

DOCUMENTOS DE TRABAJO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Partes no signatarias en el convenio arbitral *



* Documento de trabajo realizado en el marco de la participación en la XI edición del Competencia Internacional de Arbitraje, organizado por la Universidad de Buenos Aires y llevada a cabo en la Universidad del Rosario, en la ciudad de Bogotá D.C. en el año 2018. Participación financiada por el Grupo de Investigación Estudios Internacionales: Derecho, Economía, Política y Relaciones Internacionales, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Medellín, julio de 2019

Partes no signatarias en el Convenio Arbitral

David Felipe Carazo Parra¹

Juan Pablo Cubillos Meléndez²

Vanessa María Zapata Trejos³

El convenio arbitral se ha concebido como el acuerdo voluntario y privado de las partes inmersas en un contrato, las cuales deciden someterse a una solución procesal extrajudicial para dirimir un eventual conflicto naciente de sus relaciones comerciales, este sometimiento debe constar por escrito en una cláusula, lo que lógicamente produciría efectos sólo a las partes que se sometan al convenio, aún así, se presentan excepciones, donde el convenio arbitral puede involucrar a quienes no han sido signatarios de tal acuerdo, es decir, la extensión del convenio arbitral a personas no firmantes del contrato, excepción de tal complejidad que se da bajo condiciones particulares y concretas.

La extensión del acuerdo arbitral a no signatarios es una excepción compleja que aún presenta grandes dificultades, puesto que, contrario a los procesos judiciales, el arbitraje se basa en el principio de voluntariedad de someterse a un proceso dirigido por árbitros, por ello, circunscribir a un arbitraje a quienes explícitamente no han acordado el convenio conlleva a identificar aspectos concretos de las relaciones negociales.

En primer lugar, se realiza un análisis de las negociaciones previas al contrato, con el fin de vislumbrar si existió un consentimiento implícito, para poder hacer efectivo a tales terceros el convenio arbitral, lo que hace innegable entonces que, las partes no signatarias hayan tenido que estar involucradas en la relación económica, a tal punto que estén vinculadas

¹Estudiante del Programa de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Estudiante participante en la XI Competencia Internacional de Arbitraje.

² Profesor de Derecho Internacional Privado y Contratos Internacionales de la Universidad de Antioquia. Profesor de Cátedra de la Universidad del Rosario. Magister en Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Aeronáutico del Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial de Argentina. Abogado Egresado de la Universidad Nacional de Colombia. Coach del equipo de estudiantes participantes en la XI Competencia Internacional de Arbitraje.

³ Estudiante del Programa de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Estudiante participante en la XI Competencia Internacional de Arbitraje.

directamente a la relación comercial y por último que hayan recibido beneficios del negocio en discusión (Minaya, 2012)

La doctrina y la jurisprudencia en materia de arbitraje plantean que es posible extender los efectos de una cláusula arbitral a un tercero, que, aun viéndose relacionado con las partes del contrato, no es parte directamente del mismo, y por ende no suscribió el pacto arbitral. Para la extensión de la cláusula compromisoria a partes no signatarias, según Bullard González (2010), se presenta en los siguientes casos: (I) incorporación por referencia, (II) asunción de la obligación de arbitrar, (III) representación o agencia, (IV) Estoppel/Equitable Estoppel, (V) cesión de contrato, (VI) novación, (VII) Sucesión por operación legal, (VIII) subrogación, (IX) tercero beneficiario y el fenómeno objeto del presente análisis, (X) el descorrimiento velo alter ego/grupo de sociedades.

El grupo de sociedades

La teoría del grupo de sociedades posibilita que personas que no celebraron el pacto arbitral se vean sometidas a arbitraje. Esta teoría es de origen jurisprudencial y surgió tanto de la práctica de los tribunales arbitrales, al interior de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), como de la jurisprudencia francesa; examinando la problemática relativa al alcance subjetivo de la cláusula arbitral a los terceros no firmantes, en general, y en particular a las sociedades no suscriptoras pero que se involucraron de tal modo en la negociación y ejecución del contrato, gracias a que se identifican como pertenecientes a un mismo grupo empresarial de una de las partes que si firmaron el contrato, razón que posibilita vincular a esas sociedades no signatarias al proceso arbitral, teoría que es acogida continuamente en los tribunales de arbitramento.

