga la firma de la parte[154]. Adviértase que, desde la óptica del derecho argentino, “[l]a expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta”[155].

Otra consideración que nos permite concluir que el derecho argentino de fuente interna aceptaría el consentimiento tácito está dada por lo dispuesto por el art. 1.650 del CCyCN: “[e]l acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Dos reflexiones podemos extraer de esta norma. En primer lugar, que acepta que el consentimiento a resolver disputas por medio del arbitraje se exteriorice por medio de lo que se llama la incorporación por referencia; como el mismo artículo lo expresa, se trata del supuesto en un documento se hace referencia a otro documento que contiene una cláusula compromisoria, en la medida en que esa referencia conste por escrito e implique que esa cláusula forma parte del contrato. Si bien se admite que la solución debe analizarse en función de las particulares de cada caso, se trata de una doctrina que es conceptualmente aceptada en el derecho comparado[156]. Los tribunales han aceptado la existencia de la cláusula arbitral por referencia, por ejemplo a términos y condiciones generales[157].

La existencia de la cláusula arbitral por referencia ha sido aceptada en la medida en que la cláusula arbitral referida reúna los requisitos de existencia y que la referencia sea tal que se entienda que la cláusula pasa a ser parte del contrato. Se hace la salvedad, sin embargo -juzgada en distintos casos- que no necesariamente las partes en uno y otro documento deben ser las mismas[158].

Adviértase que el derecho argentino no exige que la referencia sea hecha a la cláusula arbitral en sí, sino en un documento que contenga un acuerdo arbitral. En el derecho comparado existen precedentes en los dos sentidos[159]. Sin embargo, podemos destacar que los casos en que se exigió una referencia expresa a la cláusula arbitral provienen de disputas relacionadas con conocimientos de embarque en los que los términos de la sumisión a arbitraje tenían un objeto limitado[160].

La segunda reflexión se vincula con la inserción de la cláusula arbitral en un estatuto. Se trata de un supuesto claro en que una persona que deviene accionista de la sociedad con posterioridad a la celebración del estatuto no estaría dando su consentimiento por escrito a la cláusula arbitral, a poco que se repare que la única exigencia formal para legitimarlo como accionista es la comunicación prevista en el artículo 215 de la LGS. ¿Podría, entonces, darse el supuesto en que el estatuto tendría una cláusula arbitral válida y oponible a aquellos accionistas que lo celebraron, pero inoponible a los que ingresaron a la sociedad con posterioridad si su ingreso se exteriorizó exclusivamente mediante la única formalidad exigida por la LGS?

Es evidente que la respuesta es negativa. Las disposiciones del estatuto son válidas y oponibles a todos los accionistas y aquella persona que asuma su calidad de tal con posterioridad a la celebración del estatuto que contiene la cláusula arbitral estará alcanzada por ésta, como resulta de lo dispuesto en el CCyCN.

Además, cabe recordar que el art. 1.656 del CCyCN establece que “[e]n caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje”.

En otro orden, cabe considerar que, como ya hemos visto, la extensión de la cláusula arbitral procedería, conceptualmente, a título de consentimiento implícito o de fraude; sobre este último particular, hemos reseñado que la doctrina argentina entiende aplicable la teoría del corrimiento del velo.

Según esta doctrina, puede imputarse al socio o controlante que hizo posible la actuación de una sociedad que incurra en los vicios que la ley enumera. La aplicación que la jurisprudencia argentina ha hecho de esta teoría nos proporciona un ejemplo útil respecto del punto que estamos considerando. Se trata del caso resuelto por la Sala C de la CNCom. en autos “Laffont, Jorge R. y otro c. Yosemite S.A. y otro”[161]. En dicho pleito, la pretensión de la parte demandante era que se declarara la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad codemandada respecto de la inscripción dominial de un inmueble que, en la realidad de los hechos, era de propiedad de la codemandada persona física, deudora de los actores.

Para hacer lugar a la demanda, la Sala consideró -en lo que es de interés para este artículo y con cita de Manóvil- que el art. 54:3 de la entonces LSC “autoriza a imputar un derecho —en el caso, la propiedad de un inmueble— a un socio o controlante de modo que permita satisfacer al tercero su derecho contra ese socio o controlante.

En otras palabras, la titularidad de un bien se declara inoponible a un tercero, quien puede hacerla imputar al socio o controlante”.

No fue óbice para resolver en esos términos que el entonces vigente Código Civil - art. 1184:1- exigiera -como el CCyCN requiere ahora- que la adquisición de un bien inmueble estuviera sujeta -en cuanto a la forma- a la exigencia de la escritura pública. Es decir que, existiendo una titularidad de dominio sobre un inmueble, ella pudo ser atribuida a otra persona, por las consideraciones formuladas por el tribunal de apelaciones, más allá de no haber esa otra persona ostentado la titularidad del bien y menos aún, haberlo adquiridos bajo las formas requeridas por la ley. De ello resulta que nuestro derecho admite la extensión -en este caso, por vía de imputación- de ciertos bienes a un tercero sin reparar en las formalidades que la ley exige para la adquisición de esos bienes. Mutadis mutandi, ello es aplicable a la forma de la cláusula arbitral.

Una demostración cabal de que la firma de la parte no es requerida en tanto manifestación de voluntad -y por lo tanto, entendemos, como ya dijimos, que ella puede ser expresada mediante la conducta- resulta a contrario sensu de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “BASF Argentina S.A. c. Capdevielle Key y Cía. S.A.”[162], donde -con remisión al dictamen del Procurador General- el Alto Tribunal resolvió que si bien el corredor había intervenido en la celebración de los contratos de compraventa en calidad de representante de la actora, la cláusula compromisoria allí inserta estaba claramente referida a la intervención del órgano arbitral para la solución de diferendos que surgieran entre vendedor y comprador, pero no entre el corredor y su comitente enajenante, los que discreparon en torno al resultado de la gestión del primero y la debida rendición de cuentas sobre los supuestos importes recibidos de los compradores. Añadió luego -siempre remitiendo al dictamen del Procurador- que, cualquiera que fuera la figura jurídica que hubiera relacionado a las partes, era indudablemente cierto que la discusión giraba en torno a la relación del demandado con la actora, y la cláusula compromisoria inserta en el contrato solo obligaba a las partes que habían realizado la compraventa de cereales, pero no podía vincularse con la relación jurídica particular establecida entre el vendedor y su mandatario, gestor, comisionista o corredor. Vale decir, que el hecho que una persona hubiera firmado una cláusula arbitral no lo hacía parte de la misma, en tanto alcanzaba a quienes habían sido partes en el negocio subyacente.

