

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

**EL CRITERIO DE EXTENSION DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL A TERCEROS NO
SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL**

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

Viviana MÉNDEZ VALLE

San José, Costa Rica
2016



13 de enero de 2016
FD-AI-055-2016

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: Viviana Méndez Valle, carné B03880 denominado: "El criterio de extensión de una cláusula arbitral a terceros no signatarios en el arbitraje internacional comercial" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Juan José Obando Peralta
Presidente	Dr. Álvaro Meza Lazarús
Secretario	Dsc. William Mollinari Vilchez
Miembro	Dr. Gonzalo Monge Núñez
Miembro	Lic. Federico Torrealba Navas

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **01 de febrero del 2016**, a las 6:00 p.m. en la sala de conferencias del quinto piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director

lcv
Cc: arch. expediente

11 de enero de 2016

Señor Profesor Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación de la Facultad de Derecho, U.C.R.
Presente.

Estimado don Ricardo:

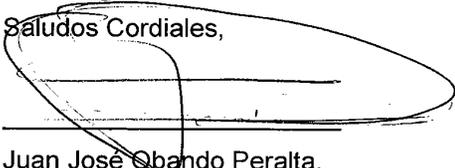
El suscrito, JUAN JOSÉ OBANDO PERALTA, en mi condición de Director de Tesis y miembro del Comité Asesor de la egresada VIVIANA MÉNDEZ VALLE, carné B03880 manifiesto haber terminado la revisión del trabajo final de graduación titulado “EL CRITERIO DE EXTENSION DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL A TERCEROS NO SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL”, en el cual se busca analizar por medio de doctrina y un estudio de laudos arbitrales internacionales; los criterios mediante los cuales un tribunal arbitral puede extender la cláusula arbitral a un tercero quien no suscribió un acuerdo arbitral, mediante teorías de contratación privada y doctrinas internacionales.

A través del trabajo de investigación la autora analiza los principios rectores del arbitraje comercial y el derecho internacional privado y establece cuales de ellos se utilizan o son claves en permitir la extensión de una cláusulas arbitral a un tercero no signatario. Además hace un estudio de los instrumentos legales nacionales e internacionales donde se ha permitido que se de esta figura.

El trabajo de investigación cumple con los objetivos propuesto y prueba negativamente la hipótesis presentada al inicio de la investigación. La presente tesis cumple con el orden y la estructura requerida por un trabajo final de graduación, además que constituye un novedoso aporte.

Según lo antes expuesto, es un gusto aprobar, sin reservas, la tesis de la estudiante VIVIANA MÉNDEZ VALLE, para que pueda defender la misma en la etapa de réplica.

Saludos Cordiales,



Juan José Obando Peralta.

Director.

Gonzalo Monge Núñez

Montes de Oca, 7 de diciembre del 2015

Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director- Área de Investigación
FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica
Presente

De mi atenta consideración:

He fungido como lector del trabajo final de graduación titulado: *"El criterio de extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios en el arbitraje internacional comercial"* que ha elaborado la postulante Viviana Méndez Valle, carné universitario B03880, cédula de identidad número 1-1510-0922.

Se trata de una investigación relevante, sobre un tema actual. Resulta un trabajo importante en el proceso de incorporación al sistema global de comercio, que impone precisar los alcances de los medios de solución alterna de diferencias en materia comercial. Por reunir los requisitos de forma y de fondo exigidos, la apruebo.

Aprovecho la ocasión para saludar al señor Director muy atentamente:


Dr. Gonzalo Monge Núñez
Lector

11 de enero de 2016

Señor Profesor Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación de la Facultad de Derecho, U.C.R.
Presente.

Estimado don Ricardo:

El suscrito, FEDERICO TORREALBA NAVAS, en mi condición de Lector de Tesis y miembro del Comité Asesor de la egresada VIVIANA MÉNDEZ VALLE, carné B03880 manifiesto haber terminado la revisión del trabajo final de graduación titulado " EL CRITERIO DE EXTENSION DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL A TERCEROS NO SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL", y haberla aprobado sin reserva alguna.

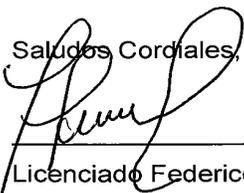
La presente tesis pretende analizar los principios que rigen el arbitraje en conjunto con teorías del derecho internacional privado para entender justificar y explicar cómo procede la extensión de cláusulas arbitrales a terceros quienes no han suscrito un acuerdo arbitral.

Mediante la investigación de este proyecto, que aborda el estudio de laudos de carácter internacional, nacional, y doctrina, la autora logra establecer los criterios de extensión de una cláusula arbitral, y el trabajo concluye cumpliendo con cada uno de los objetivos planteados, así como logra probar negativamente la hipótesis.

El tema que trata dicha tesis resulta reciente, novedoso, y aporta a la doctrina en esta área del derecho. Asimismo, el proyecto de investigación cumple con todos los requisitos que lo convierten en una excelente tesis.

Por lo anterior, se aprueba la tesis de la estudiante VIVIANA MÉNDEZ para que pueda defender la misma en la etapa de réplica.

Saludos Cordiales,



Licenciado Federico Torrealba Navas
Lector

San José, 17 de noviembre de 2015

Señores
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
S.D.

Estimados señores:

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortográfica, puntuación, redacción y vicios del lenguaje de la Tesis de Graduación para optar por el Grado Académico de Licenciatura en Derecho, denominada “**El criterio de extensión de una cláusulas arbitral a terceros no signatarios en el arbitraje internacional comercial**” elaborada por el estudiante Viviana Méndez Valle, por lo tanto, puedo afirmar que está escrita correctamente, según las normas de nuestra Lengua Materna.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de los autores.

Atentamente,

Profesor

Carlos M. Barrantes Ramírez

Filólogo
Cédula 1-0312-0358
Carné afiliado 16308

A mis papás, sin cuyo apoyo este trabajo no hubiera sido posible.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco profundamente a mi Director de Tesis, Juan José Obando, por guiarme e impulsarme con la preparación de este proyecto; ciertamente, sin su dedicación, y apoyo, éste trabajo no hubiera sido posible. Asimismo, le extiendo mis más sinceros agradecimientos a Don Gonzalo Monge, y Don Federico Torrealba por sus invaluable aportes al desarrollo de mi proyecto de investigación.

Le doy las gracias a mis papás, mis abuelos, mi tía, y mi hermana, quienes a lo largo de mi carrera han estado presentes brindándome su apoyo de diversas maneras, pero siempre impulsándome a seguir adelante y a alcanzar mis metas.

A Alejandro, quien es como mi hermano, infinitas gracias por estos últimos seis años; la experiencia universitaria indudablemente no hubiera sido igual sin tenerte como mi mejor amigo. A Andrea, y Fabiola, les agradezco por el cariño y apoyo que me otorgaron desde el primer día de clases.

Le extiendo un efusivo agradecimiento a Rocío quien ha sido un modelo a seguir y quien me ha ayudado a formarme como profesional y como persona. Sin ella, no hubiese descubierto el verdadero sentido de trabajar en equipo, y de dedicación. Asimismo, agradezco a Felipe, Alejandra, Esteban, Gloriana, y Herman quienes siempre han estado presentes durante mis estudios, y quienes me han brindado su apoyo incondicional en todos estos años.

Finalmente, le agradezco a todos mis compañeros y estudiantes de la competencia Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot: Édgar, Víctor, Felipe, Alejandra, Rodolfo, Ericka, José Pablo, María Lucía, Alexander, Jorge Arturo, María Daisy, y Andrea, quienes me han hecho sonreír y aprender junto a ellos durante una de las mejores experiencias de la Universidad.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	XIII
RESUMEN	XVI
FICHA BIBLIOGRÁFICA	XVIII
INTRODUCCIÓN	1
PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN	1
HIPÓTESIS Y OBJETIVOS	3
A. Hipótesis	3
B. Objetivos	3
METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA	4
A. Análisis doctrinario	4
B. Análisis legal y reglamentario	4
C. Análisis jurisprudencial	4
D. Investigación de campo	5
CAPÍTULO PRIMERO	6
ANTECEDENTES DE LA EXTENSIÓN DE CLÁUSULAS ARBITRALES A TERCEROS NO SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL	6
I. El desarrollo histórico del arbitraje internacional comercial y el nacimiento del arbitraje complejo	7
II. El acuerdo arbitral	19
A. El requerimiento de escritura del acuerdo arbitral	23
B. El principio del consentimiento en el arbitraje internacional comercial	25
C. El ámbito del convenio arbitral.....	28
1. Las materias cubiertas dentro del ámbito del convenio	28
2. La arbitrabilidad de la materia.....	29
D. La nulidad, ineficacia, y la inaplicabilidad de ejecución de las cláusulas arbitrales	31
1. La nulidad del acuerdo arbitral	31
2. La ineficacia de las cláusulas arbitrales	32
3. La incapacidad de ejecución de las cláusulas	33
III. Las partes del acuerdo arbitral	34
IV. Conclusiones del capítulo	36
CAPÍTULO SEGUNDO	38
LA EXTENSIÓN DE CLÁUSULAS ARBITRALES A TERCEROS NO SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL	38
I. Desarrollo procesal y jurisdiccional de la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios	39

A.	La naturaleza jurídica del proceso	40
1.	La teoría de la relatividad de los contratos	40
2.	La teoría contractual: la gestión de negocios ajenos	43
3.	La declaración unilateral de la voluntad.....	44
4.	La estipulación a favor del tercero: ‘quien tome el beneficio tome la carga’	45
B.	La competencia jurisdiccional para conocer casos en donde pueda extenderse la cláusula arbitral a terceros no signatarios	48
1.	Los tribunales arbitrales	48
2.	Las cortes.....	50
i.	El artículo 8 de la Ley Modelo de CNUDMI	51
ii.	La consolidación	54
C.	La ley aplicable para determinar la extensión de las cláusulas arbitrales.....	55
1.	La ley designada por las partes.....	56
2.	La posible escogencia de las partes	58
3.	La ausencia de ley: conflicto de leyes	59
D.	El procedimiento para extender la cláusula a un tercero no signatario	60
1.	La solicitud para unir a un tercero al proceso	61
2.	La intervención.....	62
3.	La consolidación.....	63
E.	El rol del principio pro arbitraje en la extensión de cláusulas arbitrales a terceros	64
II.	Desarrollo sustancial y jurisprudencial relativo a los casos en los cuales se da la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios.....	68
A.	La participación y/o aprovechamiento del tercero no signatario en el contrato de las partes signatarias	69
1.	El caso CCI 7155: Norwegian Company v. Three French Companies	69
2.	El caso CCI 11160.....	70
3.	El caso CCI 6195: X, XB, XC & XD v Y	70
B.	Pluralidad de contratos	72
1.	El caso CCI 1434: Multinacional A contra compañía Estado B	72
2.	El caso CCI 8910.....	73
3.	El caso CCI 5281: A v. B, C, D y E	74
C.	La anuencia del no signatario	76
1.	El caso CCI 4131: Dow Chemical v. Isover St. Gobain	77
2.	El caso CCI 7604 y 7610.....	78
D.	El desconocimiento de la personalidad corporativa	79
1.	El caso CCI 3879: Westland Helicopters Ltd (UK) v AOI	79
2.	El caso CCI 5721.....	80
E.	Fraude o constitución fraudulenta de la personalidad corporativa	83
1.	El caso CCI 8385.....	83
2.	El caso CCI 5730: El caso Orri	85
III.	Conclusiones del capítulo.....	86
CAPÍTULO TERCERO	89	
LOS CRITERIOS UTILIZADOS PARA LA EXTENSIÓN DE CLÁUSULAS ARBITRALES A TERCEROS NO SIGNATARIOS.....	89	
I.	El consentimiento	90
II.	El contrato de agencia	91
III.	La incorporación por referencia	93
IV.	La subrogación (assumption)	95
V.	La doctrina de los actos propios	99

VI. La doctrina del grupo de empresas.....	101
A. El concepto de “una misma realidad económica”	102
B. El rol activo de las compañías no signatarias en la constitución, ejecución, o terminación del contrato	103
C. Intención de las partes de considerar el grupo unido por un acuerdo arbitral	104
VII. El levantamiento del velo social o corporativo (alter- ego)	105
A. El concepto de personalidad corporativa.....	105
B. Las circunstancias en que procede el levantamiento del velo social o corporativo.....	108
VIII. Conceptos empresariales sobrevinientes	110
IX. Los criterios de extensión de cláusulas arbitrales en Costa Rica	111
A. Criterios adoptados	113
1. El consentimiento tácito	114
2. La incorporación por referencia	115
3. La subrogación	116
B. Criterios rechazados o inconsistentes	118
1. La doctrina del grupo de empresas	119
2. Incorporación por referencia	120
C. Criterios no mencionados	122
D. El criterio “sui generis” de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia	125
X. Conclusiones del capítulo	129
CAPÍTULO CUARTO	132
CONSIDERACIONES AL EXTENDER UNA CLÁUSULA ARBITRAL A UN TERCERO NO SIGNATARIO: LOS PROBLEMAS EMERGENTES PRODUCTO DE LA EXTENSIÓN	132
I. El problema sustancial del abuso del derecho en el contexto de la falta de consentimiento	133
II. Problemas relacionados con las partes	135
A. La falta de capacidad de las partes	135
B. Contrademanda del tercero demandado.....	136
C. Reclamos masivos	137
III. Problemas relacionados con la cláusula	142
A. Las limitaciones al ámbito del convenio arbitral.....	143
B. Pluralidad de contratos y cláusulas de resolución de disputas	145
1. La extensión de una cláusula arbitral a un contrato que no contiene una cláusula arbitral, y pertenece a la misma cadena de contratos.....	146
2. La extensión de una cláusula arbitral a un contrato que pertenece a la misma cadena de contratos y contiene otra cláusula arbitral compatible	147
3. La extensión de una cláusula arbitral a un contrato que pertenece a la misma cadena de contratos, pero que contiene cláusulas de resolución de disputas distintas de la cláusula.....	148
i. Restricciones expresas: cláusulas de jurisdicción exclusivas.....	149
ii. Carencia de restricciones expresas: la interpretación contractual	151
IV. Problemas relacionados con el proceso	152
A. La designación de árbitros a la hora de la conformación del Tribunal Arbitral	152
B. Procedimientos paralelos y decisiones contrapuestas.....	157
C. La repartición de costos del proceso arbitral en el arbitraje multiparte.....	158
D. El laudo, su reconocimiento y recursos en contra	160
V. Conclusiones del capítulo	165
CAPÍTULO QUINTO	167

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	167
BIBLIOGRAFÍA	176

ABREVIATURAS

AAA	American Arbitration Association Traducción: Asociación Americana de Arbitraje
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCIM	Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 promulgada por la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)
CEPANI	The Belgian Center for Arbitration and Mediation Traducción: El centro belga de arbitraje y mediación
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission Traducción: La Comisión de arbitraje de comercio internacional y económico.
CLOUT	Jurisprudencia disponible en los textos de CNUDMI
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Convención de Nueva York	Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales

	extranjeras de 1958.
Corp.	Corporación
FAA	Federal Arbitration Act Traducción: El Acto federal de arbitraje
GAFTA	Grain and Feed Trade Association Traducción: La asociación de comercio de granos y piensos.
ICCA	International Council for Commercial Arbitration Traducción: Consejo Internacional para Arbitraje Comercial
Infra.	Abajo.
JCAA	The Japan Commercial Arbitration Association Traducción: La asociación de arbitraje comercial japonesa.
LCIA	The London Court of International Arbitration Traducción: La corte de Londres de Arbitraje Internacional
Ley Modelo	La ley modelo de arbitraje internacional comercial promulgada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985 con

reformas del 2006.

Ltd.