En el supuesto de incorporarse una sociedad no firmante al procedimiento arbitral, como consecuencia de considerarla afectada por el alcance del convenio arbitral, el laudo que los árbitros dicten la condenará o no en función de cuáles sean las concretas circunstancias de cada caso, sin que tenga necesariamente que seguir la suerte de la sociedad firmante perteneciente al mismo grupo. Por lo tanto, la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora, perteneciente a un grupo de sociedades, no implica necesaria y únicamente que la misma haya de ser declarada responsable, sino que principalmente conlleva a que se le involucre al proceso arbitral, a ser parte del conflicto jurídico que se resuelve por este medio, y que tenga la posibilidad de participar en todo el transcurso del mismo, no como un tercero, sino como una de las partes que efectivamente firmaron el acuerdo compromisorio.

Al presentarse una situación de la tal envergadura, el tribunal arbitral debe reconocer su competencia frente al caso y proceder a evaluar los criterios anteriormente mencionados, porque si bien, la vinculación de partes no signatarias es un asunto de carácter excepcional, el desarrollo de este asunto va en crecimiento, caracterizado bajo el consentimiento explícito,

criterio que ya ha tenido desarrollo en Europa, como lo expone Silva Romero y Velarde Saffer:

Si la pertenencia a un mismo grupo corporativo puede ser indicativo de intención, entonces es más fácil traer a una compañía matriz no signataria a un arbitraje que ha sido aceptado por su subsidiaria. Lo mismo aplica a las consideraciones de justicia, las cuales – podría argumentarse – permiten vincular a partes no signatarias en total ausencia de una base contractual. (Saffer, 6)

La jurisprudencia a nivel internacional respecto a esta teoría, variará según el grado de conservadurismo u apertura que posean los tribunales arbitrales y la relevancia que estos le dan a la figura de la personería jurídica. En muchos Estados, los tribunales son bastantes celosos, a la hora de valorar y hacer extensivo el acuerdo arbitral a una parte no signataria, esto porque en muchos casos, va en contra del orden público internacional de estos Estados. Los casos más notorios son los de Inglaterra y Suiza, en los que, de acuerdo con la doctrina, podría aplicarse perfectamente la teoría del grupo empresarial, pero esta no se hace, aduciendo: Verbigracia, en Inglaterra, de acuerdo con Sinisterra Páez (2010), el caso de Petersons Farms c. C&M Farming Limited, para el cual la Corte Comercial de Londres, afirmó que “*la doctrina del grupo de compañías no existe en el derecho inglés*”, alegando además, que la creación de grupos de compañías persigue fines legítimos y que la personalidad jurídica independiente de cada uno de sus miembros debe ser respetada.

Por su parte, Suiza también ha tenido al respecto una posición algo conservadora, las cortes suizas, ha tenido cierta resistencia para adherirse a la teoría del grupo empresarial, insistiendo en no extender los efectos de una cláusula compromisoria a un tercero no signatario (Sinisterra Páez, 2010). En el caso Cartier, en donde el Tribunal Federal de Suiza, individualizó a cada sociedad como un sujeto jurídico diferente, que conformaban un grupo empresarial por encima de la ‘realidad económica del grupo’. En casos posteriores, el Tribunal Federal de Suiza se negó a dar aplicación a la teoría del grupo de compañías estableciendo que las partes involucradas en la ejecución de un contrato deben tener claridad sobre qué compañías son signatarias del acuerdo y así sobre quiénes pertenecen a la categoría de partes contratantes y quiénes a la de terceros. Así, Suiza después de un desarrollo legal, en su derecho interno exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, únicamente aplica para las partes iniciales, las signatarias del acuerdo.