### *c. La extensión conforme a la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica*

#### *i. Aclaración previa*

Ya hemos referido que en el derecho comparado se acepta la aplicación de la teoría del corrimiento del velo para fundar conceptualmente la extensión de la cláusula arbitral.

Sin embargo, cabe tomar en consideración que las consecuencias que se asignan a esta teoría no son las mismas que establece el derecho argentino. En efecto, en el derecho comparado se ha sostenido que la consecuencia del corrimiento del velo es que la sociedad dejaría simplemente de existir dejando que su controlante asuma la cláusula arbitral[163].

Es por ello que, sin perjuicio de reconocer que las teorías desarrolladas en el derecho comparado pueden ser aplicables bajo el derecho argentino, es importante ceñirse

a la ley argentina que, en el caso, operaría como *lex arbitri* o bien como la ley de incorporación o constitución de la sociedad[164].

ii. ¿Qué prescriben los arts. 144 del CCyCN y 54:3 de la LGS?

Los arts. 144 del CCyCN y 54:3 de la LGS imputan la actuación desviada de la sociedad al socio o al controlante -además de atribuirles responsabilidad por los daños-.

La imputación implica la aplicación concreta para tales sujetos de las normas que quisieron evitar tras la máscara de una sociedad mercantil[165], lo cual conlleva que los efectos generales de las normas que normalmente serían atribuibles a la sociedad como persona jurídica pasarán a imputarse a otras personas físicas o de existencia ideal[166].

Si bien la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica se apoya sobre un acto disvalioso que el socio o controlante ha causado, lo cierto es que el fin buscado es impedir el resultado contrario a derecho que originariamente se perseguía[167].

Otras opiniones se han inclinado por sostener que la consecuencia de imputar la actuación de la sociedad al controlante o al socio se basa en que estos han determinado la actuación torpe de aquélla, lo que encuentra sustento en un vicio de la causa del acto jurídico, encuadrable en una sanción civil[168], como es la ineficacia[169]; concretamente, una ineficacia parcial[170]. Al respecto, cabe recordar que “la inoponibilidad es una ineficacia relativa, congénita o sobrevinida del negocio jurídico[171]”.

En esta dirección, se ha considerado que la desestimación, en tanto se trata de una sanción, “está estrechamente vinculada con la personalidad jurídica, porque en el concepto de sujeto de derecho que inviste la sociedad comercial es posible excluir a éste en su aptitud para ser un centro de imputación y compartir la obligación con los socios o el controlante. Lo que sucederá entonces será la afectación de su forma o su estructura patrimonial si están dadas las condiciones prohibidas por el art. 54, párr. 3º, de la LS respecto de aquel derecho subjetivo con el que está vinculada la sociedad. La sociedad dejará de ser la única titular de esa relación jurídica que integra su patrimonio para traer a esta relación a quienes la usaron abusivamente”[172].

Profundizando el concepto, se ha dicho que “la desestimación es más que una imputación o atribución de responsabilidad a otro, sino que importa la restricción del derecho subjetivo que une a la persona jurídica con el objeto de ese derecho, para luego extender un derecho o una obligación hacia terceros. Esto es posible debido a la relación entre el sujeto de derecho y el objeto con el que se vincula, presupuestos lógicos de toda relación jurídica”[173].

A favor de la aplicación de la teoría de inoponibilidad de la personalidad jurídica como sustento de la extensión de la cláusula arbitral se ha pronunciado Rivera[174].

La doctrina argentina ha concluido que las teorías elaboradas en el derecho comparado para justificar la extensión de la cláusula arbitral son perfectamente



compatibles con el régimen jurídico nacional, que contiene normas y principios que permiten adoptarlas Ancla[175].

La aplicación de la teoría del corrimiento del velo no se vincularía con el consentimiento otorgado por el tercero, pues, justamente se le imputa la conducta de la sociedad cuya personalidad se declara inoponible para alcanzarlo como parte de la relación que pretendió evadir. No habría ello consentimiento, sino todo lo contrario.

No obstante, también podría analizarse la cuestión bajo otra óptica: el socio o controlante a quien finalmente se imputará la conducta de la sociedad normalmente tiene una relación con el tercero damnificado, relación que, justamente, trata de enmascarar detrás de la actuación de otra persona jurídica. ¿Puede verse en ello un consentimiento implícito? Reconociendo la complejidad de la cuestión, nuestra respuesta es negativa, pues, no se trata de que el socio o controlante esté detrás de cada acto que, realizada la sociedad abusada, sino de un desvío general de su causa-fin.

#### **IV. Conclusiones** [\[arriba\]](#)

Bien se ha dicho que en esta materia cabe realizar un análisis circunscripto a cada caso[176].

Dos posiciones se expresan respecto de la necesidad o no de que se configure el consentimiento de la parte o del tercero no-signatario: la de quienes consideran que ese consentimiento es necesario -aun cuando se recurra a la aplicación de supuestos distintos del consentimiento implícito en cuanto a tal, pero que permiten inferir su existencia- y la de quienes consideran que tales supuestos tienen un estatus propio diferenciado del consentimiento.

Las posiciones que entienden configurado el consentimiento implícito mediante distintos actos de las partes parecen abarcar la mayoría de los supuestos. Bajo este pensamiento, no habría extensión de la cláusula arbitral a terceros, sino aplicación de la misma a quien, pesa a no haberla firmado, es parte de ella.

El caso de la extensión de la cláusula arbitral a quien ha obrado en fraude parece el caso más claro de extensión sin que se configure el consentimiento del tercero no-signatario. En este caso se trataría, realmente, de un tercero y el mecanismo de oponibilidad de la cláusula arbitral sería su extensión. En el derecho argentino, ello podría fundarse en la aplicación de la teoría del corrimiento del velo.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que la cuestión sobre la procedencia de la incorporación del tercero no-signatario podría darse, también, en la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo extranjero[177].