Limitada

SIAC

Singapore International Arbitration
Chamber

Supra.

Arriba

UCC

Uniform Commercial Code

Traducción: Código de Comercio
Uniforme

UNCITRAL

United Nations Commission on
International Trade Law

Traducción: Comisión de las Naciones
Unidas para el Derecho Mercantil
Internacional

ZCC

Zurich Chamber of Commerce

Traducción: Cámara de Comercio de
Zurich

RESUMEN

La extensión de cláusulas arbitrales a terceros que no hayan suscrito el acuerdo arbitral constituye uno de los temas más interesantes del arbitraje, pues pone en cuestionamiento el fundamento histórico-legal sobre el cual el proceso arbitral descansa.

Paralelo a la jurisdicción ordinaria, el arbitraje internacional se ha consolidado a lo largo de las décadas como el método principal de resolución alternativa de conflictos, cuya legitimación recae exclusivamente sobre el acuerdo entre partes. Dicho acuerdo consensual se pone en evidencia cuando se plasma una cláusula arbitral. El problema nace, consecuentemente, cuando un tercero no suscribe dicho acuerdo. En respuesta a este problema, el derecho ha labrado teorías basadas en los principios de la contratación privada y los componentes de la realidad empresarial desde las cuales se faculta a un tribunal por extender el convenio arbitral en un contrato a un tercero que no lo ha suscrito en el sentido literal.

En este tenor, fue que nace esta investigación, y plantea la hipótesis que un tribunal arbitral o una corte únicamente accedería a extender una cláusula arbitral a un tercero no signatario cuando pudiese presumir el consentimiento del tercero por arbitrar la disputa.

Adicionalmente, el objetivo general pretendía identificar cuál era el criterio oportuno para extender una cláusula arbitral a un tercero y los cuatro objetivos específicos obedecían a analizar el desarrollo histórico, procedimental, y sustancial del arbitraje multiparte, así como establecer cuáles eran los requisitos para que floreciera éste, los problemas asociados al proceso, y el rol que jugaba la presunción pro arbitraje en la extensión.

El proyecto se abordó mediante la utilización de una metodología descriptiva-analítica, la cual ayudó a dividir la presente en cinco capítulos.

Al inicio, la tesis efectúa un análisis histórico-procedimental y jurisprudencial del desarrollo del arbitraje multiparte. El fruto de este compendio puso en evidencia lo

siguiente: que el consentimiento es la base del proceso arbitral y que la característica principal del arbitraje es la flexibilidad procesal en adecuarse a las necesidades comerciales de la época con soluciones de justicia y equidad. Asimismo, fue a través de este estudio que se identificaron las circunstancias en las cuales se ha solicitado la extensión de una cláusula, lo que facilitó el estudio de los criterios invocados para la extensión.

Seguidamente, se analizaron los criterios que permiten la extensión de cláusulas a terceros, lo que finalmente permitió probar negativamente la hipótesis, al constatar que un órgano jurisdiccional podrá extender una cláusula arbitral a un tercero no signatario, aún ante la ausencia del consentimiento cuando por consideraciones de equidad y justicia la extensión logre evitar un abuso del derecho.

Desde este mismo análisis, se llegó a afirmar que no existe un criterio idóneo de cómo proceder a extender una cláusula arbitral a un no signatario, pues cada caso presenta una gama de situaciones distintas. En este sentido, la elección del criterio que permita la extensión de la cláusula arbitral se verá influenciada por un conglomerado de supuestos, incluyendo la ley aplicable a la cláusula arbitral, la situación que requiera la participación del tercero, y los problemas que puedan nacer producto de dicho proceso, los cuales pueden conllevar a la anulación o el no reconocimiento del laudo.

Consecuentemente, la investigación aborda el estudio del arbitraje multiparte con respecto de no signatarios, pero también, pone en evidencia la importancia de balancear el consentimiento con las consideraciones de equidad y justicia, propias del proceso arbitral.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Méndez Valle, Viviana. El criterio de extensión de una cláusula arbitral a terceros no signatarios en el arbitraje internacional comercial. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2016. xv y 199.

Director: Juan José Obando Peralta

Palabras claves: abuso del derecho, arbitraje, arbitraje internacional comercial, arbitraje multiparte, cláusula arbitral, contrato de agencia, derecho comercial, derecho de la contratación privada, derecho internacional, doctrina del grupo de compañías, doctrina de los actos propios, ejecución de laudos, principio pro arbitraje, reconocimiento de laudos, subrogación legal en materia de arbitraje.

“L’extension de la convention d’arbitrage à des sujets ou parties qui ne l’ont pas signée initialement constitue, sans aucun doute, l’un des sujets les plus intéressants et fondamentaux du florissant monde de l’arbitrage contemporain et, notamment, de l’arbitrage international.”¹

(Correa Delcasso 2011)

¹ En su artículo titulado “[I]’extension de la Convention d’Arbitrage aux Parties non Signataires: Analyse de la Doctrine de la Cour Internationale d’Arbitrage de la CCI au Regard de la Jurisprudence Française et Espagnole,” el autor establece que: “la extensión de las cláusulas arbitrales a sujetos o partes que no han firmado el convenio arbitral inicialmente, constituye, sin duda alguna, uno de los sujetos más interesantes y fundamentales de el mundo floreciente del arbitraje contemporáneo, y notablemente, del arbitraje internacional.”

INTRODUCCIÓN

PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo final de graduación se titula “*El criterio de extensión de una cláusula arbitral a terceros no signatarios en el arbitraje internacional comercial*”. La investigación aborda el problema que surge durante el proceso arbitral cuando una de las partes de la disputa no es signataria de una cláusula arbitral, mas debe ser unida al proceso.

El consentimiento es la piedra angular del arbitraje, y sin él, el proceso carecerá de validez(Park 2009, 1). Para demostrar el consentimiento de las partes a arbitrar, es necesario que éstas se hayan suscrito a un acuerdo arbitral, ya sea mediante la incorporación de una cláusula de arbitraje o la conformación de un acuerdo de sumisión (Caso ZCC 1994). Las partes que no han firmado un acuerdo arbitral no podrán participar en el proceso(Banque Arabe et Internationale d'Investissement v. Inter-Arab Investment Guarantee Corp. 1994).

Sin embargo, actualmente, las transacciones económicas y mercantiles modernas suelen ser complejas e involucran grupos de empresas, *holdings*, subsidiarias, agentes, representantes,² y demás. Es por ello que en múltiples ocasiones no todas las partes involucradas en la compraventa internacional son signatarias de un acuerdo arbitral (Del Castillo Elorza 2008, 61). Lo anterior, sucede con más frecuencia cada día, con la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) estimando que una tercera parte de los arbitrajes llevados por la institución son arbitrajes que involucran a múltiples partes (Hanotiau 2006, 104).

Dicha coyuntura presenta una gran dificultad para un tribunal arbitral a la hora que surgen las disputas, pues no es claro cuáles son las partes que deberán verse obligadas a arbitrar(Hanotiau 2006, 7). Esta incertidumbre, o la posible negativa de incluir a terceros en el proceso, puede repercutir gravemente sobre alguna de las partes de la disputa, pues en ocasiones la participación del tercero es fundamental para probar un punto determinado en el caso.

² Para leer más sobre estas modalidades de empresas y sus definiciones, ver página 103 *infra*.

Ante ello, los tribunales arbitrales y las leyes de cada país han ideado reglas para dirimir quiénes han consentido al arbitraje, y así poder obligar a terceros no signatarios por apersonarse al proceso mediante lo que se denomina ‘la extensión de la cláusula arbitral’(Hanotiau 2006, 8)(Park 2009, 2).

El problema radica en que estas reglas no son siempre claras y presentan grandes complejidades si son mal empleadas, pues ante la falta de consentimiento de las partes se podrá decretar la nulidad del laudo o las cortes podrían denegar su ejecución y reconocimiento (ver artículo 34 de la Ley Modelo de CNUDMI y artículo V de la Convención de Nueva York). Por ejemplo, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia es inconsistente, y no se ha logrado establecer con certeza el criterio por seguir (ver *infra* Capítulo II).

La popularidad creciente del arbitraje como método favorito de resolución alternativa de disputas en combinación con la necesidad de establecer un criterio claro que facilite la práctica del arbitraje complejo, ha resultado como la principal motivación para la elaboración de este proyecto. Con éste se pretende, por ende, aportar a la comunidad del arbitraje internacional comercial y a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, una respuesta ante la problemática del arbitraje complejo al contribuir en una facilitación a la hora de escoger un criterio que permita la extensión de una cláusula.

HIPÓTESIS Y OBJETIVOS

A. Hipótesis

Con base en el anterior planteamiento y justificación se ha definido como hipótesis para la siguiente investigación la siguiente afirmación:

Un tribunal arbitral o una corte únicamente accederá a extender una cláusula arbitral de un contrato a terceros no signatarios cuando pueda presumir el consentimiento del tercero.

B. Objetivos

En la presente investigación, se ha definido un objetivo general y cuatro objetivos específicos.

OBJETIVO GENERAL

1. Determinar cuál debe ser el criterio del que parten las cortes y los tribunales arbitrales para extender una cláusula arbitral a terceros no signatarios en el arbitraje internacional comercial.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Identificar cuáles son los antecedentes históricos y requisitos fundamentales del arbitraje multiparte.
2. Analizar el desarrollo procesal y sustancial del arbitraje complejo relacionado con la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios del contrato.
3. Establecer cómo los tribunales arbitrales deben abordar el tema de la presunción pro arbitraje para extender una cláusula arbitral a un tercero no signatario.
4. Estudiar los problemas que pueden surgir producto de la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios, incluyendo la validez y ejecución del laudo.

METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA

El presente trabajo de investigación se basa en una metodología descriptiva analítica que se apoya en los siguientes métodos de trabajo:

A. Análisis doctrinario

Este se realizará con base en el estudio de lo que han aportado, sobre la materia, los autores que mayor desarrollo han dado al tema en cuestión. Con base en esto, se tendrá una amplia perspectiva sobre lo que es el arbitraje internacional y sobre todo sobre los criterios que se han adoptado sobre la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios. Las fuentes que se utilizarán para este análisis serán libros, revistas, artículos, e información confiable encontrada en Internet como lo son documentos electrónicos.

B. Análisis legal y reglamentario

El análisis legal sobre el cual se basará este proyecto será sobre la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, dado que dicha ley es la más utilizada a nivel mundial como base o modelo para las leyes domésticas de arbitraje. A su vez, se tomarán los criterios adoptados por las reglas de las distintas Cámaras Arbitrales como la Cámara Internacional de Comercio (CCI), el Centro Chino de Arbitraje Internacional (CIETAC), la Cámara de Comercio de Milán, la Cámara de Comercio Belga (CEPANI), el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC), entre otros.

C. Análisis jurisprudencial

Este análisis se basará en un estudio analítico de laudos arbitrales en los cuales se haya lidiado con temas de extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios, o en la ejecución de estos, sobre todo a nivel internacional. A su vez, se tomará la jurisprudencia dictada por cortes nacionales incluyendo, por ejemplo, fallos dictados por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

D. Investigación de campo

Esta se basará en indagar la forma en como se han pronunciado los tribunales arbitrales en Costa Rica con respecto del tema en cuestión. Asimismo, se investigará la situación actual en Costa Rica y se entrevistará a profesionales en derecho o profesionales relacionados con el arbitraje. Se visitaran los centros arbitrales del país con la esperanza que puedan brindar ayuda en este tema.



CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LA EXTENSIÓN DE CLÁUSULAS ARBITRALES A TERCEROS NO SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL

“Once men begin to live and trade together, inevitably various forms of adjudication emerge. It follows from the above that the submission of disputes to independent adjudication is a form of ordering human society as old as society itself.”

(Noussia 2010)

El arbitraje internacional comercial³ es un método de resolución alternativa de conflictos (Fouchard, L'arbitrage commercial international 1965, ¶11). En él, las partes del proceso acuerdan someter disputas comerciales ante un tribunal privado que ellas mismas escogen, a menudo mediante el nombramiento de uno o más árbitros (Collot y Debeaud 1991, 3)(Dutoit 1982, 17)(Fouchard, Gaillard y Goldman 1999, 26).

Actualmente, el arbitraje puede existir únicamente dentro de un marco que lo regule y le brinde efectividad a sus resoluciones, tanto en el marco nacional como internacional (González de Cossío, Evolución del Arbitraje Internacional Comercial n.d., 21). Es por ello que la ley y la jurisprudencia interna de cada estado constituye la base indispensable para la estructura de éste (Carbonneau 1984, 727).

³ La expresión “arbitraje internacional comercial” se encuentra en la Convención Europea firmada en Ginebra el 21 de abril de 1961, y en la Ley Modelo adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).(Fouchard, Gaillard y Goldman, International Commercial Arbitration 1999) Por el término arbitraje internacional ha de entenderse el concepto brindado por el artículo 1 de la Ley Modelo de CNUDMI. “El Artículo 1 (3) (a) define el arbitraje como internacional si “las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes”. Por su parte, el Artículo 1 (4) prevé la orientación en situaciones donde “un partido tiene más de un lugar de negocios o donde una parte no tiene un lugar de negocios.” (UNCITRAL 2012 Digest on Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration 2012)Por el término comercial debe interpretarse este “en sentido amplio de manera que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, contractual o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, pero no están limitadas a, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdo de distribución; representación o agencia comercial; factoring; arrendamiento; construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; la inversión; financiamiento; bancario; los seguros; acuerdo de explotación o concesión; empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías y de viajeros por aire, mar, ferrocarril o carretera(UNCITRAL 2012 Digest on Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration 2012).”



Por consenso de la comunidad internacional,⁴ el arbitraje se construye del consentimiento de las partes de arbitrar sus disputas y no someterlas ante las cortes nacionales (Moses 2008, 2). Sin embargo, hoy nos encontramos procesos arbitrales en los cuales no todas las partes están de acuerdo con arbitrar sus diferencias y renunciar a su derecho de acudir a las cortes competentes (Hanotiau 2006, 3).

Para comprender los antecedentes que dan paso al surgimiento de esta nueva modalidad de arbitraje en el cual se permite que aquellas partes que no hayan consentido al arbitraje se vean obligadas a unirse al proceso arbitral (llamado arbitraje complejo), es importante recalcar la trayectoria histórica de este método de resolución alternativa de conflictos, los principios que lo regulan, y las partes que lo conforman.

I. EL DESARROLLO HISTÓRICO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL Y EL NACIMIENTO DEL ARBITRAJE COMPLEJO

El arbitraje es un sistema de justicia que nace del comercio, por lo que se podría argumentar que su existencia origina con la aparición del mismo⁵(Roebuck 1998). En cuanto a los métodos de resolución alternativa de conflictos, se sabe que estos se remontan hasta la antigüedad. Los estudios antropológicos y sociológicos demuestran las costumbres de varias civilizaciones tribales que desde el principio de los tiempos solucionaban sus diferencias mediante el sometimiento a métodos alternativos de conflictos⁶(Barret y Barret 2004, 2). Sin embargo, a diferencia de hoy, en

⁴ Ver artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York) y Artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985 con enmiendas del 2006. Paralelamente puede leerse el artículo 7 de la Ley No. 8937 del 27 de abril de 2011 de la República de Costa Rica titulada “Ley sobre arbitraje internacional basada en ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”.

⁵ En virtud de la carencia de records por escrito, es imposible saber con certeza cual fue la primera manifestación de un procedimiento de resolución alternativa de conflictos similar al arbitraje (Blackaby, Partasides, Redfern, & Hunter, 2009 p. 4).