Lo contrario ocurre en Francia, quien se ha caracterizado por tener una posición más favorable respecto a la extensión del pacto arbitral a un grupo de compañías. Entre los fallos de las cortes en este país, se pueden encontrar precedentes que han marcado un hito para el desarrollo de la doctrina del grupo empresarial; como el caso: Dow Chemical Group contra Isover Saint Gobain, en el cual vincula en arbitraje a dos compañías que no habían sido signatarias del acuerdo arbitral. De igual forma, ocurrió en los casos Sponsor AB contra Lestrade; y Cotuna contra Comptoir Commercial Andre.

Así las cosas, no se puede desconocer que, como principio fundamental para vincular a una persona natural o jurídica en un proceso de arbitraje, prima ante todo el consentimiento, el cual debe quedar claramente establecido a través de la firma del contrato, y en consecuencia los allí firmantes renuncian a su derecho de resolver cualquier posible conflicto ante la jurisdicción ordinaria. Pero según lo expuesto, es posible también que sociedades que pertenecen a un mismo grupo empresarial y que han sido parte activa de la negociación y ejecución del contrato, pero que no lo firmaron, pueden ser llamadas en la misma calidad de quienes si firmaron y ser parte del proceso de arbitraje, participando activamente del mismo y asumiendo las consecuencias jurídicas que el laudo arbitral determine, ya sea a favor o en contra de sus respectivos intereses.

Desarrollo legal sobre partes no signatarias

Vale la pena conocer el tratamiento legal que algunos ordenamientos jurídicos le han dado al alcance que puede tener la cláusula compromisoria o el pacto arbitral de involucrar en dicho pacto a tercero que no han sido parte explícita en dicho acuerdo.

Un claro ejemplo de ello es la legislación peruana, que en el artículo 14 de su ley de arbitraje (Decreto legislativo 1071 de 2008), dispone:

“Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”

Observamos que, según la norma en cita, el legislador peruano nos ofrece la posibilidad de extender el acuerdo arbitral a aquellos sujetos que hayan participado de manera activa y determinante en el contrato o quienes pretendan el alcance de algún derecho con la relación contractual. Por lo cual, es posible vincular al proceso arbitral a personas que no aparezcan como signatarias del contrato donde se encuentra incluida la cláusula compromisoria, o del pacto de arbitraje en sí.

Además de la legislación peruana, existen otros ordenamientos que han permitido vincular a procesos de arbitraje a terceros que no fueron signatarios de la cláusula compromisoria. El desarrollo de esta figura jurídica no la encontramos expresamente estipulada en una norma, tal y como ocurre en Perú, pero si ha sido objeto de debate y aplicación de la misma por parte de tribunales de arbitraje tanto en Europa como en Estados Unidos.

Ejemplos de ello, son casos como el denominado “Pujol vs Suba France”, en donde un tribunal francés de arbitraje vinculó al proceso a una sociedad denominada “Suba & Unico”,

sociedad que tenía un vínculo estrecho con la signataria “Suba France”, a tal punto, que existía un contrato entre estas dos sociedades donde la primera autorizaba a la segunda a firmar el contrato objeto de controversia con “Pujol”, de modo que la empresa parte del contrato que originó la controversia arbitral no actuaba de manera independiente, sino que era subordinada a una tercera, y de allí los argumentos para que la principal o mandante fuese parte también en el proceso de arbitraje y objeto de las decisiones de dicho tribunal.