#### **Notas** [\[arriba\]](#)

[1] “La extensión de la cláusula de arbitraje a terceros: realidades económicas y ficciones jurídicas” en Segundo Anuario, pág. 131.

[2] Kauffmann-Kohler, Gabrielle - Rigozzi, Antonio, *International arbitration. Law and Practice in Switzerland*, 2015, Oxford University Press, pág. 137. Determinar cuál es la ley que gobierna el acuerdo arbitral es de suma importancia, ya que, como refiere la doctrina, la posición favorable a la extensión recibe disímil acogimiento en las distintas jurisdicciones -Silva Romero, Eduardo - Velarde Saffer, Luis Miguel, “La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en europa: ¿un enfoque uniforme?”, pág. 1 en *Arbitraje*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 6 N°7-.

[3] Fernández Rozas, José Carlos-Sánchez Lorenzo, Sixto A.-Stampa, Gonzalo, *Principios generales del arbitraje*, 2018, CIMA, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 44.

[4] Silva Romero-Velarde Saffer, op. cit., pág. 1.

[5] Hanotiau, Bernard, “Group of Companies in International Arbitration” en Lew, Julian D. M. - Mistelis, Loukas (eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 15, Kluwer Law International, 2006, pág. 280 y en *Complex Arbitrations. Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, La Haya, 2005, Kluwer Law International, pág. 5; Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, 2016, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2016, pág. 99, quien destaca que el objetivo es determinar quiénes son partes del acuerdo arbitral pese a no haberlo firmado. Lo expuesto en el texto se configura cuando se aplican las teorías de la agencia, el consentimiento implícito y la doctrina del grupo de compañías -Sesin-Tabarelli, Andrea, “Extension of the Arbitration Agreement to Non-Signatories, Landscape of Legal Theories and Jurisdictional Approaches”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2017, Issue 4-. Una posición similar expresan Fernández Rozas y otros: los terceros no-firmantes del acuerdo arbitral quedarían alcanzados por el mismo “a través de su manifestación de consentimiento por distintos medios” -Principios, pág. 44-.

[6] Caivano, Roque, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Lima Arbitration*, N° 1 - 2006, pág. 123.

[7] El consentimiento implícito tiene una destacada trascendencia en esta materia, al punto que prestigiosa doctrina lo toma como el punto central de su análisis sobre los casos de extensión de la cláusula arbitral -Silva Romero-Velarde Saffer, op. cit., pág. 2-.

[8] Al hacer esta consideración, dejamos a salvo que en opinión del autor citado en la nota anterior, la procedencia de la extensión de la cláusula arbitral está sujeta a la configuración del consentimiento.

[9] Hanotiau, “Group”, pág. 280, en cuya opinión esa determinación se realiza, según la intención de las partes; en términos similares, ver Zuberbühler, Tobias, “Nong-Signatories and the Consensus to Arbitrate”, *26 ASA-Bulletin 1/2008 (Mars)*, pág. 18. Lo dicho se agudiza en tanto se considere que en material arbitral se ha negado la facultad del tribunal de citar ex officio a terceras partes -Sesin-Tabarelli, Andrea, “Extension of the Arbitration Agreement to Non-Signatories, Landscape of Legal Theories and Jurisdictional Approaches”, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2017, Issue 4.

[10] Hosking, James, “The Third Party Non-Signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent”, *Peperdine Dispute Resolution Law Journal* 4, no. 3 (4), pág. 477.

[11] Betancourt, Julio César, *El contrato de arbitraje internacional*, Valencia, 2018, Tirant lo Blanch, pág. 412.

[12] Soto Coaguila, Carlos Alberto, Presentación al segundo número del anuario latinoamericano de arbitraje, titulado: “Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje”, Lima, 2012, pág. V.

[13] “MS Dealer Service Corp., Plaintiff - Appellant v. Sharon D. Franklin, Defendant - Appellee”, *United States Court of Appeals, Eleventh circuit*, del

28/5/1999; “Craig Boucher, Plaintiff and Respondent v. Alliance Title Company, Inc., Defendant and Appellant”, United States Court of Appeals, Second District, Division 5, California, del 2/5/2005. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha aclarado que esa política federal a favor del arbitraje está enderezada a obtener una orden que disponga que el arbitraje proceda conforme fuera pactado por las partes; de allí que el mismo tribunal ha aclarado que la Federal Arbitral Act no contiene una política que favorezca el arbitraje bajo un cierto cuerpo de normas procesales, sino que simplemente asegura la ejecución de los acuerdos privados de arbitraje conforme a sus propios términos -“Volt Inf. Sciences v. Stanford Univ.”, 489 U.S. 468 (1989), del 6/3/1989.

[14] Steingruber, Andrea Marcos, *Consent in International Arbitration*, New York, 2012, Oxford University Press, pág.9. El autor citado usa el término polymorph. Preferimos traducirlo como ambivalente, pues, en español más que una cuestión de formas estamos en presencia en una tensión de interpretaciones distintas.

[15] Más allá de la exigencia de forma que la ley impone a la cláusula arbitral -lo que abordaremos más adelante en este trabajo- lo cierto es que el consentimiento a la cláusula arbitral puede darse de diversas maneras -Steingruber, op. cit., pág. 11-.

[16] Steingruber, op. cit., pág. 15.

[17] Kaufmann-Kolher and Peter, citados por Steingruber, op. cit., pág. 15.

[18] “The Rice Company (Suisse), S.A., Plaintiff-Appellant v. Precious Flowers Limited”; “IBN Agrotrading GmbH; M/V Nalinne Naree, her engines, boilers and tackle, Defendants-Appellees”, United States Court of Appeals, Fifth circuit, del 2/4/2008 -“[w]here some written agreement to arbitrate exists”.

[19] Es decir de conclusiones jurídicas que, por su propio desarrollo, justifican la extensión de la cláusula arbitral como una figura que ostente su propia naturaleza jurídica sin auxilio -principal o sustancial al menos- de otras figuras.

[20] Park, Willian, “Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma” en *Multiple parties in international arbitration*, Oxford, 2009, 1.08. Las mismas figuras han sido admitidas, a los fines de justificar la extensión de la cláusula arbitral, en casos como *International Paper Company y Comer*.