⁶ Ejemplo de ello son las tribus de las islas con descendencia Polinesia, las cuales usaban métodos tradicionales para resolver sus disputas. Dentro de ellos se cita la práctica hawaiana conocida como el *ho’oponopono*, en el cual los miembros de la familia se reúnen para resolver sus conflictos bajo la dirección de un guía líder. De igual forma, se ilustran las tribus bosquimanas de Kalahari, quienes han adoptado estas prácticas desde hace 1500 años (Barret & Barret, 2004).



la antigüedad el arbitraje no era regulado por leyes o regulaciones nacionales (Onyema, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract* 2010, 2).

Registros escritos que datan desde el año 1800 a. C., en el Reino de Mari⁷ constatan que allí se utilizaba el arbitraje y la mediación para resolver conflictos con otros estados (Barret y Barret 2004, xxv). Asimismo, la mitología griega que aparece desde el año 800 a. C., presenta los primeros casos de resolución de conflictos entre los dioses griegos en los cuales estos nombraban a un tercero para resolver sus controversias. Dentro de ellas se encuentra la disputa entre Hera y Poseidón por la propiedad de Argólida (también llamada Argos), en la cual tres árbitros adjudicaron la propiedad en su totalidad a Hera⁸ (Born, *Introduction to International Arbitration* 2010).

En las tradiciones judía y cristiana, el Antiguo Testamento de la Biblia o la *Torá* narra ejemplos en los cuales las personas accedieron a someter sus disputas a terceros para que estos decidieran por ellos. Tal fue el caso del Rey Salomón, cuando este resolvió la disputa entre dos mujeres por un bebé⁹(I Kings)(Barret y Barret 2004, xxv). De hecho, muchos consideran a Salomón como el ejemplo del 'primer árbitro'(Xavier 2010, 1)

Propiamente, las primeras codificaciones que regulaban la práctica de resolución alternativa de conflictos aparecen cerca de 2100 a. C. con la promulgación del Código de Hammurabi¹⁰. El

⁷ Mari se le llamaba a uno de los asentamientos utilizados por los sumerios circa 2500 antes de Cristo. Se ubicaba en el medio del Éufrates, cerca de Mesopotamia, en lo que hoy conocemos como Siria (Wagner, 1999 p. 84).

⁸ Argos era una ciudad mítica ubicada en el Peloponeso, y una de las ciudades favoritas de la Diosa Hera. Poseidón disputó con Hera por ser el patrón de Argos. Ante la disputa los dioses acuden a Zeus quien nombró tres dioses del río para arbitrar la disputa. Los árbitros le otorgaron el patrocinio a Hera (Barnes Selvin, 2006 p. 400).

⁹ Comúnmente referido como el juicio de Salomón, el mismo describe el recurso utilizado por el Rey Salomón para resolver la disputa entre dos mujeres por un bebé. Una de las madres tenía un hijo fallecido y la otra vivo, pero ambas alegaban ser las madres del niño vivo. Las mujeres le piden ayuda a Salomón quien ofrece solucionar el problema partiendo el niño en dos. Ante ello la verdadera madre manifiesta que prefiere que le den el niño a la otra mujer, y con base en ello, Salomón logra identificar quien es la verdadera progenitora del infante (3:16-28, I Kings, 1994).

¹⁰ El Código de Hammurabi es el texto sobreviviente más largo del período babilónico antiguo. Su contenido es de gran importancia en materia legal, inclusive más que su predecesores como el Código Ur-Nammu. Compuesto por 282 leyes, talladas en cuarenta y nueve columnas en una estela des basalto, el Código aborda una variedad de cuestiones que se derivan de los asuntos civiles, penales y comerciales (Xavier, 2010).



Código Sumerio fue promulgado en Babilonia y establecía la posibilidad del soberano de administrar justicia mediante el arbitraje (Xavier 2010, 2)(Johnston 2008, 195). Ulterior al Código Hammurabi, en el año 800 a. C. con la llegada de las codificaciones bizantinas, aparecen otras regulaciones a la resolución alternativa de conflictos. Dentro de éstas cabe destacar la *lex Rhodia*, que sirve como el primer antecedente al derecho marítimo, y la cual regulaba las reglas tradicionales para determinar la responsabilidad por la pérdida del cargo en el mar, y la posible solución mediante resoluciones alternativas de conflictos (Barret y Barret 2004, xxv)(Duhaimé 2008). Si bien, el texto de la Ley Rhodia no sobrevivió, su contenido se menciona en el libro 2, título 7 de la *Opinion Julius Paulus* (Duhaimé 2008).

Con la aparición del derecho romano surgen nuevas regulaciones de métodos de resolución alternativa de conflictos. En el derecho romano, el autor Wolaver afirma que “*era común entre los romanos poner fin a un litigio por medio de arbitraje*” (Wolaver 1934, 132). Específicamente, en las Doce Tablas, existían disposiciones relativas al nombramiento de ‘árbitros’ para resolver controversias e inclusive “*la tabla IX-III imponía la pena de muerte al árbitro que hubiera recibido dinero para pronunciar su sentencia*”(Bravo Peralta 2002 , 51).

Aún existiendo estas disposiciones, los romanos adoptaron una actitud relativamente indiferente ante el arbitraje privado, pues el laudo emanado carecía de algún efecto legal. Para solucionar este problema, los romanos debían asumir un doble compromiso (conocido como un *compromissum sub poena*¹¹), en el cual se realizaba una promesa de arbitrar y otra promesa de pagar la pena si el acuerdo arbitral o el laudo arbitral no eran honrados. De dicha forma, si bien, las cortes romanas no ejecutaban los laudos o los acuerdos arbitrales, sí se veían forzados por cumplir con la obligación del pago de la pena(Blackaby, et al. 2009, 6).

Otras comunidades que no adoptaron el derecho romano no se vieron excluidas de la implementación de prácticas similares al arbitraje. La sociedad judía desarrolló un sistema de arbitraje para manejar las disputas dentro de su comunidad. En la tradición judía, el concepto de

¹¹ (Del Latín) *Compromissum* se traduce a una “mutual promesa”, y *sub poena* se traduce a “bajo pena”.



compromiso y de resolución de conflictos era muy valorada y servía como un estímulo sumado de las negociaciones y la mediación (Barret y Barret 2004, xv). Por su parte, los habitantes de la península arábiga solucionaban sus disputas en la Arabia pre-islámica mediante un proceso similar al arbitraje. Este era un proceso voluntario basado primordialmente en la voluntad de las partes en el cual se llegaba a un acuerdo privado y era moderado por la autoridad de la comunidad, generalmente, un Sheik (Majeed 2004)(Blackaby, et al. 2009, 5). Asimismo, en la India, las comunidades desarrollaron los “Panchayat”¹² quienes eran los encargados de resolver las disputas privadas de los miembros de cada comunidad mediante procedimientos similares al arbitraje (Agarwal n.d., 1). Finalmente, en países europeos como Inglaterra, los comerciantes empezaron a recurrir a la adjudicación fuera de las Cortes Reales desde años tan tempranos como 1224d. C. (Massey Jr. n.d., 1)

Si bien, la práctica del arbitraje era utilizada en estas civilizaciones, la consolidación y fortalecimiento del arbitraje como método de resolución alternativa de conflictos no se da hasta la llegada del Medioevo con la aparición del comercio internacional¹³ y el derecho comercial (Barrera Graf n.d., 11) (Mustill 1989).

En el Medioevo existía una conexión sólida entre las finanzas y el comercio; y las transacciones comerciales se realizaban comúnmente mediante términos de crédito como letras de cambio (Noussia 2010, 11). Al intensificarse el comercio, el carácter de las cortes no se adaptó a las necesidades de éste y se debió establecer otros métodos para solucionar las disputas comerciales.

En Inglaterra, las razones por las cuales el carácter de la Corte Real no se adaptó a las necesidades del comercio fueron varias. En primer lugar, las cortes estaban principalmente interesadas en las disputas por la tierra y en la resolución de conflictos que podían perjudicar la paz del rey. Asimismo, los contratos, los créditos comerciales, y las deudas contraídas en el extranjero y debidas por y para los extranjeros eran casi totalmente inaplicables a los reglamentos de las cortes

¹² (Del Hindi) Consejo electivo de la aldea en India o en Pakistán (Babylon Ltd.).

¹³ Por comercio internacional, el autor Tacsan establece que ha de entenderse el intercambio de bienes o servicios entre dos o más países o zonas económicas (Tacsan Chen 2007, 4).



por lo cual no eran de mucha utilidad para los comerciantes. Finalmente, las cortes no tenían un procedimiento expedito para las necesidades de los comerciantes, quienes con frecuencia debían de movilizarse de feria en feria y necesitaban una respuesta pronta (Noussia 2010, 12).

Ante dicha problemática las comunidades comerciales se aliaron en gremios que tenían como fin velar por las prácticas justas del comercio (Wolaver 1934, 133). Dichos gremios acordaron en crear tribunales especiales, es decir, tribunales de los municipios y de las ferias con el fin de resolver las controversias que surgían en el mundo del comercio local e internacional (Noussia 2010, 11). En Francia estos tribunales recibieron el nombre de *pied poudreaux* (Rees 2010, 3).¹⁴ Los tribunales constituidos en la época se asemejan a lo que hoy denominamos tribunales *ad hoc* (González de Cossío 2004, 25). La utilización de ellos se continuó por varios siglos, y es quizás el antecedente más importante a la aparición del arbitraje internacional comercial moderno.

Conforme pasaron los años y se dio la colonización de los distintos continentes, las colonias, también, comenzaron por utilizar las prácticas ya desarrolladas por sus conquistadores. Por su parte, las colonias estadounidenses implementaron las prácticas arbitrales entre mercaderes pues eran más efectivas que las cortes de la época (Noussia 2010, 13). Así también, el primer presidente de Estados Unidos George Washington incluyó una cláusula arbitral en su testamento¹⁵. De igual forma, en la India se adoptaron disposiciones como las Regulaciones de Bengal que contemplaban el arbitraje como un método de resolución alternativa de conflictos (Xavier 2010, 2). Como en Inglaterra, los tribunales en estas colonias eran preponderantemente de tipo *ad hoc* y todavía no existía una noción de institucionalización del arbitraje.

¹⁴*Pied poudreaux* (del francés) significa pies sucios, y remitía a las cortes que resolvían los problemas de los comerciantes y no la aristocracia. En Inglaterra se adoptó una traducción del nombre a Court of Piepowders en la cual se cumplía la misma función (Rees, 2010).

¹⁵ El primer presidente de Estados Unidos, George Washington inclusive incorporó una cláusula arbitral en su testamento. Esta lee: “*But having endeavored to be plain, and explicit in all the Devises, even at the expense of prolixity, perhaps of tautology, I hope, and trust, that no disputes will arise concerning them; but if, contrary to expectation, the case should be otherwise, from the want of legal expression, or the usual technical terms, or because too much or too little has been said on any of the Devises to be consonant with law, My Will and direction expressly is, that all disputes (if unhappily any should arise) shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and good understanding; two to be chosen by the disputants, each having the choice of one, and the third by those two. Which three men thus chosen, shall, unfettered by Law, or legal constructions, declare their Sense of the Testator’s intention; and such decision is, to all intents and purposes to be as binding on the parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States*” (Peter Berger, 2012)



Para finales del siglo XVII, el arbitraje ya era un método importante de resolución alternativa de conflictos en Inglaterra y Europa. De hecho, en Francia desde 1556, con la promulgación del decreto titulado *L'Ordonnance de Moulins*, se le obligaba a los mercaderes a solucionar sus disputas comerciales mediante el arbitraje (Noussia 2010, 14). Sin embargo, había tres problemas fundamentales con el arbitraje de esta época. Primero, el acuerdo de arbitrar era un acuerdo revocable. Por ello, era fácil frustrar los intentos de arbitrar y la revocatoria podía tornar el proceso en uno largo y costoso. El segundo problema, estrechamente ligado al primero, era que la parte actora podía iniciar los procedimientos donde quisiera. En caso que se iniciara el procedimiento en las cortes la parte demandada debía someterse a la jurisdicción de las cortes; algo que se había querido evitar. El tercer problema, y posiblemente el más importante, era que las resoluciones emitidas por los tribunales arbitrales no podían ejecutarse (Mustill 1989, 3).

Añadido a estos inconvenientes, Inglaterra, Europa, y luego el mundo se vieron impactados por un auge en el comercio producto de lo que, eventualmente, desembocaría en la revolución industrial¹⁶(Rees 2010, 3). El auge del comercio significó grandes problemas comerciales y empresariales a los que las cortes no pudieron hacerles frente.

Inglaterra, al ser el centro de la época del comercio, contrarrestó las debilidades del sistema rápidamente y, eventualmente, las reconoció y tomó medidas para corregirlas mediante la proclamación en 1854 del “Common Law Procedure Act”(Mustill 1989, 3). Con este acto, las Cortes Inglesas podían remitir al arbitraje cualquier controversia en la cual se hubiese acordado arbitrar (Noussia 2010, 12). Asimismo, las Cortes podían intervenir en el proceso para subsanar

¹⁶ En Estados Unidos durante los años liderando a la revolución industrial, las grandes corporaciones se opusieron cada vez más la política de resolver conflictos ante las cortes. De igual forma, los empleados, generalmente los recolectores de algodón constantemente pedían un método para solucionar controversias generalmente asociadas al pago de una manera más expedita. Todas las partes argumentaron que demasiadas relaciones comerciales valiosas estaban siendo destruidas a través de años de litigio caros, en tribunales cuyas reglas diferían sustancialmente de las normas y convenciones propias de los comerciantes y empresarios. El arbitraje se promovió como un método más rápido, más barato, y menos conflictivo. Esto eventualmente desembocó en la adopción del Arbitration Act de 1800 (Mantoux, 2013 p. 460-63).



cualquier problema del proceso, y a su vez, utilizaban sus poderes para hacer la ejecución del laudo obligatoria para las partes (Mustill 1989, 3).

A pesar de su innovación de la época, el *Common Law Act* pronto resultó ser ineficiente. El auge considerable de disputas comerciales fruto de la revolución industrial creó la necesidad en Inglaterra de tener legislación y tribunales arbitrales más actualizados y de institucionalizar aún más la figura del arbitraje. El descontento de la comunidad mercantil impulsó a que en 1883, por ejemplo, el “*Court of Common Council of the City of London*” (Corte del Consejo Común de Londres) instaurara un comité para considerar el establecimiento de un tribunal arbitral que resolviera las disputas transnacionales que nacieran desde el ámbito de la ciudad. Pocos años después de la inauguración de dicho Tribunal, el Comité estableció lo siguiente en su revisión:

“This Chamber is to have all the virtues which the law lacks. It is to be expeditious where the law is slow, cheap where the law is costly, simple where the law is technical, a peacemaker instead of a stirrer-up of strife”(Rees 2010, 3)

Con ello, se comienza a ver la institucionalización del procedimiento arbitral pues ya existe una institución organizada por el Estado que es independiente de las cortes y que lleva los arbitrajes.

Los ingleses continuaron adecuando su legislación y en 1889 nace el “*Arbitration Act*” en el cual se consolida un código sistemático que reguló el arbitraje como una alternativa a las cortes, y no un rival de ellas (Noussia 2010, 13). El *Arbitration Act* minimizó la intervención de las Cortes en los procesos arbitrales y fortaleció la autonomía de las partes por arbitrar sus disputas en vez de litigarlas. Dicha legislación fue modificada numerosas veces en una serie de actos de arbitraje en 1950, 1975, 1979, y finalmente en 1996, cada uno aportando importantes hitos. Por ejemplo, el *Arbitration Act* de 1979 por primera vez prohíbe a las Cortes corregir errores de los laudos en cuestiones de hecho, y únicamente, permite la anulación del laudo en cuanto a derecho (Mustill 1989, 4). Al adecuar la legislación a las necesidades comerciales se incorpora permanentemente el arbitraje como un método de resolución de conflictos propio del ordenamiento del estado.