En Estados Unidos, la jurisprudencia ha sido reiterativa en aceptar la vinculación de sujetos a procesos de arbitraje que han nacido sin su consentimiento expreso o que han nacido de una cláusula compromisoria de la cual no han sido signatarios. Esta vinculación se deriva de situaciones como aquellas en las que media una relación de agencia o representación entre uno de los signatarios de la cláusula compromisoria y un tercero que funge como mandante en la mencionada relación; igualmente, en aquellos casos en los que la signataria es una filial de una casa matriz y se reconoce que esa casa matriz es responsable de obligaciones o titular de derechos en la relación contractual que dio origen al acuerdo arbitral. Así mismo, en aquellos eventos donde un sujeto se ha beneficiado de un contrato sin ser signataria o parte del mismo, a tal punto que le es imposible negar su participación en esa relación contractual y los efectos de esa relación han jugado a su favor (teoría del *Estoppel*), de modo que el hecho de no haber firmado el contrato, o de no existir la estipulación en el contrato de dicho sujeto como parte, no es justificación para no ser llamado como parte al arbitraje, siendo que es el sujeto que finalmente se favoreció de la relación contractual, y participó activamente en el desarrollo de los compromisos adquiridos en el contrato que posteriormente es la causa de la confrontación que se resuelve en el tribunal de arbitramento. (Conejero e Irra, 81)

Reflexiones finales

Definir que un pacto arbitral o una cláusula compromisoria solo vincula a quienes hayan sido signatarios de la misma, hoy en día resulta siendo algo alejado de la realidad; pues debemos tener en cuenta que en muchas ocasiones las relaciones que se derivan de un contrato no son exclusivas de quienes se identifican como partes del mismo, esto debido a diferentes circunstancias que hoy emergen en la contratación moderna, principalmente en la constitución de sociedades, quienes en su conformación tienen participación de diferentes sujetos, personas naturales y jurídicas que pueden llegar a realizar contratos en donde involucren a esa sociedad de la que son parte, o de manera contraria, esa sociedad puede contratar, vinculando en esa relación a quienes la conforman, y de allí surge esta situación de que las obligaciones contractuales se extiendan o comprometan no solo a quienes se estipulan como parte de ese contrato, sino a “terceros” que no figuran en el mismo, pero que finalmente resultan siendo parte activa en esa relación contractual, y son los principales beneficiados con el contrato en cuestión.

Además de lo descrito en el párrafo anterior, es posible vincular a terceros al pacto arbitral, cuando nos encontramos en la situación de que una de las partes signatarias del pacto no actúa con total independencia y autonomía, sino que actúa en virtud de algún tipo de mandato, entonces le corresponde a su mandante asumir las obligaciones que el mandatario adquirió en su representación, entre ellas las descritas en la cláusula compromisoria.

Finalmente, puede darse una tercera causa de vinculación de un tercero al pacto arbitral, y es cuando no existe esta figura de mandato para alguno de los signatarios, ni cuando alguno de ellos es parte de un grupo de sociedades, pero si existe en la relación contractual una persona natural o jurídica que ha negociado, ejecutado y explotado el contrato a tal punto que ha logrado obtener beneficios para sí con el desarrollo del mismo, es consecuente entonces que de presentarse alguna controversia entre las partes, este tercero que no aparece como signatario del contrato, también sea llamado a cumplir lo que allí se estipula, y entre estas obligaciones van a estar las que se derivan de la cláusula compromisoria que da origen al proceso de arbitraje.

Referencias Bibliográficas

Alfredo Bullard González, *¿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 Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral, Tomo II, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá, 2011.

Castillo Freyre, Mario y Sabroso Minaya, Rita. *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*. Lima: Palestra, 2011, p. 191

Sabroso Minaya, Rita Y Castillo Freyre, Mario. *¿Las funciones del OSITRAN son materia arbitrable?* En: Panorama actual del Arbitraje. Lima: Palestra Editores, 2010. pp. 271-316

Laura Sinisterra Páez, *Algunos apuntes sobre la teoría del grupo de compañías como fundamento para la extensión del pacto arbitral a no signatarios*, Revista de derecho Privado N° 44, Universidad de los Andes, 2010.

Luis Miguel Velarde Saffer, *La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en Europa: ¿un enfoque uniforme?*, en Revista Arbitraje PUCP Año 6 N°7, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, Perú, 2016.

Cristian Conejero Roos, René Irra de la Cruz, *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones de derecho comparado*, Revista Lima Arbitration N° 5, Círculo de arbitraje de Perú, 2012-2013.