[21] *Evans & Sutherland Computer Corp. vs. Thomson Training & Simulation Ltd.*, United States Court of Appeals, Second Circuit, No. 1565, Doctk 94-9118, del 24/8/1995.

[22] Feris, José Ricardo - Filipic, Ziva, “Jurisdictional Issues in Construction Arbitration”, ICC Dispute Resolution Bulletin Issue 4, 2017.

[23] Park, op. cit., 1.09.

[24] Park, op. cit., 1.17.

[25] Suárez Anzorena, Carlos I., “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, *Revista internacional de arbitraje*, enero-junio 2005, págs. 55 y ss.

[26] Park, op. cit., 1.01.

[27] Vidal, Dominique, “The Extension of Arbitration Agreements within Groups of Companies: The Alter Ego Doctrine in Arbitral and Court Decisions”, ICC Dispute Resolution Library, 2005, pág. 68.

[28] Park, op. cit., 1.03; Sesin-Tabarelli, op cit.; Ferrari, Franco - Rosenfeld, Friedrich, “Límites a la autonomía de las partes en arbitraje internacional”, *Arbitraje*, Vo. X, n° 2, 2017, pp. 335. Sobre la búsqueda de la intención de las partes, ver US Court of Appeals, “The Rice Company”, citado.

[29] Ídem, 1.04.

[30] Vidal, op. cit., pág. 65. Un caso en el cual se negó la extensión de la cláusula por no haberse probado la común intención de las partes fue “Smoothline LTD. and Greatsino Electronic Ltd., Petitioners-Appellees, v. North American Foreign Trading Corp., Respondent-Appellant” -United States Court of Appeals, Second

Circuit Nos. 00-7994, 00-7966, del 7/5/2001-. El tribunal llegó a esa conclusión pese a que en el contrato en que se había insertado la cláusula arbitral se hacía una referencia a los restantes contratos entre las partes. Bajo los hechos del caso, el tribunal consideró que esa referencia no era suficiente para obligar a los no-signatarios a resolver el conflicto por medio de arbitraje.

[31] Fernández Rozas y otros, Principios, pág., 45,

[32] Betancour, El contrato, pág. 440. Posteriormente, añade que “cuando un tribunal arbitral (o un órgano jurisdiccional) ha sido llamado a solucionar este tipo de problemas, casi siempre lo que está en juego es la determinación de uno de los elementos esenciales para la validez de todo contrato: el consentimiento” -pág. 441-.

[33] Ver Caivano, op. cit., pág. 142.

[34] Caivano, op. cit., pág. 161.

[35] Fernández Rozas, Principios, pág. 47.

[36] Fernández Rozas, Principios, pág. 49.

[37] Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mardi 27 mars 2007, N° de pourvoi: 04-20842.

[38] Muñoz, Alexandra, “La extensión del convenio de arbitraje sin consentimiento: ¿una excepción francesa?”, Segundo anuario, pág. 18.

[39] Muñoz, op. cit., pág. 19.

[40] Muñoz, op. cit., págs. 19/20.

[41] M.P. Bharucha; Sneha Jaisingh; Shreya Gupta, “The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories - A Global Perspective”, Journal Arbitration Law, Indian Journal of Arbitration Law, National Law University, Jodhpur 2016, Volume V, Issue 1, pág. 35 -en adición a los trabajos ya citados-.

[42] Corte Suprema de los Estados Unidos de América, “Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feed International Corp”, 559 US 662 (2010) -cabe aclarar que este caso se refirió a una acción colectiva a tramitar en sede arbitral. No obstante esta aclaración-; también en relación con el consentimiento como base del proceso arbitral puede consultarse lo resuelto en “First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan”, 514 U.S. 938 (1995) -United States Court of Appeals, Third Circuit. Puede verse en el caso Thomson una referencia a los precedentes jurisprudenciales de Estados Unidos en que se sostuvo la posición contractualista, que puede resumirse en la consideración que sostiene que el arbitraje es consensual por naturaleza -una parte no puede ser obligada a someter una disputa a arbitraje si no lo ha acordado así-.

[43] Bullard González, Alfredo “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? la incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana en Segundo Anuario, pág. 23.

[44] Sesin-Tabarelli, op. cit.

[45] Feris-Filipic, op. cit.

[46] Feris-Filipic, op. cit. Sin embargo, como los mismos autores señalan, la sola existencia del intercambio de correspondencia es insuficiente para tener por acreditada la participación del tercero, pues habrá que prestar debida atención al contenido de las cartas.

[47] No decimos “en contraste con”, pues, como veremos, la existencia o no de consenso como fundamento de la aplicación de los supuestos que reseñaremos es discutida.

[48] Youssef, Karim, “The limits of consent: the right or obligation to arbitrate of non-signatories in group of companies”, en Multiparty arbitration, AAVV, París, 2010, International Chamber of Commerce, pág. 71. Continúa diciendo este autor que “una declinación en el rol del consentimiento también desafía la permanente relevancia de los estándares del arbitraje internacional y distorsiona la operatividad de principios fundamentales del derecho arbitral (como la separabilidad). Un tribunal que confirmase o ejecutase un laudo que legitima o

compele a un no-signatario a someterse al arbitraje, en ausencia de su consentimiento, necesariamente va más allá del estándar mínimo de la Convención de Nueva York e ignora requerimientos básicos de las leyes nacionales de arbitraje, estén o no inspiradas en la Ley Modelo de UNCITRAL. Esto permite preguntarse acerca de cómo, a nivel técnico, tribunales y cortes superarán las vallas básicas de una normativa universal protectora del consenso” -op. cit., pág. 73-. Asimismo, hay autores que se preguntan si el consentimiento en materia arbitral no es hoy en día más que una ficción legal -Lim, Benson, *Relooking at Consent in Arbitration*, Kluwer Arbitration Blog, 12/2/2019-.

[49] Hanotiau, “Groups”, pág. 284.

[50] Vidal, op. cit., pág. 65.

[51] Youssef, op. cit., pág. 72.

[52] *Ibidem*.