Para finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el arbitraje había avanzado considerablemente, pero todavía le hacía frente a dos obstáculos: la carencia de confianza en la justicia del sistema (Noussia 2010, 13) y la intervención exacerbada de las cortes nacionales.

Para subsanar el primer problema, los varios países crearon legislación e instituciones que regulaban la práctica del arbitraje. En Estados Unidos se creó el *American Arbitration Association*¹⁷ en 1926 y el *American Bar Association* en 1920 (Noussia 2010, 13). Igualmente, en 1919 la comunidad mundial internacional creó la Cámara Internacional de Comercio (CCI) que ha sido hasta hoy una fuerza mayor para la promoción del arbitraje como un mecanismo expedito para las disputas comerciales (Rees 2010, 4). Adicionalmente, ésta aprobó legislación uniforme que facilitara la solución de controversias internacionales y la ejecución de los laudos en distintos países. Por ejemplo, en 1958 nace la Convención de Nueva York, y en 1985, con la conformación de la Escuela del Arbitraje Internacional, surgió la Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial (también, referida como ley modelo de CNUDMI) (Rees 2010, 4) (Sanders 1987, 9). Se pretendía que la creación de instituciones y legislación que contara con el apoyo y vigilancia de la comunidad internacional fortalecería la credibilidad del arbitraje como un método seguro y justo de resolución alternativa de conflictos.

En cuanto al segundo problema, los países adoptaron leyes internas al igual que disposiciones internacionales que limitaban la intervención estatal en el procedimiento arbitral. La Ley Modelo de CNUDMI sirvió como un precedente histórico que trató de circunscribir la intervención de las Cortes en instancias limitadas a lo dispuesto por su artículo quinto que lee:

“Artículo 5: Alcance de la intervención del tribunal

En los asuntos que se rijan por la presente ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.”

¹⁷ La AAA es una organización sin fines de lucro que fue fundada en 1926 por la fusión de la Sociedad de Arbitraje de América y la Fundación de Arbitraje para proveer soluciones alternativas a controversias y evitar los procedimientos de las Cortes Civiles.



Específicamente, la Ley Modelo prevé la participación de las cortes en los siguiente casos. En primera instancia, se comprende cuestiones de nombramiento, recusación y terminación del mandato de un árbitro dispuesto en los artículos 11, 13 y 14. Asimismo, la corte podrá intervenir al solucionar la jurisdicción del tribunal arbitral dictada por el artículo 16 y el establecimiento de la impugnación del laudo arbitral en el artículo 34. De igual forma las cortes podrán intervenir en cuestiones de asistencia judicial en la recepción de pruebas de conformidad con el artículo 27, al igual que con el reconocimiento del acuerdo de arbitraje, la ejecución de las medidas cautelares, y los laudos arbitrales (artículos 8, 9, 17 H, I, J 35 y 36). La gran aceptación de esta ley por la comunidad internacional¹⁸ ha unificado el consenso de los países en cuanto a la limitación de la intervención judicial en los procesos lo cual ha ayudado a que el arbitraje se consolide como una institución independiente y respetable aparte de las cortes. De hecho, en la actualidad numerosas cortes han fortalecido la noción que la intervención de las cortes en el proceso arbitral deberá ser de carácter mínimo¹⁹.

Con la aceptación de la Ley Modelo, el mundo ha presenciado un cambio en el carácter de las distintas jurisdicciones hacia el arbitraje. En el comienzo de la década de los ochenta, existían todavía muy pocos ordenamientos jurídicos que presentaban un clima agradable para arbitrar, con la mayoría de los países asumiendo actitudes hostiles contra el arbitraje. Por ende, la ley no solo vino a unificar el proceso arbitral en el mundo, sino también, creó un panorama favorable²⁰ para los procesos por venir.

Adicionalmente, conforme esta ley fue modificada en el año 2006 mediante su artículo 2A, vino a propiciar la interpretación internacional de dicho cuerpo normativo. Este artículo fue de suma

¹⁸ Actualmente, la Ley Modelo de CNUDMI ha sido implementada en el derecho interno de sesenta y nueve diferentes estados.

¹⁹ Las cortes han enfatizado continuamente el carácter excepcional de los recursos en el arbitraje, ya que las cortes deberían, en principio, no interferir con la decisión del tribunal arbitral. Ver: CLOUT case No. 16 (Quintette Coal Ltd v. Nippon Steel, 1990)

²⁰ Hoy en día, la mayoría de los países incluyendo Estados Unidos, Francia, Italia, Suiza, Inglaterra, y Alemania, han adoptado una postura favorable al arbitraje, inclusive adoptando una presunción *pro arbitraje*, que significa que en caso de duda antes que querían las partes de un proceso que incorporar una cláusula, se arbitraré y no se litigaré ante las cortes (Born, International Commercial Arbitration, 2008 p. 1081-82).



importancia pues estableció el marco mediante el cual esta ley debería ser leída, y el “espíritu” de ésta. Este reza lo siguiente:

“Artículo 2 A. Origen internacional y principios generales

1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley.”

La importancia de dicho artículo es que favorece la interpretación liberal e internacional de los preceptos y definiciones contenidos en la ley, en el sentido que obliga al árbitro o al juez a aplicar conceptos internacionales y no domésticos. Por ejemplo, en Hong Kong, las definiciones del acuerdo arbitral contenidas en la regla número 7 de la ley modelo han posibilitado el hecho que se interprete la definición del acuerdo arbitral de una manera más liberal, aceptando desemejantes modelos de acuerdos y no limitándose a la definición taxativa que establece la ley doméstica de esta región autónoma (Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional 2012, 15). En este sentido, la aplicación de la ley modelo sirvió no solo para solucionar un problema de confianza en el sistema y para limitar la intervención de las cortes, pero para también, crear un entendimiento de cómo debería interpretarse lo que es regido por el derecho internacional.

En Costa Rica, nuestra Asamblea Legislativa decidió adoptar una ley de arbitraje internacional la cual es copia casi exacta de la opción primera de la ley modelo de CNUDMI²¹, y ésta recibió el número ochenta y nueve treinta. A diferencia de la ley modelo, la ley 8937, también conocida como ley LACI, contiene dos artículos agregados los cuales se refieren sobre el tema de

²¹ Ver *infra*, para mayor clarificaciones sobre las dos opciones de la Ley Modelo de CNUDMI.



arbitrabilidad, y de confidencialidad en el proceso arbitral (Obando Peralta n.d.). Mientras que dicha ley se encuentra vigente desde el 25 de mayo de 2011, hasta la fecha, sin embargo, solo ha sido utilizada dos veces, pues en todos los demás casos se ha utilizado la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos (ley RAC).

En las últimas décadas se ha presenciado el auge en el estudio del arbitraje, inclusive con la promulgación de actividades universitarias relacionadas al mismo (Rubino-Sammartano 2001, v). Con el crecimiento del comercio internacional, el arbitraje ha demostrado ser el remedio de elección en las transacciones internacionales. Sin embargo, conforme el comercio se ha intensificado y el mundo se ha visto marcado por el fenómeno de la globalización, también han surgido nuevos agentes de comercio independientes de las figuras típicas de vendedor y comprador que han dificultado su estudio²² (Carbonneau 1984, 727) (Fouchard, Gaillard y Goldman 1999, 1). Actualmente, las transacciones internacionales comerciales son frecuentemente multipartes en su naturaleza, de hecho, una tercera parte de los arbitrajes de la CCI involucran múltiples partes (Born, International Commercial Arbitration 2008, 2654-55).

La aparición de múltiples partes en los conflictos arbitrales es algo relativamente nuevo. De hecho, el fenómeno del arbitraje multipartes no fue una situación regulada, sino hasta la década de los ochentas. El tópico del arbitraje multiparte se trató por primera vez en la Reunión del Consejo Internacional de Arbitraje Internacional Comercial llevado a cabo en Varsovia en 1980. En dicha reunión se notó que las transacciones comerciales usualmente involucraban a varias partes que se podían distinguir dentro de dos tipos de disputas comerciales típicas. Las primeras eran aquellas disputas que surgían producto de un contrato multilateral el cual regulaba obligaciones y derechos entre más de dos partes contratantes. Tal pudiese ser el caso de un consorcio o un *joint venture*. El segundo tipo de disputas surgía ante la presencia de una serie de contratos independientes entre varias partes que formasen una red comercial (UNCITRAL Secretary General 1986, 222-223).

²² Dentro de las nuevas figuras encontramos los agentes, subcontratistas, compañías subsidiarias, casas matrices, representantes de casas extranjeras, entre otros.



Con el incremento de las disputas multipartes, la CCI promulgó en 1981 el primer reglamento que regula el arbitraje multiparte. A pesar que al día de hoy en día existe poca legislación y doctrina sobre la regulación aplicable ante este tipo de situaciones (Born, *International Commercial Arbitration* 2008, 2572), las nuevas posiciones sobre la admisión del arbitraje incluyendo terceros no signatarios (*ver infra Capítulo II*), denota la adaptación del proceso arbitral a las necesidades comerciales de las distintas épocas.

En cuanto al arbitraje multipartes, para poder reflexionar hacia dónde se dirige el proceso arbitral en los años por venir, es importante meditar sobre la trayectoria histórica que el proceso ha tenido. Si bien, el arbitraje nació como una alternativa más expedita a las cortes nacionales, éste, también, nació primordialmente producto del consentimiento de las partes; por lo que el consentimiento ha de considerarse como la piedra angular para que nazca el proceso arbitral independiente del surgimiento de nuevas figuras comerciales.

Se debe realizar hincapié en el hecho que con excepciones como *L'Ordonnance de Moulins*, el arbitraje no ha sido considerado una práctica obligatoria para resolver conflictos. Todo lo contrario, el arbitraje fue y, a criterio personal, deberá siendo únicamente una opción a las cortes nacionales.

Cuando se piensa en el orden internacional y en el funcionamiento del Estado moderno, éste se basa sobre la noción en la cual el soberano se somete a acatar las normas y el poder del Estado bajo la condición que este último vele por la protección de sus derechos (Schmitt 1888, xx). Por consiguiente, al aceptar al Estado como el ente sobre el cual se han depositado nuestros derechos, el ciudadano se obliga a aceptar la forma como el Estado decida resolver conflictos entre soberanos, incluyendo las disputas comerciales, que generalmente, es mediante la utilización de cortes nacionales que tienen el propósito fundamental de mantener la paz y ejercer justicia (Merrills 2011)(Shaw 2008, 1010).



Es por ello que la posibilidad de arbitrar disputas ha de verse únicamente como una excepción o una alternativa a la obligación de resolver disputas frente al mecanismo dispuesto por el estado (Cuttack 2014). Entendiendo el carácter facultativo de resolución de disputas que tiene el arbitraje, se concluye que lo único que ha permitido su utilización a lo largo de humanidad ha sido el acuerdo de las partes y la posibilidad de probar éste (Moses 2008, 2-18).

Por consiguiente, la reseña histórica demuestra la trayectoria que ha tenido el arbitraje desde los inicios de la humanidad hasta los problemas complejos que hoy hay que enfrentarnos con el arbitraje multiparte, y sirve como un recordatorio del carácter consensual del arbitraje desde sus inicios, lo que moldea y proyecta el camino que el arbitraje ha de seguir en cuanto a los nuevos enigmas del proceso arbitral.

II. EL ACUERDO ARBITRAL

El arbitraje multiparte, al igual que todo proceso arbitral, nace, como se analizó *supra*, del consentimiento de las partes (Hanotiau 2006, 3) (Brekoulakis, *Multiparty and Multicontract Arbitration* n.d., 1). Para poder someter disputas al arbitraje, las partes deben de probar que media entre ellas un acuerdo, lo que generalmente demuestran mediante la incorporación o referencia a un “acuerdo arbitral.” La locución acuerdo arbitral²³ es un acuerdo autónomo²⁴, y no ha de confundirse con el contrato mismo, ni con el acuerdo con los árbitros²⁵.

²³ El acuerdo a arbitrar es aquel que se hace para someter una disputa al arbitraje en vez de a las cortes nacionales, por lo que podrá hacerse antes o después de que surja una disputa, ya sea mediante una cláusula arbitral (anterior a que surja la disputa) o mediante un acuerdo de sumisión (posterior a que surja la disputa) (Rubino-Sammartano, 2001 p. 195). Para tener una mayor definición sobre el acuerdo de sumisión ver (Blackaby, Partasides, Redfern, & Hunter, 2009 ¶1-10) en el cual se dice: “Un acuerdo arbitral que es hecho para resolver disputas que ya han surgido entre partes es llamado un acuerdo de sumisión, o un compromiso, o un compromiso. Generalmente es un documento bastante detallado, que trata la constitución del tribunal arbitral, el procedimiento a seguirse, los temas que se decidirán, y la ley aplicable al caso, así como otras cosas. En algún punto, era el único tipo de acuerdo arbitral reconocido por la ley de muchos estados, dado que el recurso al arbitraje solo se permitía con respecto a disputas que ya existían. De hecho, en algunos estados este todavía es el caso. Sin embargo, la mayoría de los estados reconocen la validez de las cláusulas arbitrales que se relacionan a disputas futuras e inciertas. De hecho, casi todas las disputas de arbitrajes internacionales comerciales se llevan a cabo mediante la incorporación de una cláusula arbitral. Dicha cláusula es generalmente una cláusula estándar que es internacionalmente aceptada en actividades diversas como seguros, envíos, comercio, y proyectos de ingeniería.” Sin embargo, el término acuerdo arbitral con frecuencia hace referencia a cualquiera de los acuerdos ya sea la cláusula arbitral o el acuerdo de sumisión y la diferencia era más visible anteriormente, cuando el Protocolo de Ginebra de 1923 o la Convención Europea de



La Convención de Nueva York en su artículo segundo define el vocablo acuerdo arbitral como:

“... el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

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

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

Por su parte, la ley Modelo de CNUDMI en su artículo 7 opción 1²⁶ establece con respecto del

Arbitraje Internacional Comercial de 1961 solicitaban a los países aceptar la validez de cualquiera de los dos instrumentos (Cafari Panico, 2011, p. 97)

²⁴ Por autonomía del acuerdo arbitral, se alude a la ‘separabilidad’ de la cláusula del resto del contrato. La separabilidad de la cláusula, o independencia de la misma del contrato es un principio intrínseco de la cláusula arbitral que ha sido establecido durante mucho tiempo, en especial en la ley francesa. El término se refiere al hecho que la cláusula arbitral no se verá afectada por el contrato en el cual se encuentre. De esta manera, si el contrato es inválido, o es anulado, la cláusula arbitral seguirá teniendo efectos legales (Fouchard, Gaillard, & Goldman, 1999 pp. 197-99). El principio de la separabilidad de la cláusula arbitral es prácticamente indiscutible (Lew, Mistelis, & Kröll, 2003 ¶6-9). Para más información sobre la separabilidad de la cláusula arbitral ver: (Prima Paint v. Flood & Conklin, 1967) y (Raymond Gosset v. Carapelli, 1963).

²⁵ Generalmente, el acuerdo arbitral no es suficiente para iniciar los procedimientos arbitrales sino que es condicionado a la aceptación de un árbitro de resolver la disputa. Hasta que el árbitro haya aceptado el nombramiento para resolver para las partes una disputa específica es que se puede hablar de un *contrato con los árbitros* (Rubino-Sammartano, 2001, p. 196).

²⁶ Existen dos versiones del artículo séptimo de la Ley Modelo de CNUDMI y quedará a criterio del país que la adopte escoger cual opción quiere incorporar a su ordenamiento jurídico interno. En Costa Rica, se ha adoptado la primera opción del artículo séptimo, pero no es el caso de todos los países. A diferencia del artículo 7 opción 1, la opción 2 lee lo siguiente: “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.”



acuerdo arbitral:

“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.