[53] Zuberbühler, op. cit., pág. 25. Yves Derains tituló una colaboración: “Is there a group of companies doctrine?” -en *Multiparty Arbitration*, págs. 131 y ss. En definitiva, la posición de este autor es que la doctrina del grupo de sociedades no ha perdido todo interés práctico, sino que juega un rol importante en revelar la intención de las partes -*idem*, pág. 138-.

[54] Zuberbühler, op. cit., pág. 25, con cita de Hanotiau.

[55] Besson, Sébastien, “Piercing the Corporate Veil: Back on the Right Track”, *ICC Dispute Resolution Library*, 2010, pág. 149. Derains destaca que el origen de la teoría se encuentra en algunos laudos dictados durante la década del 70; individualizando uno en París en 1975 y otro en Ginebra -op. cit., pág. 132-. Añade Derains que en jurisdicciones como España y Suiza esta doctrina no es aceptada, concepto que parece extender a Inglaterra y los Estados Unidos -*idem*, págs. 136/7-. Respecto de la situación en Inglaterra se ha citado el caso “Peterson Farms”, como *leading case* que descarta la aplicación de esta doctrina en el derecho inglés. Se ha hecho referencia a una encuesta que habría concluido que es bajo el porcentaje de casos en que esta doctrina es usada -ver Park, op. cit., 1.82 y su referencia al trabajo de Poudret y Besson, en nota al pie 75-. En este caso, la justicia inglesa resolvió que la mentada doctrina no forma parte del derecho inglés -¶62; “Peterson Farms Inc. v. C & M Farming Ltd (2004) APP.L.R 2/04. En relación con Estados Unidos, puede verse el trabajo de Townsend, que concluye en la reticencia de la jurisprudencia de ese país a la aplicación de teorías que impongan la sumisión a arbitraje en ausencia de consentimiento -Townsend, John, “Non-signatories in International Arbitration: An American Perspective”, in Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration, 2006: Back to Basis?*, ICCA Congress Series, Volumen 13, Kluwer International Law, 2007, págs. 365/6. También respecto del derecho inglés cabe citar el caso *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs*, en el que denegó el reconocimiento y ejecución de un laudo considerándose improcedente la extensión de la cláusula arbitral al tercero no-signatario -el gobierno paquistaní- (del 3/11/2010, [2010] UKSC 46). Lo destacable de la situación es que los tribunales franceses resolvieron en sentido contrario, a favor de la extensión de la cláusula arbitral al gobierno paquistaní, que -según lo resuelto por la justicia francesa- fue la única parte que negoció el contrato -*Gouvernement du Pakistan v. Société Dallah Real Estate & Tourism Holding Co*, Cour d’appel de Paris, Pole, 1 - Ch. 1, Num 09/28533, del 17/11/2011.

[56] “Dow Chemical France, The Dow Chemical Company and others v. ISOVER Saint Gobain”, laudo interino en el proceso arbitraje n° 4131 bajo reglamento CCI, 23/9/1982, 110 *Journal du droit international (Clunet)* 1983, págs. 905 y ss. El laudo interino fue ratificado por la Corte de Apelaciones de París por resolución del 21/10/1983.

[57] Derains, op. cit., pág. 133.

[58] Zuberbühler, op. cit., pág. 25.

- [59] Hanotiau, "Groups", pág. 280.
- [60] Hanotiau, "Groups", pág. 280. Hecha la aclaración, el autor citado ratifica su opinión en el sentido que la doctrina del grupo de sociedades debe ser analizada en términos de consentimiento.
- [61] Sesin-Tabarelli, op. cit.
- [62] Derains, op. cit., pág. 135. En igual sentido: Youssef, op. cit., págs. 76/7.
- [63] Derains, op. cit., pág. 136, citando a Hanotiau.
- [64] Kauffmann-Kohler - Rigozzi, op. cit., pág. 144.
- [65] Ver Zuberbühler, op. cit., pág. 26. En un caso referido por este autor, el tribunal resolvió no extender la cláusula arbitral debido a que la demandante había estado en conocimiento de que su relación contractual era exclusivamente con la contraparte signataria.
- [66] Youssef, op. cit., pág. 78.
- [67] Ídem, pág. 79.
- [68] Íbibem.
- [69] Hanotiau, Complex Arbitrations, págs. 38/9.
- [70] Cfr. Silva Romero - Velarde Saffer, op. cit., págs. 26/28.
- [71] Zuberbühler, op. cit., págs. 22/3.
- [72] Ver Park, op. cit., 1.21/3.
- [73] Zuberbühler, op. cit., pág. 23.
- [74] Ver Zuberbühler, op. cit., pág. 33.
- [75] Park, op. cit., pág. 25; Vidal, op. cit., págs. 67/8: en este tipo de supuestos, se toma en consideración que la parte se ha comportado de manera tal que lleva a su contraparte a creer que aquélla estaba alcanzada por el contrato. De esta manera, se presume el consentimiento en tanto la contraparte pudo justificadamente creer que el mismo había sido otorgado.
- [76] Kauffmann-Kohler - Rigozzi, op. cit., págs. 144/5.
- [77] Park, op. cit., 1.11. Hanotiau refiere que a veces el consentimiento puede ser inferido de la conducta -Complex Arbitrations, pág. 51-.
- [78] Gilberto Giusti - Ricardo Dalmaso Marques, "Las partes en el arbitraje internacional: el 'alcance' de los efectos de la cláusula compromisoria en el derecho brasileño" en Segundo Anuario, pág. 157.
- [79] Vidal, op. cit., pág. 68 y casos referidos en las notas al pie 28 y 29.
- [80] Ídem, pág. 68.
- [81] Ídem, pág. 69.
- [82] Ídem, págs. 70/1. La doctrina que considera que el consentimiento no fue el factor decisivo que fundamentó la decisión adoptada en "Dow Chemical" menciona que el elemento que pasó largamente desapercibido en el análisis del caso fue la apariencia. Es bajo este elemento que debería interpretarse la referencia a una intención común de las partes que, según sostiene, no existe como tal -Youssef, op. cit., págs. 80/1-.
- [83] Youssef, op. cit., pág. 84 y fallos allí citados y en la nota al pie 53.
- [84] Youssef, op. cit., pág. 85 y doctrina citada en su apoyo.
- [85] Hanotiau, Complex Arbitrations, pág. 36.
- [86] Señala la doctrina que la teoría del corrimiento del velo no debe ser confundida contra otras doctrinas, como la del grupo de compañía. No obstante ello, a veces se las confunde en su aplicación práctica -Besson, op. cit., págs. 146 y 150-.
- [87] Besson, op. cit. pág. 150.
- [88] Citado por Besson, op. cit., págs. 150/1; "Carl Fisser and Martha Fisser, Co-partners Doing Business Under the Firm Name and Style of Fisser & v. Doornum, Libelants-appellants, v. International Bank, Respondent-appellee, 282 F.2d 231 (2d Cir. 1960)", US Court of Appeals for the Second Circuit - 282 F.2d 231 (2d Cir. 1960), del 1/8/1960. En lo relevante, sostuvo el tribunal:

“Restating the instrumentality rule, we may say that in any case, except express agency, estoppel, or direct tort, three elements must be proved: “(1) Control, not mere majority or complete stock control, but complete domination, not only of finances, but of policy and business practice in respect to the transaction attacked so that the corporate entity as to this transaction had at the time no separate mind, will or existence of its own; and “(2) Such control must have been used by the defendant to commit fraud or worse, to perpetrate the violation of a statutory or other positive legal duty, or a dishonest and unjust act in contravention of plaintiff’s legal rights; and “(3) The aforesaid control and breach of duty must proximately cause the injury or unjust loss complained of.” [247 App.Div. 144, 287 N.Y.S. 76.]”.

[89] Ver el caso “Intergen N.V., v. Eric F. GRINA, Alstom Limited, and Alstom Power NV”, No. 03-1056, del 22/9/2003 -United States Court of Appeals, First Circuit. En este caso, el tribunal consideró que debía evaluar: i) si la sociedad era administrada como un ente independiente; ii) si había una confusión de activos; iii) si existía contabilidad separada; iv) la naturaleza del control: v) la ausencia de infracapitalización; vi) el uso de la sociedad como una mera máscara; vii) el desvío de los fondos o activos sociales para usos no-corporativos, entre otros. Un caso en el que la extensión de la cláusula arbitral se resolvió sobre la base de considerar que la sociedad no era independiente, sino un mero departamento de ventas de su controlante fue 15 N.Y.2d 97 256 N 2d 129 204 N.E. 2d 329 “Taca International Airlines, S.A., a Corporation of El Salvador v. Rolls-Royce of England, Ltd.”, del 14/6/1965 (Court of Appeals of the State of New York).

[90] Feris-Filipic, op. cit.

[91] Zuberbühler, op. cit., pág. 29.

[92] Kauffmann-Kolher - Rigozzi, op. cit., pág. 144.

[93] Romero Seguel, Alejandro, “La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: límites y posibilidades en Chile” en Segundo Anuario, pág. 7.

[94] Park, op. cit., 1.14.

[95] Vidal, op. cit., págs. 71/2.

[96] Zuberbühler, op. cit., pág. 29. Hanotiau coincide con Zuberbühler en cuanto a que la extensión del acuerdo de arbitraje conforme a la teoría del corrimiento del velo nunca puede ser considerada como una sanción a la conducta del no-signatario.

[97] Zuberbühler, op. cit., pág. 30. No obstante, cabe señalar que en un supuesto en que la demandada carecía de activos y de recursos financieros, la extensión de la cláusula arbitral se resolvió sobre la base de razones de administración de justicia -cfr. Vidal, op. cit., pág. 74-.

[98] Besson, op. cit., pág. 153. En igual dirección, se ha dicho que “levantar el velo corporativo puede ser invocado para justificar tanto la jurisdicción sobre una sociedad vinculada como respecto de la responsabilidad de una compañía por las deudas sustanciales de otra. Esto no implica, sin embargo, que los árbitros que deciden vincular a una controlante no-signataria al arbitraje deban (o deberían) concluir que la accionista es responsable por las obligaciones de la subsidiaria” - Park, op. cit., 1.60-.

[99] “TNS Holdings, Inc., &C., Et Al., Respondents, V. Mki Securities Corp., Et Al., Appellants”, 92 N.Y.2d 335, 703 N.E.2d 749, 680 N.Y.S.2d 891 (1998), del 22/10/1998.

[100] Born, Gary, Arbitration, Law and Practice, 2016, The Netherlands, Wolster Kluwer, págs. 100/1.

[101] Así fue expresamente advertido en el caso “TNS Holdings”, citado.

[102] “TNS Holdings”, citado.

[103] “E.I. Dupont de Nemours and Company v. Rhone Poulenc Fiber and Resin Intermediates S.A.S.”, No. 00-3550, 15/10/2001.

[104] Ello también fue resuelto, pero bajo la figura del estoppel en el caso “Brittania - U Nigeria, Limited v. Chevron USA, Incorporated”, United States Court of Appeals, Fifth circuit, del 9/8/2017.

[105] La procedencia de extender la cláusula arbitral al tercero beneficiario también fue sostenida en el caso “Intergen” -ya citado-. La configuración del primer requisito, es decir, que las partes hubieran explícita o implícitamente buscado beneficiar al tercero fue exigida en el caso “436 F3d 1098 Comer v. Micor, Inc., No. 03-16560, del 1/2/2006 -United States Court of Appeals, Ninth Circuit-.

[106] En la doctrina se ha hecho una muy gráfica referencia que quien toma el botín toma la carga -González de Cossío, Francisco, “El que toma el botín, toma la carga: la solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros” en Segundo Anuario, pág. 115-.

[107] “Hellenic Investment Fund, Inc. v. Det Norske Veritas USA”, United States Court of Appeals, Fifth circuit, del 7/9/2006.

[108] “Crawford Prof'l Drugs, Inc. v. CVS Caremark Corp.”, United States Court of Appeals, Fifth circuit, del 3/4/2014.

[109] Ver el caso “Intergen”, ya citado.

[110] Fernández Rozas y otros, Principios, pág. 49.

[111] 741 F2d 342 “McBro Planning and Development Company v. Triangle Electrical Construction Company Inc.”, del 6/9/1984.