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.”

Asimismo, el Federal Arbitration Act (“FAA”) de Estados Unidos provee en su sección segunda una definición de acuerdo arbitral que indica:

“Section 2. Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate

A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contracts.”

El Código de procedimientos civiles francés aporta una definición de arbitraje similar. En sus artículos 1442-1443 establece lo siguiente:

“1442: La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.

1443 : A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.”

Finalmente, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el voto no. 420-A-06 de las 14 horas del 17 de Julio de 2006, determinó que el acuerdo arbitral es:



“un convenio por el cual dos o más sujetos se obligan a dirimir determinadas controversias, de naturaleza patrimonial y disponible, por medio de un proceso arbitral cuya decisión final, denominada laudo, tiene carácter vinculante. Ese acuerdo puede estar incorporado en un contrato, como una de sus cláusulas, o bien puede tratarse de un documento o convenio separado. La ley no establece formalidad alguna para ello, pero afirma que debe constar por escrito”(Voto No. 420-A-06 2006).

En igual sentido, el Tribunal Agrario elaboró en la sentencia número 00134- 08 que:

“se ha determinado que para que exista acuerdo arbitral, éste, aunque informal, sí requiere de la expresión escrita de la voluntad manifiesta e inequívoca de las partes, de someter su conflicto a arbitraje. Esto, por tratarse de un acto convencional de renuncia a la jurisdicción de los tribunales de justicia, para someterse a un mecanismo privado de solución de controversias.”(Sentencia No. 00134-08 2008)

A pesar de contar con algunas diferencias, de los artículos y las resoluciones antes citadas se desprenden cuatro requisitos para que se dé la validez del acuerdo arbitral. En primer lugar, el acuerdo debe constar por escrito. Seguidamente, el acuerdo debe de ser representación de la manifestación del consentimiento de las partes. Asimismo, el acuerdo debe regular una relación jurídica específica, y finalmente, no puede ser declarado nulo, ineficaz, o inaplicable.

A. El requerimiento de escritura del acuerdo arbitral

Retomando lo establecido por el artículo II (1) de la Convención de Nueva York, los lineamientos del artículo 7 de la ley Modelo, y analizando la normativa de los países citados, se establece que un acuerdo arbitral debe constar por escrito, y que si el acuerdo no está por escrito



en el sentido de este artículo, entonces el Tribunal puede declararse incompetente, pues no podrá probar la existencia *prima facie*, de un acuerdo de someter las disputas al arbitraje. Este, también, es un requerimiento obligatorio en Costa Rica.²⁷

Los ordenamientos jurídicos de distintos países consideran que la escritura es un requisito fundamental para que se lleve a cabo el arbitraje, pues representa una promesa que es legalmente exigible en la cual las partes han hecho el acuerdo de no acudir a las cortes, que es un derecho fundamental (Onyema, International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract 2010, 17). (Art 6 CEPANI Rules, 2013).

Para determinar a qué hace referencia la frase “*por escrito*”, el artículo 7 (2) de la Ley Modelo y el artículo II (2) de la Convención de Nueva York clarifica que el requerimiento en escritura se satisface cuando hay una cláusula arbitral incorporada en el contrato, o cuando el contrato hace una referencia al documento que contiene la cláusula arbitral.

Específicamente, la Convención de Nueva York establece que la cláusula, sino es incluida en el contrato mismo, deberá ser incluida en un documento aparte como cartas o telegramas intercambiados por las partes. Es importante recalcar que la definición del requerimiento de escritura contemplado en el artículo II (2) de la Convención de Nueva York representa el estado del desarrollo industrial en 1958, cuando se acordó la convención. Sin embargo, desde entonces ha habido grandes avances tecnológicos en el ámbito de la comunicación. El mundo comercial ha abrazado esta evolución y con frecuencia la utiliza en sus transacciones comerciales internacionales. Así, en la época moderna hay muchos más medios de comunicación, incluyendo los medios electrónicos, por lo que el requerimiento de escritura de la cláusula firmada contenida “en un canje de cartas o telegramas” ha de interpretarse de manera amplia, permitiendo los medios de comunicación modernos que no necesariamente son los detallados en la Convención (Onyema, International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract 2010, 18).

²⁷ Ver artículo 7 de la Ley No. 8937 de la República de Costa Rica.



En algunas circunstancias se ha permitido prescindir del requerimiento de escritura, y ha habido cortes y tribunales internacionales²⁸ que han aceptado acuerdos arbitrales en el cual no se encontrase una cláusula explícita en el contrato, o en el que se hiciera una referencia explícita a ésta. Sin embargo, en estos casos las partes han tenido que probar que existía entre ellos una práctica reiterada de arbitrar sus disputas (Holtzmann y Neuhaus 1995, 263-264)²⁹.

Por su parte, los acuerdos verbales de someter las disputas al arbitraje se han aceptado en circunstancias limitadas. Por ejemplo, en el caso de *Interocean Shipping Co. v. National Shipping Corp* de 1975, el Tribunal decidió que si las partes hicieron un acuerdo verbal de acudir al arbitraje, y luego confirmaron este acuerdo mediante correspondencia, el Tribunal podía asumir jurisdicción de conformidad con el acuerdo arbitral, a pesar que no exista una cláusula propia en el contrato, o una referencia a ésta en otro documento (*Interocean Shipping Co. v. National Shipping Corp* 1975).

Por consiguiente, la definición y el alcance de las formas de escritura del acuerdo arbitral puede interpretarse de distintas maneras, siempre intentando favorecer el arbitraje, sin caer – no obstante – en una interpretación agresiva en donde es evidente que no existe, ni se puede presumir la existencia de una cláusula arbitral.

B. El principio del consentimiento en el arbitraje internacional comercial

El consentimiento es la base del arbitraje, y es lo que le da legitimidad al proceso (Dodge Byrnes y Pollman 2003, 1)(Schreuer 2007, 1). Es por ello que para que un acuerdo arbitral sea válido, las partes deberán haber consentido a someter sus disputas al arbitraje.

²⁸ Por ejemplo, ver: Caso Clout No. 365 [*Schiff Food Products Inc. v. Naber Seed & Grain Co. Ltd.*, Court of Queen's Bench, Saskatchewan, Canada, 1 October 1996].

²⁹ A pesar de ello, esto no siempre ha sido el caso. En el caso *James Allen Ltd v. Marea Producten*, las partes habían hecho negocios por 25 años y siempre habían aplicado términos uniformes que incluían una cláusula arbitral para el GAFTA. Después de 25 años no mencionaron los términos a uno de los contratos y tras surgir una disputa Allen llevó el caso a arbitraje. Los árbitros aceptaron jurisdicción para aceptar el caso basándose en la costumbre, pero la corte en Rotterdam se negó a ejecutar el laudo pues alegó que no había acuerdo arbitral a pesar de una práctica reiterada. Ver (*Allen v. Marea Producten*, 1984).



Los acuerdos pueden reflejar únicamente la intención de las partes a arbitrar y no litigar, pero también, le otorgan la posibilidad a las partes de decidir cómo y en qué forma quieren arbitrar una disputa. Existen acuerdos increíblemente detallados en los cuales las partes deciden arbitrar bajo alguna condición en específico, ya sea con un árbitro en especial, después de haber mediado o conciliado, o podrán arbitrar en alguna institución en especial (Graffi 2011, 21).

La falta de consentimiento de alguna de las partes de arbitrar sus disputas es grave en el arbitraje y puede acarrear una serie de consecuencias. Por una parte, la falta de consentimiento podrá conducir a que el Tribunal decline su competencia para decidir el caso³⁰. Asimismo, la carencia del consentimiento podría acarrear la nulidad del laudo de conformidad con el artículo 34³¹ de la Ley Modelo de CNUDMI. Finalmente, podría ser también, una causal para la no ejecución del laudo bajo el artículo quinto de la Convención de Nueva York.

La manera típica de demostrar el consentimiento de arbitrar es mediante la incorporación de un

³⁰ Sin embargo, generalmente los tribunales asumirán competencia conformidad con el principio universal de *kompetenz-kompetenz* para decidir sobre la validez de la cláusula arbitral (Bermann 2011, 13). El principio de *kompetenz-kompetenz* es analizado por primera vez en el Caso de Glass v. Betsey. La doctrina del principio reconoce la autoridad de los tribunales arbitrales de reconocer y decidir sobre su propia jurisdicción. El término *kompetenz-kompetenz* origina del alemán que se traduce literalmente a 'la jurisdicción de la jurisdicción'. En francés la expresión *compétence-compétence*, determina lo mismo. (Bermann, 2011 p. 13)

³¹ Específicamente, el artículo 34 de la Ley Modelo de CNUDMI dice, en cuanto a las causales de anulación lo siguiente: "Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

b) el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado."



acuerdo por escrito que haya sido firmado por las partes. Este acuerdo es suficiente ya que crea una presunción que las partes acordaron arbitrar (Caso CCI 2321 1975) (Caso ZCC 1994).

Sin embargo, en ocasiones la inclusión de una cláusula arbitral no es sinónimo del consentimiento de arbitrar. De hecho, se ha establecido que el consentimiento podrá demostrarse de manera expresa o tácita (Hanotiau 2006, 8). Ante este panorama, los tribunales deberán interpretar el acuerdo entre partes para determinar si éstas accedieron al arbitraje. La razón por la cual los tribunales habrán de efectuar dicho análisis interpretativo del acuerdo es porque éste es un contrato, sujeto a las reglas que aplican a los contratos privados (Walter Rau v. Cross Pacific Trading Ltd 2005).

Para interpretar la cláusula, los tribunales utilizarán las reglas de interpretación estipuladas por las leyes que regulen la cláusula misma, o en ausencia de dicha provisión, con la ley que rijan el contrato en el cual la cláusula se encuentra³²(Graffi 2011, 27-31).

En defecto de provisión alguna, entonces el tribunal deberá interpretar la cláusula de conformidad con la ley determinada por las reglas del conflicto de leyes, o en su defecto, por los principios generales del derecho privado que regulan la formación de contratos (Graffi 2011, 30).

Utilizando estos principios, se deberá primero velar que el acuerdo sea interpretado de conformidad con el principio de buena fe (HKL Group Co Ltd Rizq International Holdings Pte Ltd Singapore High Court 2013). Partiendo de éste, se deberá analizar las intenciones subjetivas (interpretación de la correspondencia y declaraciones entre las partes) y objetivas (el entendimiento de una persona razonable en la misma circunstancia de las partes) de las partes, tomando en consideración todas las circunstancias del caso, incluyendo usos y costumbres que las partes establecieron entre ellas(Blackaby, et al. 2009, 85)(Lew, Mistelis y Kröll 2003, ¶7-60).

³² A pesar que las partes pueden decidir que la cláusula arbitral se regirá por una ley en específico, usualmente hay un entendimiento *de facto* que la elección de la ley de contrato regirá la cláusula arbitral también. Generalmente, la aplicación de la misma ley del contrato a la cláusula arbitral evita complejidades e incertidumbres. Para mayor información sobre esta regla ver (Born, International Commercial Arbitration, 2008 p. 1443); (Lew, Mistelis, & Kröll, 200 ¶6-24); (Blackaby, Partasides, Redfern, & Hunter, 2009, p ¶2-86)



Un Tribunal deberá interpretar, entonces, dichas intenciones, y decidir si las partes decidieron arbitrar, en qué medida, y con qué certeza. De esta forma podrá determinar que tiene jurisdicción para arbitrar una disputa, pues sólo así podrá probarse la validez de la cláusula misma.

Los tribunales incurrirán en detallados análisis en duda del consentimiento de las partes, pues estos entienden que el costo por pagar en caso que éstas no hayan consentido arbitrar es costos, y que inclusive podrá repercutir en la credibilidad de la institución.

C. El ámbito del convenio arbitral

El tercer requisito para que un acuerdo arbitral sea válido es el ilustrado por el artículo II de la Convención de Nueva York, en el cual se establece que para que el acuerdo arbitral sea válido, éste debe regular una determinada relación jurídica (Born, *International Commercial Arbitration* 2008, 1060). Esta “relación jurídica” define el “alcance” o el “ámbito” de un acuerdo de arbitraje y determina qué disputas están comprendidas dentro el acuerdo y cuáles controversias son susceptibles de ser resueltos mediante arbitraje.

El artículo V de la Convención de Nueva York establece que un Tribunal sólo debe arbitrar las controversias que caen dentro del ámbito de aplicación de este acuerdo y que son susceptibles de ser resueltos mediante arbitraje de conformidad con los parámetros de cada Estado para asegurar el reconocimiento del laudo arbitral (Di Pietro 2011, 72). A continuación, se ilustra la diferencia entre las materias cubiertas dentro del ámbito del convenio arbitral, y las materias que son susceptibles a ser arbitradas.

1. Las materias cubiertas dentro del ámbito del convenio

El ámbito del convenio arbitral puede cubrir todas las disputas que surjan producto de un contrato entre partes, o podrá regular solo algunas de las disputas que surjan. Para determinar el ámbito del convenio arbitral y qué disputas cubre el acuerdo el Tribunal deberá ver la redacción



de la cláusula misma (Born, *International Commercial Arbitration* 2008, 1060)(Blackaby, et al. 2009, ¶3-37).

Cuando el acuerdo arbitral utiliza la frase “todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste” se ha considerado por las cortes y tribunales que éste es el lenguaje más amplio común a las cláusulas de arbitraje que abarca una vasta gama de controversias, incluyendo las derivadas de eventos que son meramente dependientes o vinculados con el contrato que contiene la cláusula de arbitraje (Born, *International Commercial Arbitration* 2008, 319-20)(*JJ Ryan & Sons v Rhone Poulenc Textiles* 1988);(*Kaverit Steel v. Kone Corp.* 1992). En consecuencia, si esta frase es insertada, la mayoría de los Tribunales constará que las reclamaciones derivadas del contrato mismo siempre serán arbitradas.

Sin embargo, parte de la flexibilidad que ofrece un procedimiento arbitral, es que éste brinda la posibilidad de únicamente someter ciertas disputas al arbitraje, y dentro del mismo acuerdo, se deberán especificar entonces cuáles y en qué medida se pretende arbitrar. En el caso que las partes detallan qué disputas en específico querrán arbitrar, el Tribunal no podrá decidir sobre la materia que se encuentren fuera de este acuerdo.

Por lo que al firmarse un acuerdo, es de suma importancia establecer cuál relación jurídica cubrirá el contrato, ya que si esto no ha sido establecido, el acuerdo carecerá de validez, pues no podrá ser ejecutado.

2. La arbitrabilidad de la materia

La relación jurídica cubierta por el ámbito del acuerdo arbitral, también, deberá satisfacer el requisito de la arbitrabilidad³³ de la materia. Por consiguiente, aparte de determinar qué tan

³³ Fuera de los Estados Unidos, el término “arbitrabilidad” tiene un significado bastante preciso y limitado: quiere decir, si las clases específicas de disputas se pueden someter al arbitraje debido a la legislación nacional o la autoridad judicial. Sin embargo, “arbitrabilidad” en los Estados Unidos también significa la cuestión preliminar de si un tribunal arbitral tiene la facultad de decidir, como cuestión inicial, que una determinada diferencia debe ser sometida a arbitraje. Este aspecto de lo que Estados Unidos llama “arbitrabilidad” puede ser es una cuestión, por ende, sumamente complicada (Shore, 2009, p. 1).



amplia es la relación regulada por la cláusula misma, es importante que esta relación legal definida sea “arbitrable”, es decir, que las disputas sometidas a esta cláusula puedan ser producto del arbitraje en el país que regula la parte sustantiva del contrato o de la cláusula³⁴(Di Pietro 2011, 72).

Específicamente, la validez de un acuerdo, y la exigibilidad del laudo dictado, están sujetos a la “arbitrabilidad” de los reclamos, es decir, dichas reclamaciones deben ser susceptibles de solución por vía de arbitraje de conformidad con el Art. V (c) de la Convención de Nueva York. Hay algunos temas como: las leyes competencia, el soborno, el fraude, transacciones de valores, ley de responsabilidad civil o corrupción que han sido considerados por los tribunales como “no susceptibles de ser arbitradas” (CCI Caso 1110 1963)³⁵.

Sin embargo, le corresponde al relevante legislador nacional regular el arbitraje como medio para resolver disputas distinto de las cortes nacionales, y por consiguiente, le corresponde a este mismo establecer dentro de qué límites y desde qué condiciones el arbitraje podrá ser aceptado por el sistema legal nacional (Di Pietro 2011, 72).

A pesar que el creciente favorecimiento por el arbitraje ha hecho que las reglas nacionales internas con mayor frecuencia permitan recurrir a los tribunales arbitrales para decidir materia que anteriormente se consideraba ‘no-arbitrable’, todavía es fundamental no únicamente probar la amplitud de la cláusula, pero su capacidad en el mundo jurídico a que se somete de poder extenderse a cualquier clase de disputa (Mistelis y Brekoulakis 2009).

³⁴ Es importante hacer la aclaración que la ley que regulará la arbitrabilidad de la materia deberá de ser la *lex loci arbitri*, pues fue la ley seleccionada por las partes y no necesariamente la *lex fori*. Para más información ver (Brekoulakis, Arbitrability and Conflict of Jurisdictions, 2011, p. 134)

³⁵ En los años 60s, el árbitro Gunnar Lagergren estableció que los contratos teñidos por corrupción no eran arbitrables. Por ende, el mismo declinó su competencia para decidir sobre el caso cuando dijo: “*the Parties have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunal) in settling their dispute*”. Ver (Sayed, 2004, p. 61)



D. La nulidad, ineficacia, y la inaplicabilidad de ejecución de las cláusulas arbitrales

De conformidad con el artículo II (3) de la Convención de Nueva York, para que un acuerdo arbitral pueda ser reconocido y ejecutado, el acuerdo sobre el cual se basa una disputa arbitral no podrá ser inválido³⁶.

El artículo II (3) de la Convención de Nueva York, al igual que el artículo 8 de la Ley Modelo de CNUDMI disponen que para invalidar un acuerdo arbitral, la parte que alega la invalidez del acuerdo mismo tiene la carga de demostrar que el contrato es (1) nulo o ineficaz, o (2) inoperante, o (3) incapaz de ser realizado (inaplicable)(JSC BTA Bank v Mukhtar Ablyazov 2012). Si el acuerdo fuese declarado inválido, el laudo arbitral podrá ser anulado de conformidad con el artículo 34 de la Ley Modelo de CNUDMI.³⁷

1. La nulidad del acuerdo arbitral

El acuerdo de arbitraje es nulo o ineficaz cuando hay un defecto *ab initio* en la formación de éste (Sun Life Assurance v CX Reinsurance Company Ltd 2003)(Sembawang Engineers and Constructors Pte Ltd v Covec (Singapore) Ltd 2008). La nulidad del acuerdo arbitral significará que el tribunal arbitral no podrá asumir competencia para conocer el caso. De igual forma, la nulidad del acuerdo será sinónimo del hecho que el acuerdo nunca entró en el mundo jurídico por lo que nunca tuvo efectos del mismo tipo.

Esto puede suceder, por ejemplo, cuando un acuerdo arbitral fue construido producto del fraude o la corrupción, por lo que el consentimiento fue viciado, y el acuerdo no llegó a existir. De igual

³⁶ El deber de decidir la validez del acuerdo arbitral por parte del Tribunal Arbitral ha sido ratificado en varios casos. Ver (Carbomin v. Ekton Corp. , 1983) y (Hissan Trading v. Orkin Shipping, 1992). Este deber o posibilidad surge del principio de *kompetenz-kompetenz* el cual reafirma la autoridad del árbitro acreditado con el poder de establecer si tiene o no tiene jurisdicción. Para más información ver (Cafari Panico, 2011, p. 99)

³⁷ Ver el fallo de la Suprema Corte de Alemania (Bundesgerichtshof, Caso No. III ZB 29/03 del 23 de octubre de 2003, disponible en: <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/bgh-az-iii-zb-29-03-datum-2003-10-23-id241> donde el Tribunal debió resolver si un laudo era nulo ante el reclamo que el acuerdo arbitral no era válido.



manera, se puede dar cuando las partes no tenían capacidad³⁸ para entrar en el acuerdo o entraron en el acuerdo producto del error. Esto podría ser si las partes acuerdan a arbitrar suponiendo que se podrá apelar la resolución arbitral cuando claramente se dictamina que las resoluciones de los laudos son finales (Born, *International Commercial Arbitration* 2008, 60). A pesar que hay mucha discusión sobre este último punto, sobre todo en lo correspondiente de la posibilidad de apelación de los laudos (IBA *Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses* 2010)(Lapinte Technology v. Kyocera 1997) la mayoría de la doctrina indica que esto no es posible, y que el acuerdo es en esencia nulo.

En defecto de dictaminar la nulidad del acuerdo arbitral, el laudo podrá anularse de conformidad con el artículo 34 de la Ley Modelo de CNUDMI.

2. La ineficacia de las cláusulas arbitrales

El acuerdo de arbitraje puede ser anulado cuando es ineficaz, esto es, cuando ha dejado de tener efecto debido al hecho de que "se ha abandonado, rechazado, o contiene una contradicción incoherente a la cual no puede dársele efecto" (Sembawang Engineers and Constructors Pte Ltd v Covec (Singapore) Ltd 2008)

Esto tiende a suceder si el contrato arbitral una vez existió, pero las partes han decidido rescindir de este acuerdo, y litigar en vez. De conformidad con el principio universal de autonomía de las partes, y del principio de *pacta sunt servanda*³⁹, una Corte deberá respetar el acuerdo nuevo que hicieron las partes en el cual se deroga el acuerdo arbitral.

³⁸ Específicamente, el artículo V (1) (a) de la Convención de Nueva York establece que el reconocimiento y la ejecución de un laudo puede ser rechazado si una de las partes estaban bajo alguna incapacidad de conformidad con la ley aplicable a ellos. Es comúnmente entendido que la capacidad legal de las personas de entrar en un acuerdo arbitral está gobernada principalmente por la ley del lugar de incorporación. De conformidad con la ley italiana, por ejemplo, el artículo 25 de la Ley 218/1995 establece que la capacidad de las compañías es gobernada por la ley del estado en el cual el proceso fue perfeccionado. Para más información ver (Cafari Panico, 2011 p. 100-103)

³⁹ El concepto conocido como *pacta sunt servanda* se traduce a "los acuerdos deben mantenerse". El principio es uno de los más antiguos del derecho internacional. Para más información ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.



Si un acuerdo arbitral, entonces, es declarado ineficaz, un Tribunal no tendrá competencia para conocer un caso, y en caso contrario podrá pedirse la nulidad del laudo.

3. La incapacidad de ejecución de las cláusulas

El acuerdo de arbitraje debe poder ser ejecutado, es decir, el Tribunal debe ser capaz de dar sentido a lo dispuesto en el acuerdo (Blackaby, et al. 2009, ¶3-67)(Born, International Commercial Arbitration 2008, 189)(Fouchard, Gaillard y Goldman 1999, ¶471). En ocasiones, un Tribunal no puede darle efecto a la cláusula arbitral ya sea por excesivas contradicciones dentro del acuerdo, falta de claridad de cómo y cuándo las partes querían arbitrar, o incorporación de provisiones que no son posibles.

Esto, generalmente, sucede cuando las partes designaron a un árbitro específico que pereció, o cuando designaron las reglas de un centro inexistente, en el cual el tribunal no puede darle una interpretación efectiva a la intención de las partes. A su vez, también sucede cuando las partes acordaron a “arbitraje,” pero describen un proceso distinto del proceso arbitral (Gallaway v. Carr 2013).

Sin embargo, los tribunales frecuentemente tratarán de interpretar “efectivamente” la cláusula para preservar la intención de las partes de arbitrar. Por ejemplo, en el caso de “*German Coffee Association*”, del 28 de Setiembre de 1992, la cláusula incluida en un contrato relativo a la venta de café estipulado “Arbitraje: Hamburgo, Alemania Occidental”. Por más que resultaba ambiguo cómo las partes querían arbitrar, y desde qué reglas deseaban hacerlo, el Tribunal determinó que existen numerosos tribunales de arbitraje relativos a las organizaciones de comercio de café en todo el mundo, pero sólo una en Hamburgo. Por lo que el Tribunal consideró el enlace específico a Hamburgo como suficientemente claro para iniciar un procedimiento de arbitraje institucionalizado y aplicar las normas de arbitraje de la Asociación Alemana del Café en la Cámara de Comercio de Hamburgo.

Así también, en el Tribunal de Arbitraje de Bulgaria, Laudo No. 151, las partes acordaron la



siguiente cláusula de arbitraje: *“Todas las posibles controversias deberán ser resueltas por el Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Exterior de Bulgaria”*. Ni el Tribunal de Arbitraje ni la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria fueron nombrados con precisión. Puesto que no había otras instituciones en Bulgaria con derecho a resolver las controversias comerciales internacionales, el Tribunal llegó a la conclusión de que las partes deben haber tenido la intención de someter sus controversias ante el Tribunal de Arbitraje dependiente de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria y que sus normas debían ser aplicados.

Estos casos no son aislados, y es más la regla que la excepción en la cual los tribunales hacen todo lo posible para la supervivencia del acuerdo arbitral. Sin embargo, esto no siempre ocurre, y puede suceder que un tribunal se declare incompetente porque no puede darle sentido al significado del acuerdo arbitral entre las partes

III. LAS PARTES DEL ACUERDO ARBITRAL

En vista del surgimiento del arbitraje complejo incluyendo a no signatarios, se ha puesto en cuestión quiénes son las partes de un acuerdo arbitral. Esto pues, un tribunal arbitral, únicamente, tiene jurisdicción sobre las partes signatarias del acuerdo arbitral (Born, *International Commercial Arbitration* 2008, 1141). Con respecto de ello, en el laudo de un Tribunal *ad hoc* en 1994 utilizando la Ley Modelo de CNUDMI, el Tribunal estableció lo siguiente:

“Contrary to litigation in front of state courts where any interested party can join or be joined to protect its interest, in arbitration only those who are parties to the arbitration agreement expressed in writing could appear in the arbitral proceedings either as claimants or as defendants. This basic rule, inherent to the essentially voluntary nature of arbitration, is recognised internationally by virtue of Article II of the New York Convention”(Banque Arabe et Internationale d'Investissement v. Inter-Arab Investment Guarantee Corp. 1994).



Paralelamente, este razonamiento ha sido utilizado por otros países⁴⁰ y en Costa Rica la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 64-2012, de 23 de mayo de 2012 y el voto 1160-2011, de 13 de setiembre de 2011, estableció que en cuanto a la existencia de una cláusula arbitral ésta es exclusiva entre las partes que la suscriben y no se extiende a terceros.

Del precedente se extrae que únicamente son partes del acuerdo arbitral aquellas que ha suscrito un acuerdo arbitral⁴¹. Sin embargo, esta premisa conlleva una serie de consecuencias.

En primer lugar, a menudo ocurre que los ‘signatarios’ de los acuerdos no son las verdaderas partes del acuerdo, o al menos no son las únicas partes del acuerdo. Esto, generalmente, sucede mediante el uso de agentes en contratos de agencia⁴². Asimismo, en ocasiones los signatarios de los acuerdos no son los beneficiarios de los acuerdos y quizás no las partes del contrato mismo. Un tercer problema que se desliga de la premisa antedicha es, que si se tomara este precedente como una regla, esto haría imposible la posibilidad de aceptar que las partes del proceso puedan ser terceros no-signatarios (Hanotiau 2006, 8).

En vista de la necesidad de contemplar una nueva modalidad de arbitraje multiparte, la doctrina señala que “*son partes del proceso las partes que hayan consentido al acuerdo arbitral. Este consentimiento podrá ser expreso o implícito*(Hanotiau 2006, 8)(Park 2009, 2).”

De ello se desliga que para identificar las partes del acuerdo es menester probar el consentimiento de todas las partes, los métodos cuales se identificarán *infra* (ver Capítulo II).

⁴⁰ Ver ABN Amro Bank Canada v. Krupp Mak Maschinenbau en donde la Corte de Ontario estableció que bajo el artículo 8, una parte del acuerdo arbitral es únicamente aquella que lo firma (Amro Bank v Krupp Mak, 1994).

⁴¹Sobre ello se dice que por definición, solo pueden recurrir al arbitraje únicamente quienes así lo hayan acordado: *res inter alios acta in essentia* ver (González de Castilla & González de Cossío).

⁴² Se presume que una persona o entidad A se considerará parte de un contrato y por consiguiente parte del acuerdo arbitral contenido en el contrato, si la persona o entidad B que formalmente firmó el acuerdo actuó únicamente en representación de A (Hanotiau, 2006 p. 10).



IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

El arbitraje ha tenido una larga trayectoria histórica desde los principios de la humanidad. Su evolución y legitimización en los ordenamientos jurídicos paralelo a las cortes nacionales se ha permitido exclusivamente en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. Es por ello que en la actualidad el consentimiento es clave para el proceso arbitral.

Desde la revolución industrial, el comercio ha evolucionado substancialmente y las transacciones entre empresarios se han hecho más complejas. Es por ello que en tiempos modernos, cuando surgen disputas entre comerciantes, éstas raramente incluyen un solo vendedor y comprador; y la tendencia general de presumir que el arbitraje involucra exclusivamente dos partes se ha vuelto desactualizada.

La nueva modalidad de arbitrar, incluyendo a múltiples partes (arbitraje multiparte) es una estructura común a la luz de las transacciones comerciales internacionales actuales. Sin embargo, el arbitraje multiparte ha traído consigo un número considerable de dificultades, en especial relacionados con el consentimiento.

Con tantas partes interactuando en transacciones comerciales, es complejo probar que todas ellas han accedido a arbitrar sus disputas. Particularmente, es difícil probar que todas las partes realizaron un ‘acuerdo arbitral’ bajo el significado de la Convención de Nueva York o la Ley de Modelo de CNUDMI, pues las líneas trazadas por estas convenciones requieren que se satisfagan estrictos requerimientos, como el de escritura, lo cual no sucede en el marco de relaciones tan complejas.

Añadido a ello, la doctrina ha tenido una postura muy rígida en cuanto a quienes son las partes que conforman el acuerdo arbitral, lo que delimita todavía más el marco en el cual el arbitraje pueda darse entre múltiples partes.



El rumbo del arbitraje multiparte es incierto y se tambalea entre lo que parecen ser criterios contrapuestos. Por un lado se encuentra el consentimiento que ha sido el fundamento para el nacimiento del proceso arbitral, y por el otro, se encuentra el comercio, y la necesidad de continuar su desarrollo de conformidad con las exigencias actuales. Ante ello, habrá que determinar qué pesa más: ¿que todas las partes estén de acuerdo con arbitrar y no litigar; o que la institución del arbitraje se adapte a las nuevas demandas comerciales?