[112] La misma posición fue adoptada en el caso “John T. Hays, M. D., Plaintiff - Appellant v. HCA Holdings Incorporated; HCA Physician Services, Incorporated, Defendants - Appellees”, United States Court of Appeals, Fifth circuit, del 29/9/2016. En este caso se consideró que el actor -Hays- había tratado a las demandadas como una única unidad, dirigiéndoles alegaciones fácticas virtualmente inescindibles.

[113] “J.J. Ryan & Sons, Inc. v. Rhone Poulenc Textile, S.A.; Rhone Poulenc Fiberts, S.A.; Rhodia, A.G; Sodetal, S.A.; Rhone Poulenc, S.A.”, 863 F. 2d 315 (United States Court of Appeals, 4th Circ. 1988), 22/6/1988. En igual sentido, “International Paper Company v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GmbH”, No. - 98-2482, del 14/3/2000 -United States Court of Appeals, Fourth Circuit-.

[114] 10 F3d 753 “Sunklist Soft Drinks Inc. v. Sunkist Growers Inc., No. - 91-9153, del 30/12/1993 -United States Court of Appeals, Eleventh Circuit-.

[115] La referencia del tribunal fue a los casos “Hughes Masonry”, McBro y J.J. Ryan.

[116] A igual conclusión se llegó en el caso “Crawford”, ya citado.

[117] Las dos alternativas fueron referidas también en el caso Comer, ya citado. Sin embargo, en este caso se consideró que Comer había sido simplemente un partícipe en los trust administrados por otros en su beneficio, por lo que comer no buscó ejecutar los términos del contrato de gerenciamiento ni de otro modo buscó tomar beneficios de ellos.

[118] “DMS Services, Inc. et al, Petitioners v. The Superior Court of Los Angeles County, Respondent”, United States Court of Appeals, Second District, California, del 15/5/2012. Destacó este tribunal que cuando existe una pluralidad de reclamos, alguno arbitrables y otros no, la corte enfrenta cuatro opciones: i) denegar la vía arbitral; ii) disponer la vía judicial para algunos o todos los reclamos; iii) disponer que se sustancie el arbitraje entre las partes que lo hubieran acordado y suspender la acción judicial a resultados del arbitraje, y iv) suspender el arbitraje hasta que fuese resuelta la acción judicial.

[119] Por ambas consideraciones, ver: “Intergen” e “International Paper Company”, ya citados. Ver, también, Sesin-Tabarelli, op. cit.

[120] Vidal, op. cit., pág. 73.

[121] Vidal, op. cit., pág. 74.



- [122] “Gilber v. Interstate/Johnson Lane Corp.”, 500 U.S., del 13/5/1991.
- [123] Alexander v. Gardner-Denver Co., 415 U.S. 36 (1974), del 19/2/1974.
- [124] Corte Federal de Alemania, Caso KZR 6615- Pechstein/International Skating Union, del 7/6/2016. [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Pechstein\\_\\_\\_I\\_SU\\_translation\\_ENG\\_final.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Pechstein___I_SU_translation_ENG_final.pdf).
- [125] Tribunal Arbitral du Sport, con sede en Lausanne, Suiza.
- [126] Un caso similar, en punto a la discusión sobre si el deportista otorgó su consentimiento a la cláusula arbitral es del tenista argentino Guillermo Cañas - Guillermo Cañas v. ATP Tour.
- [127] Rupprecht Podszun, “The Pechstein Case: International Sports Arbitration versus Competition Law. How the German Federal Supreme Court Set Standards for Arbitration”, págs. 8/9; disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3246922](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3246922).
- [128] “Stretford vs. Football Association Limited & Another”, [2006] EWHC 479 (Ch), Chancery Division, del 17/3/2006.
- [129] Esta es la vehemente posición adoptada por parte de la doctrina Antonio Rigozzi y Fabrice Robert-Tissot, en “Consent” in Sports Arbitration: Its Multiple Aspects. Lessons from the Canas decision, in particular with regard to provisional measures”, pág. 59, en ASA Special Series, Sports Arbitration: A Coach for Other Players?, 2015.
- [130] Rigozzi-Robert-Tissot, op. cit., pág. 60.
- [131] Lim, op. cit., pág. 2, quien manifiesta su preferencia por hablar de una moderna conceptualización del consentimiento antes que de arbitraje sin consentimiento.
- [132] “Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público”.
- [133] Rivera, Julio César, Arbitraje comercial: internacional y doméstico, Buenos Aires, 2007, Lexis Nexis, pág. 60.
- [134] Caivano, op. cit., pág. 122. La aplicación los principios que rigen en materia contractual fue decidida en casos como DuPont, Sunkist e Intergen -ya citados-.
- [135] Youssef, op. cit., págs. 86/7.
- [136] Park, op. cit., 1.11. En este sentido, se ha dicho que la falta de un acuerdo escrito no es un impedimento para la implementación del arbitraje, en tanto existen excepciones, como por ejemplo, las del estoppel, la agencia o principios relacionados o la de los terceros beneficiados -“MS Dealer”, ya citado-.
- [137] CCyCN, art. 1.650; Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras -Nueva York, 1958, aprobada por la ley 23.619-, art. II.1; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional - Panamá, 1975, aprobada por la ley 24.322-, art. 2; Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur -Buenos Aires, 1998, aprobado por la ley 25.223-, art. 6.1.
- [138] Convención de Nueva York, art. II. 2; Acuerdo del Mercosur, art. 6.3.
- [139] Convención de Panamá, art. 2; Acuerdo del Mercosur, art. 6.3.
- [140] Acuerdo del Mercosur, 6.5.
- [141] Olivera García, Ricardo - Santi Estefan, Alejandro, “La extensión subjetiva de la cláusula compromisoria”, en Contratos y arbitraje en la era global, AAVV, dirigido por Rivera, Julio César y Fernández Arroyo, Diego, CEDEP-ASADIP, Asunción, 2011, pág. 39. Derains, op. cit., pág. 138. Este autor distingue entre firma y forma escrita, sosteniendo que la firma es sólo uno de los distintos medios por los cuales se expresa el consentimiento -Ibidem-. Una posición similar es sostenida por Caivano -op. cit., pág. 161-. En este sentido, cabe tomar en

consideración que desde la práctica en administración de casos arbitrales que ya hemos referido, es usual requerir evidencia documental del involucramiento del tercero; por ejemplo, correspondencia acerca de la ejecución de los trabajos previstos en el contrato -Feris-Filipic, op. cit.-. En el derecho brasileño la postura que indicamos en el texto está defendida por Arnoldo Wald, quien refiere al caso resuelto por el Superior Tribunal de Justicia en el caso SEC (Sentencia Extranjera Cuestionada) 856 (L'Aiglon vs. Têxtil União) -“La extensión de la cláusula compromisoria en el arbitraje societario: una perspectiva brasileña” en Segundo Anuario, pág. 48. El autor cita que esa línea fue posteriormente seguida en los casos “Trelleborg do Brasil Ltda. et. al. vs. Anel Empreendimentos Participações e Agropecuária Ltda”.