CAPÍTULO SEGUNDO

LA EXTENSIÓN DE CLÁUSULAS ARBITRALES A TERCEROS NO SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL

Desde los años sesentas se ha podido apreciar la transformación de condiciones en el arbitraje internacional comercial producto de los cambios en la economía mundial y legal. Las nuevas modalidades y estructuración de las corporaciones, y la complejidad creciente de las relaciones comerciales, ha hecho que, actualmente, sea más común que los árbitros resuelvan casos en los que no todas las partes son signatarias de una cláusula arbitral (Aguilar Grieder 2001, 57)(Harmathy 2007, 3)”. Este fenómeno se conoce en el derecho civil como la ‘extensión⁴³ de cláusulas arbitrales’, o en el derecho anglosajón como ‘*joining non-signatories*’ (uniendo a partes no signatarias).⁴⁴ El proceso es uno controversial y debatido (Park 2009, 1-2).

La controversia sobre la posibilidad de extender cláusulas arbitrales a terceros se deriva de un número de circunstancias, tanto procedimentales como sustanciales. Procedimentalmente, no siempre fue claro si podía extenderse una cláusula arbitral a un tercero, y, en caso afirmativo, se cuestionaba quién era el ente competente para ordenar esta extensión. Asimismo, era incierto cuál era la ley que debía aplicársele al tercero: si aquella designada por las partes signatarias de la cláusula, o en caso que el tercero tuviera un vínculo contractual con una de las partes, la ley designada en este contrato adicional. Por su parte, sustancialmente, se buscaba descifrar cuáles

⁴³ El autor Thomas Clay establece que: “*La extensión se define como la operación por medio de la cual una persona, inicialmente ajena a una obligación pre-existente, entra a formar parte de dicha obligación.*” Ver (Clay, 2006 p. 15)

⁴⁴ El autor Park elabora sobre el término no-signatario y dice: “*the term “non-signatory” remains useful for what might be called “less-than-obvious” parties to an arbitration clause: individuals and entities that never put pen to paper, but still should be part of the arbitration under the circumstances of the relevant business relationship. The label does little harm if invoked merely for ease of expression, to designate someone whose right or obligation to arbitrate may be real but not self-evident.*” Este mismo no concuerda con el término ‘extensión’ pues considera que llamarle así es establecer que los no-signatarios no son parte del arbitraje. Ver: (Park 2009, 6)



debían de ser los parámetros legales para que procediera la extensión y así delimitar en qué casos podría darse.

En aras de clarificar los puntos antedichos, el presente capítulo discutirá cómo se ha desarrollado procesalmente y sustancialmente el proceso de extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios en el arbitraje internacional comercial.

I. DESARROLLO PROCESAL Y JURISDICCIONAL DE LA EXTENSIÓN DE CLÁUSULAS ARBITRALES A TERCEROS NO SIGNATARIOS

La doctrina procesal en cuanto a la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios se encuentra contrapuesta en vista, primeramente, de la posición de las distintas cortes nacionales en cuanto al arbitraje. Algunas cortes han adoptado una postura restrictiva a la aplicación del arbitraje, y la extensión de cláusulas arbitrales a terceros (Villalobos López y París Cruz 2013, 17). Ellas consideran que la extensión de cláusulas a terceros no signatarios debe interpretarse de manera restrictiva, puesto que el arbitraje es una excepción al sistema judicial y no es más que un método *alternativo* al sistema de justicia (Talero Rueda 2010, 75).

Como bien lo explican los autores Villalobos y París en su artículo “La cláusula arbitral a terceros no signatarios,” se dice que: “*al pactar una cláusula arbitral, las partes están renunciando al juez natural, que en la mayoría de los sistemas democráticos es un derecho constitucional*” por lo que las cortes tienden a rechazar la posibilidad de obligar a un tercero a apersonarse al proceso, y renunciar a sus derechos fundamentales.

De manera contrapuesta, las cortes nacionales que han tomado una posición más abierta a este nuevo método de resolución alternativa de conflictos⁴⁵ se han visto más anuentes por aceptar la extensión de cláusulas a terceros no signatarios, siempre y cuando se cumpla con una serie de condiciones que se discutirán *infra*. En resumidas cuentas, esta actitud se ha adoptado dado que

⁴⁵ También conocida como una postura de *favor arbitrando* o *pro arbitration*. Para más información ver (Born, International Commercial Arbitration, 2008 p. 1082)



la extensión empezó a verse como *a favor* de un tercero, y no *en contra* de éste por lo que procedía realizar este procedimiento. Este cambio de modalidad, concebido como una estipulación a favor de terceros en derecho no es inusual. En otras ramas del derecho la estipulación a favor de un tercero es procedente, como lo es el caso de los seguros de vida que se compran a favor de una tercera parte (González de Castilla y González de Cossío n.d., 6). Asimismo, la estipulación, como se discutirá *infra* es válida, por ejemplo, en nuestro Código Civil bajo el artículo 1030.

La manera como este procedimiento ha morfado en los últimos años puede apreciarse mediante un análisis del desarrollo procesal y jurisdiccional de distintas cortes y tribunales arbitrales. De conformidad con ello, se procederá a analizar la naturaleza jurídica del proceso, la competencia jurisdiccional para decidir quién deberá extender la cláusula arbitral, la ley aplicable, y el procedimiento para extender ésta.

A. La naturaleza jurídica del proceso

La extensión de cláusulas arbitrales a terceros se ha analizado con base en distintas teorías para determinar cuál es la naturaleza jurídica de esta figura. Dentro de ellas figura la teoría de la relatividad de los contratos, la teoría contractual, la declaración unilateral de la voluntad, y más recientemente el autor mexicano Francisco González de Cossío ha propuesto una nueva teoría en la cual propone que la extensión de cláusulas arbitrales es en verdad una estipulación a favor de un tercero. El proceso se analizará desde todas estas modalidades a continuación.

1. La teoría de la relatividad de los contratos

La teoría de la relatividad del contrato indica que el contrato solo surte efectos entre las partes que lo celebren⁴⁶(Torres Vásquez n.d., 1)(Rodler 2012, 11). Por consiguiente, aquellos que no

⁴⁶ Sobre la fundamentación de la teoría de la relatividad del contrato puede verse a Mario Rosario Valpuesta Fernández quien indica que: “*el fundamento de la relatividad contractual está en la misma esencia del contrato, de la misma manera que es una manifestación de la autonomía de la voluntad, sólo compete a quienes libremente lo concertaron, intelegir lo contrario supondría que una persona quedase obligada por decisión de otra, sin que previamente le haya autorizado, otorgándole representación o ratificado con posterioridad; de lo que hay que*



sean contratantes no pueden ser sujetos de los efectos contractuales, incluyendo el surgimiento de disputas. Este principio ha sido contemplado por el derecho romano bajo el nombre del principio “*alteri stipulari nemo potest*.”⁴⁷ Si bien, el principio hace referencia a la imposibilidad de afectar el patrimonio a un tercero mediante los efectos de un contrato entre partes, éste se relaciona y sirve como antecesor al principio de la relatividad de los contratos (Hallebeek 2008, 8)(González de Castilla y González de Cossío n.d., 6).

En cuanto al principio o teoría de la relatividad de los contratos, éste ha sido ampliamente reconocido por los códigos latinoamericanos⁴⁸, y en Costa Rica se contempla en el artículo 1025 del Código Civil que establece:

“Artículo 1025.-Los contratos no producen efecto sino entre las partes contratantes, no perjudican a terceros, así como no les aprovechan, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.”

En relación con la extensión de cláusulas arbitrales a terceros, uno de los argumentos históricamente más importantes que era invocado para rechazar la posibilidad de extender la cláusula a un tercero era esta teoría de la relatividad de los contratos. Esto pues, la cláusula arbitral es un contrato en sí mismo autónomo del contrato mismo.⁴⁹ Por consiguiente, únicamente las partes que hubiesen *firmado* la cláusula se considerarían partes del contrato y sujetas a sus efectos (Rodler 2012, 11). Resultaría imposible aplicando este principio, y el del *alteri stipulari nemo potest* antes citado, extender la cláusula a un tercero, pues obliga a éste a acceder aquello a

salvar lógicamente, la representación legal que encuentre su ratio en la norma jurídica que la impone” (Valpuesta Fernández, 1998 p. 431) El principio ha sido ampliamente reconocido en el derecho civil y el common law, al igual que en el derecho internacional. De hecho, si se leen los principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, el artículo 1.3 establece que un contrato válidamente hecho es obligatorio entre las partes que lo suscriben. Para más información ver (Born, International Commercial Arbitration, 2008, p. 1132)

⁴⁷No se puede afectar el patrimonio ajeno sin el consentimiento del titular ver (González de Cossío, 2004).

⁴⁸ Ver artículo 1363 del Código Civil peruano que “*consagra el principio, marcado por una impronta romanista, de la relatividad del contrato señalando que sólo surte sus efectos entre las partes que lo celebran y sus herederos, salvo, en cuanto a éstos, si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles*”(Torres Vásquez p. 1)”; el artículo 1119 del Código Civil argentino que dice: “*Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162*”; y el artículo 1796 del Código Civil mexicano que dice: “*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.*”

⁴⁹ Ver *supra*, pie de página número 20.



lo que no aceptó (González de Castilla y González de Cossío n.d., 6).

La única manera bajo esta teoría en la cual se podría dar la extensión de cláusulas arbitrales a favor de terceros sería si el tercero aceptase los efectos del contrato y ratificase el contrato. En estas circunstancias, entonces, sí procedería la extensión. Sobre ello, por ejemplo, el artículo 1029 del Código Civil de Costa Rica expone los efectos de la ratificación por parte del tercero.

Artículo 1029.-La ratificación retrotrae los efectos del contrato entre las partes contratantes al día en que éste se verificó; pero con respecto a terceros los producirá desde el día de la ratificación.

La teoría de la relatividad de los contratos, sin embargo, no fue de mucho éxito para las necesidades comerciales recientes independientes en los casos en los cuales se diera la ratificación. En especial, esta teoría parecía ser obsoleta ante los casos en los cuales se desconocía la personalidad corporativa del contratante, o, cuando quien firmó el contrato era un *agente* y no la parte quien cumplió con las obligaciones del contrato (ver *infra*). Ante estos problemas, la teoría de la relatividad de los contratos se quedó corta para la mayoría de la legislación, pero, países como Costa Rica todavía siguen invocándola en algunos fallos.

Sobre ello puede leerse el voto número 357-03 de las 11:10 horas del 25 de junio de 2003, o el voto de 200-2006, de 07 de abril de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que manifiesta:

“De igual manera, se ha dicho que el acuerdo arbitral –por su naturaleza convencional- no alcanza a terceros, como corolario del principio de relatividad de los contratos y por la manera estricta con la que debe verse la renuncia a la jurisdicción común (Véanse los artículos 18 y 23 de la Ley RAC, el 1025 del Código Civil)”

A pesar de esta postura, otros países han adoptado otra serie de teorías para tratar de permitir la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios, las cuales se ilustran a continuación.



2. *La teoría contractual: la gestión de negocios ajenos*

La segunda posible interpretación que se le dio a la extensión de las cláusulas arbitrales a terceros fue a la luz de la teoría contractual y la gestión de negocios ajenos (González de Castilla and González de Cossío n.d., 6). La gestión de negocios ajenos es una figura antigua procesal que data desde el derecho romano, y que originalmente se utilizaba como un método de defensa de los ausentes (Oviedo Bustos 1984, 4).

En simples palabras, la gestión de negocios es la figura en la cual una persona interviene en los negocios de otro. Es decir, toma decisiones a nombre de éste y en beneficio de éste (Oviedo Bustos 1984, 8). La teoría explicaba la extensión de cláusulas arbitrales a terceros como un doble contrato, uno entre las partes signatarias, y otro entre una de las partes signatarias y la no-signataria. La ventaja que ofrecía esta teoría, a grandes rasgos, era que parecía ser compatible con el principio *alteri stipulari nemo potesten* el sentido que se permite legalmente a un individuo contratar en nombre de otro y 'afectar su patrimonio' (Laurent y Thaller) (González de Castilla y González de Cossío n.d., 6).

El problema con esta teoría es que la extensión de cláusulas arbitrales en realidad no puede equipararse con la gestión de negocios ajenos. Si se analiza la gestión de negocios, el gestor realiza un contrato en nombre de un tercero que no está presente, pero una vez que el tercero se presenta, el gestor queda desligado de la obligación. Esta radical diferencia es opuesta a lo que sucede en la extensión de cláusulas arbitrales, puesto que en la extensión de una cláusula arbitral cuando el tercero se apersona al proceso esto no desliga al firmante de la cláusula arbitral de su obligación (González de Castilla y González de Cossío n.d., 8).

Asimismo, en la extensión de una cláusula arbitral, el firmante actúa en nombre propio, con un interés propio y no necesariamente como un gestor de negocios de un tercero. Esto se contrapone con la figura de la gestión de negocios, donde el tercero se aprovecha de las ventajas de la gestión y tiene que cumplir con todo aquello a lo que el gestor se ha obligado en nombre de él, inclusive pagándole al gestor por cualquier gasto en el que éste puede haber incurrido en nombre suyo. Nada de ello sucede en la extensión de una cláusula arbitral.



La extensión supone que lo que el signatario acuerde con otro al firmar la cláusula no ha de ser necesariamente ratificado por el tercero que se quiere traer al proceso. De hecho, el tercero no-signatario puede repudiar la obligación contraída por el firmante, y no debe reembolsarle al firmante por sus gastos puesto que el firmante no estaba actuando en nombre suyo (Torres Vásquez n.d., 26).

Adicionalmente, el proceso de extensión de una cláusula arbitral se puede dar la situación en la cual el tercero ratifique únicamente una parte de las obligaciones acordadas por el signatario, pero no todas. En este tenor, por ejemplo, puede presumirse que el ámbito de aplicación de la cláusula arbitral únicamente afecta al tercero en parte, o pueden atribuírsele a éste todas las disputas que surgieron por la ejecución de un contrato que contenía una cláusula.

En vista de la inaplicabilidad de la teoría de la gestión de negocios con el procedimiento de extensión de una cláusula arbitral, se seguirá a analizar las otras teorías que gobiernan el tema.

3. La declaración unilateral de la voluntad

Surge, entonces, una tercera teoría para explicar la extensión de la cláusula arbitral a un tercero no signatario: aquella de la declaración unilateral de la voluntad (González de Castilla y González de Cossío n.d., 8). La declaración unilateral de la voluntad establece que “*la manifestación de la voluntad de un sujeto genera una obligación para él, sin la necesidad de la voluntad de un relativo acreedor*”(Peñalillo Arévalo 1999, 1). Esta supone que cuando se crea una obligación producto de la voluntad unilateral, ésta es la única fuente de las obligaciones (Torres Vásquez n.d., 28)

Ha de notarse que los actos jurídicos unilaterales pueden generar obligaciones a terceros, por ejemplo, el autor Peñalillo Arévalo en su artículo “la declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones” señala que el acto de reconocer a un hijo puede contraer la obligación alimentaria conexas al acto de reconocimiento.

Paralelo a la significación de esta teoría con la extensión de cláusulas arbitrales, surgió la teoría



que la declaración unilateral de la voluntad de una de las partes signatarias del contrato podía unir a un tercero puesto que el contrato que se firmase podía ser fuente del derecho que nace en el patrimonio del tercero (González de Castilla y González de Cossío n.d., 8) La teoría de la declaración unilateral de la voluntad supone, entonces, que esta declaración unilateral del promitente determina la adquisición del beneficio por el tercero (Torres Vásquez n.d., 28).

No obstante, esta teoría carece de ciertas explicaciones que ponen en tela de duda la idoneidad de equiparar el procedimiento de extensión con la teoría de la declaración unilateral de la voluntad. En primer lugar, la teoría de la declaración unilateral de la voluntad se queda corta al explicar cómo una de las partes del contrato puede oponerle excepciones del contrato al tercero. Es decir, si se está en presencia de una verdadera declaración de la voluntad esto no debiese suceder.