[142] Olivera García-Santi Estefan, op. cit., pág. 48.

[143] Derains, op. cit., pág. 138. Ver la ya referenciada opinión de Park, en sentido que la firma no es la única de forma de expresar el consentimiento a someterse a arbitraje -op. cit., 1.04, citado en nota al pie 14-.

[144] Besson, op. cit., pág. 154. En igual, sentido, ver Hanotiau, Complex Arbitrations, págs. 52/3 y las referencias a casos en Suiza, Estados Unidos de América y Francia. En el caso “Craig Boucher”, ya citado, la justicia estadounidense resolvió que la figura del estoppel impide alegar la falta de un acuerdo de arbitraje firmado cuando la parte que eso alega había consistentemente mantenido que otras disposiciones del mismo contrato debían ejecutarse.

[145] 741 F2d 342 “McBro Planning and Development Company v. Triangle Electrical Construction Company Inc.”, del 6/9/1984. A igual conclusión se llegó en el caso Sunkist.

Otro caso ha concluido que la teoría de la confusión inextricable agreements, la sola confusión, por sí misma, no es suficiente para someter al no-signatario a arbitraje -“TNS Holdings”, ya citado.

[147] Ver “International Paper Company”, citado.

[148] “Supplier (Italy) v. Dealer (Greece), final award, CAM Case No. 7211, 24/9/2013”, en Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2014-Volume XXXIX, Kluwer Law International 2014, págs. 263/304.

[149] Sesin-Tabarelli, op. cit.

[150] “Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006) 1) 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. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 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. Primera parte. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 5 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.

#### Opción II

Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje. (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006).

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”.

[151] UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Arbitration, United Nations, 2012, New York, pág. 25.

[152] Cfr. UNCITRAL 2012, pág. 29 y precedentes jurisprudenciales citados en la nota al pie 116.

[153] *Ibidem*.

[154] UNCITRAL 2012, pág. 29.

[155] Art. 268 del CCyCN. En el derecho comparado, la solución no es pacífica -ver International Council for Commercial Arbitration, Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958, ICCA, 2013, pág. 47.

[156] Ver International Council, pág. 47.

[157] Ver International Council, págs. 47/8.

[158] UNCITRAL 2012, pág. 30 y precedentes mencionados en nota al pie 124.

[159] UNCITRAL 2012, pág. 30 y notas al pie 125 a 127.

[160] UNCITRAL 2012, pág. 31 y nota al pie 128.

[161] Del 23/8/2006, LL, 2/3/2007, 11 - LA LEY 2007-B, 804 - Cita Online: AR/JUR/6374/2006.

[162] Del 11/5/2004DJ2004-2, 1051 - LL, 4/8/2004, 16, cita Online: AR/JUR/1057/2004.

[163] Park, *op. cit.*, 1.16.

[164] Park, *op. cit.*, 1.24 y 1.64.

[165] Nissen, Ricardo A., Ley de sociedades comerciales, 1, pág. 72; también citado por López Raffo, Francisco M., El corrimiento del velo societario, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pág. 142/3.

[166] Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, Derecho societario. Parte general. La personalidad jurídica societaria, Buenos Aires, pág. 11.

[167] Grispo, Jorge Daniel, Ley general de sociedades, Santa Fe, 2017, Rubinzal-Culzoni, I, págs. 369/70.

[168] “Se trata de una sanción, y por lo tanto, su examen debe ser el resultado de una restrictiva y prudente apreciación del caso, y no de una pasión descontrolada” -Roitman, Horacio, Ley de sociedades comerciales, Buenos Aires, La Ley, 2006, I, pág. 705-.

[169] Otaegui, Julio César, Concentración societaria, Buenos Aires, Ábaco, 1984, pág. 471/2 y 478 -el mismo concepto es citado por Kulman [“El abuso de la personalidad jurídica en el derecho societario”, Kulman, David A. ED 29/08/2013] con referencia al trabajo de Otaegui titulado “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en Anomalías societarias, AAVV, Córdoba, Advocatus, 1996, pág. 99-. En su trabajo titulado “El artículo 54 de la ley de sociedades comerciales: la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, ED, 121-805, Otaegui entiende que la inoponibilidad de la personalidad jurídica es un capítulo específico, dentro del derecho societario, de la teoría general de la ineficacia de los actos jurídicos. En sentido similar, ver Junyent Bas, Francisco- Junyent Bas de Sandoval, Beatriz,” La inoponibilidad de la persona jurídica a la luz del artículo 144 del Código Civil y Comercial de la Nación”, El Derecho, 23/10/2017.

[170] Fernández Lang, Ariel, “El abuso de la personalidad jurídica en las sociedades comerciales”, *elDial.com* - DC14C5 [24/11/2010].

[171] Benavente, María Isabel en *Código civil y commercial de la nación comentado*, AAVV, dirigido por Lorenzetti, Ricardo Luis, Santa Fe, 2015, Rubinzal-Culzoni, I, pág. 505.

[172] Kulman, op. y loc. cit.

[173] *Ibidem*.

[174] Rivera, Julio César, *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*, Buenos Aires, 2014, Abeledo-Perrot, 2ª edición, pág. 305.

[175] Caivano, op. cit., pág. 161.

[176] Zuberbühler, op. cit., pág. 32; Hanotiau, “Groups”, pág. 284.

[177] Sesin-Tabarelli, op. cit.