Asimismo, el autor Saleilles establece que cuando una obligación es fruto de una declaración unilateral de la voluntad, ésta es la única fuente de creación de las obligaciones (Saleilles 1914, 272). Desde este parámetro no se explicaría, entonces, como se da la extensión de una cláusula a un tercero cuando se presupone que la obligación nace producto del contrato y las obligaciones entabladas allí. De lo que, establece el autor Torres Vásquez, “*no se puede desdoblar entre contrato y voluntad unilateral, porque ello conduce a convertir el derecho del tercero beneficiario en una promesa desligada de su causa, la cual subsistiría aun cuando el contrato sea nulo, cayendo en la concepción alemana de los actos abstractos*”(Torres Vásquez n.d., 28)

Estos defectos hacen la teoría inaplicable, y sugieren la necesidad de buscar otra teoría que se adecue más al procedimiento en cuestión.

4. La estipulación a favor del tercero: ‘quien tome el beneficio tome la carga’

Finalmente, se propone la teoría de la estipulación a favor de un tercero. La estipulación supone una acción a favor de un tercero, pero no en contra. Esta se encuentra regulada en el Código Civil costarricense en los siguientes ordinales que indican:

“Artículo 1030.-La estipulación hecha en favor de un tercero es válida.



Artículo 1031.-Si dicha estipulación fuere puramente gratuita respecto al tercero, se regirá por las reglas de la donación, considerándose como donante a aquel de los contratantes que tuviere interés en que la estipulación se cumpla, o a ambos si uno y otro tuvieran ese interés, según los términos del contrato. En el caso de que la estipulación no fuere gratuita, se regirá por las reglas establecidas para las propuestas de contrato no gratuitos, considerándose como proponente al que estipuló.

Artículo 1032.-Si la obligación que se había estipulado en favor del tercero pudiere por su naturaleza ser ejecutada en provecho del estipulante sin perjuicio del prometiende, lo será en favor del estipulante si la estipulación fuere revocada o no aceptada por el tercero. Pero si una obligación no pudiere ser cumplida a favor del estipulante, si no con perjuicio del prometiende, o si de un modo absoluto no pudiere ser traspasada de la persona del tercero a otra, el estipulante, en el primer caso solo podrá aprovecharse del beneficio de la carga teniendo en cuenta del perjuicio que sufra el prometiende, y en el segundo caso, la revocación o no aceptación aprovechará únicamente al prometiende.”

De lo cual se desprende que la estipulación es permitida en la legislación costarricense y que debe regirse por normas específicas dependiendo de la onerosidad o gratuidad de ésta. Para el autor Francisco González de Cossío, la extensión de cláusulas arbitrales a tercero es propiamente una estipulación y dice:

“La estipulación a favor de tercero es justamente eso: a favor. No en contra. Mediante una estipulación pueden darse derechos, más no imponerse obligaciones. El principio de efecto relativo (o relatividad) de los contratos establece que los contratos establecen obligaciones únicamente entre las partes del mismo. No ante terceros. Ello está representado por el conocido aforismo: res inter alios acta. Lo que es más, el latinajo completo puede ser más ilustrativo: res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest. La estipulación a favor de tercero es una excepción a dicho principio, pero una excepción



parcial”(González de Cossío, El que toma el botín toma la carga 2012, 10)”

Para González de Cossío quien pretenda beneficiarse de un contrato que contiene un convenio arbitral, debe igualmente aceptar las responsabilidades devenidas de éste y aceptarse vinculado por ésta (González de Cossío, El que toma el botín toma la carga 2012). Para ello se cita al autor Werner Vega quien relaciona la extensión de la cláusula arbitral con el derecho hereditario, en el tanto cuando el heredero acepta el arbitraje cuando acepta la herencia o el cargo de albacea (Warner Vega 2012 , 13).

Dicho de otra forma, el autor Bernard Hanotiau dice que: *“las personas que no sean las partes signatarias pueden ser parte del acuerdo arbitral por parte de la aplicación de la teoría del mandato inmediato o porque se benefician del contrato.”*

No obstante, se considera que esta teoría no es necesariamente correcta para explicar la verdadera naturaleza de la extensión de una cláusula arbitral a un tercero no signatario. Esta teoría supone que el tercero se beneficia, pero no participa en la conclusión del contrato necesariamente. Puede equipararse la estipulación con los contratos de seguros, en donde un tercero puede beneficiarse al cumplimiento de una condición suspensiva o resolutoria, no obstante, no participa en el contrato de seguros. Y esta ‘no participación’ resulta incorrecta.

La extensión de cláusulas arbitrales a terceros, en ocasiones se considera un término incorrecto o confuso, pues supone que se está obligando a un tercero a arbitrar de algo que este último no acordó. Mas en realidad lo que se está haciendo es descubriendo quienes son las verdaderas partes del acuerdo arbitral o del contrato.

Sobre ello el autor Park dice que la locución ‘no signatario’ en verdad debe traducirse a lo que es: “partes no evidentes” de una cláusula arbitral, es decir, individuos o compañías que no han plasmado su firma o nombre en un papel, pero que en verdad sí son parte del convenio o del contrato mismo (Park 2009, 6-7).

Por lo cual se considera que debe de entenderse que esta extensión es verdaderamente un reconocimiento de las verdaderas partes del proceso y sus obligaciones derivadas producto de la



fuelle de un contrato. Esto resulta lógico en el tanto los contratos no se perfeccionan únicamente de manera escrita, por lo cual es improcedente suponer que originariamente las partes que firman el contrato del convenio arbitral son las partes del contrato y quienes adquieren derechos y obligaciones de éste.

B. La competencia jurisdiccional para conocer casos en donde pueda extenderse la cláusula arbitral a terceros no signatarios

La competencia para decidir sobre la extensión de una cláusula arbitral a un tercero puede corresponderle, tanto a un árbitro como a un juez. La decisión sobre a quién le corresponderá extender la cláusula dependerá en gran parte de las acciones que tomen las partes, y de las interpretaciones restrictivas o extensivas de las cortes a las que se les someta la duda.

La Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de *First Options of Chicago v. Kaplan* puso en duda este elemento de decisión producto del concepto de arbitrabilidad (*ver supra Capítulo I*), ya que se desconoce si la decisión de obligar a terceros es algo que los árbitros *puedan* decidir o no. En otras palabras, es incierto si esta decisión cabe dentro del ámbito del convenio arbitral (Davidson 2005).

En la presente tesis, se somete que ambos, los tribunales como las cortes pueden decidir sobre la extensión de cláusulas arbitrales a terceros desde circunstancias distintas. A continuación, se expone en qué medida puede corresponder a un Tribunal Arbitral decidir sobre esta materia, y en qué medida le ha de corresponder a un juez.

1. Los tribunales arbitrales

Un tribunal arbitral es quien tiene jurisdicción sobre las partes del acuerdo arbitral (Born, International Commercial Arbitration 2008, 1141). Es el tribunal quien usualmente va a tener competencia, salvo casos específicos en contrario (*Ver Infra Capítulo II, (B) (2)*).

Cuando no es claro quiénes son las partes del acuerdo arbitral, los tribunales tienen jurisdicción para, determinar si esta puede extenderse a terceros no signatarios del contrato (Hanotiau 2006,



¶10). Sobre ello, el tribunal deriva esta potestad en virtud del principio *kompetenz- kompetenz*, que se contempla en el artículo 16 de la Ley Modelo de CNUDMI, y paralelamente, del artículo 16 de la Ley LACI(Rio Algom Ltd v. Sammi Steel Co. 1991)(Deco Automotive v. G.P.A 1989) (Globe Union v. G.A.P 1994). El principio es contemplado internacionalmente por todas las jurisdicciones modernas,⁵⁰ y establece lo siguiente:

CAPÍTULO IV. Competencia del Tribunal Arbitral

Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el

⁵⁰ Sobre ello, la Corte de Primera Instancia de Honk Kong en el Caso *Fung Sang Trading Limited v. Kai Sun Sea Products and Food Company Limited* dijo: “The affirmation in article 16 (1) of the power enjoyed by arbitral tribunals to rule on their own jurisdiction echoes provisions found in virtually all modern international arbitration statutes and rules, and reflects what is widely considered to be one of the most basic principles of international commercial arbitration (Fung Sang Trading Ltd. v Kai Sun, 1991)



fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

El principio de *kompetenz-kompetenz* refuerza la doctrina de la separabilidad de la cláusula arbitral. Asimismo, le prorroga al tribunal la potestad de determinar por sí solo si tiene jurisdicción o no para revisar un caso de conformidad con la validez, eficacia, y arbitrabilidad de la cláusula arbitral misma (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) 1985).

En específico, con respecto de la posibilidad que tiene el tribunal de conocer sobre arbitrajes multiparte, el caso “*The City of Prince George v. A.L. Sims & Sons Ltd*” estableció que, el hecho que existan múltiples intervinientes en el proceso pero no todas ellas sean signatarios, no hace la cláusula ineficaz. Al contrario, este caso estableció que el Tribunal puede pronunciarse sobre su competencia para determinar quienes son las partes del acuerdo mismo (*The City of Prince George v. A.L. Sim & Sons* 1995).

De lo cual se refuerza que, salvo pacto expreso en contrario, el tema sobre el arbitraje multiparte entra dentro de la arbitrabilidad del convenio arbitral, y por ende, el tribunal arbitral es competente de conocer sobre el Convenio.

2. Las cortes

A lo largo de los años, muchas cortes han examinado si los no- signatarios pueden ser obligados a arbitrar contra su voluntad, o contrariamente, si pueden tomar ventaja de una cláusula arbitral en un contrato predecesor (Davidson 2005). De hecho, la decisión de si procede o no la extensión de una cláusula arbitral a un tercero puede ser decidida por ambos el juez y el árbitro.



Modernamente, sin embargo, la intromisión del juez en este tipo de aspecto suele ser una excepción más allá que una regla. La razón de ello tiene dos explicaciones. Primero, en los sistemas modernos es claro que “*el juez sólo puede intervenir en materia de arbitraje para dar pleno efecto al convenio arbitral. Más allá de este límite, ninguna intervención judicial en la materia podrá justificarse*” salvo en circunstancias limitadas (Aguilar Grieder 2001, 60). Segundo, actualmente el principio *kompetenz- kompetenz* está bien establecido y es respetado internacionalmente (ver artículo 16 de la Ley Modelo). Este acerba que es el tribunal arbitral quien tiene jurisdicción para decidir sobre su propia jurisdicción de conocer un caso, y por consiguiente para afirmar su competencia de extender la cláusula arbitral a un tercero. Con base en este principio y el principio de no intromisión de las cortes en el arbitraje, se vuelve cada día más inusual la decisión de un juez sobre si procede o no la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios .

No obstante, sí pueden haber circunstancias en el que un juez pueda ordenar a las partes a arbitrar y puede determinar la extensión de la cláusula a un tercero no signatario (Gulf Canada v Arochem 1992). Esta excepción se regula bajo el artículo 8 de la Ley Modelo de CNUDMI, al igual que el artículo 8 de la Ley LACI de Costa Rica; y mediante las reglas de la consolidación de procesos en ciertos países.

i. El artículo 8 de la Ley Modelo de CNUDMI

El artículo 8 de la Ley Modelo de CNUDMI dice:

Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.



2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

Este artículo impone una obligación de acatamiento inmediato a las cortes de forzar a las partes por arbitrar siempre y cuando compruebe que el caso en disputa tiene un acuerdo arbitral que no es inválido, nulo, ineficaz o inoperante (Miramichi v Canadian Pacific Bulk Ship Services 1992)(Guangdong v Conagra 1992). Por su parte, pareciera que el artículo 8 (2) estipula que traer una acción a la corte que se oponga a la jurisdicción de un Tribunal Arbitral ante una Corte no constituye un impedimento para comenzar o para continuar un proceso arbitral. Consecuentemente, esta provisión permite que se den dos procedimientos a la misma vez: uno que soluciona la parte jurisdiccional (la corte) y el otro solucionando el fondo del asunto (el tribunal) (Binder 2010, 126)(Rio Algom v Sammi Steel 1991).

En relación con este artículo, cuando las partes que no son signatarias de un acuerdo arbitral interponen una acción en la corte estableciendo que el acuerdo arbitral suscrito entre dos partes no le es aplicable – es decir, le es ineficaz, la corte puede entrar a conocer la validez de la cláusula con respecto del tercero o puede remitirlo de vuelta al tribunal arbitral. De hecho, una corte no deberá declinar jurisdicción para conocer un caso cuando éste contenga un acuerdo arbitral, pues deberá de examinar la cláusula a fondo para determinar si deberá asumir o no competencia (Iberfreight v Ocean Star 1989).

Cabe aclarar que a decisión de las cortes de aceptar jurisdicción para determinar la validez de la cláusula arbitral y su eficacia a terceros no contrarresta el principio de *kompetenz- kompetenz* de los tribunales arbitrales. La corte puede determinar si la cláusula es nula, inoperante o ineficaz en el caso en que una de las partes solicite una acción ante la corte, independiente del hecho si el tribunal arbitral, también, lo decide al mismo tiempo (Dalimpex Ltd v Janicki 2003).

Ahora bien, en cuanto a la interpretación de este artículo, algunas cortes han decidido que, si bien, el artículo 8 establece que la corte deberá referir a las partes al arbitraje salvo que el acuerdo sea nulo, ineficaz o inoperante, ésta, también, tiene competencia residual para decidir si



la disputa se encuentra fuera del ámbito del convenio arbitral, o si el acuerdo arbitral o si una parte no forma parte del acuerdo arbitral (Gulf Canada v Arochem 1992) De hecho, existen fallos en los cuales las cortes han interpretado que salvo que haya certeza de que la cláusula compromisoria y la cuestión de arbitrabilidad debía ser revisada por el tribunal, la Corte puede determinar si una de las partes puede ser requerida por arbitrar (AT & T Tech, Inc. v. Comm'n Workers 1986)(Telenor Mobile Communication AS v. Storm LLC 2009)(Rent- A- Ctr. W. Inc v. Jackson 2010).

En este caso, las cortes deben primero determinar si existe un acuerdo arbitral válido, y si una de las partes del acuerdo arbitral ha decidido no arbitrar (Prima Paint v. Flood & Conklin 1967). Esto significa que las cortes deben analizar si existe una relación suficiente entre las partes signatarias y la parte no signataria. Asimismo, deben de ver si hay evidencia que las partes querían que las cuestiones de arbitrabilidad fueran resueltas por un juez⁵¹, puesto que sino, debería decidirse por vía de las cortes este tema (Kramer v. Toyota Motor Corp 2013)(Republic of Iraq v. BNP Paribas USA 2012)

Si bien, algunas de estas cortes han preferido que sean ellas quienes diriman la cuestión de arbitrabilidad sobre si deben obligarse a terceros no signatarios a unirse al proceso, también, ha de entenderse que en la doctrina, ha existido un cambio de paradigma en el cual las cuestiones de arbitrabilidad deben de interpretarse con base en la presunción *pro arbitraje* (ver *supra*).

Con base en esta presunción, se estima que es más prudente referir a las partes al arbitraje, salvo la excepción que contempla el artículo 8 en cuanto a que se pruebe que la cláusula es nula, ineficaz u inoperante. Esto pues, cuando las partes deciden arbitrar y, por ende, rechazar la intervención de las cortes salvo en los casos especiales contemplados por la ley⁵² esta decisión debe aceptarse por un juez con base en el principio de la autonomía de las partes. Resultaría

⁵¹Sobre ello puede verse el caso de Contec Corp. v. Remote Solution Co. en el cual las partes (no signatarios y signatarios) tenían una relación próxima, pero, la corte decidió que los árbitros eran quienes debían de analizar y decidir sobre la arbitrabilidad puesto que las partes habían solicitado que sus controversias se solucionaran en la cámara de la AAA cuyas reglas decían que eran los árbitros quienes tenían la facultad de decidir sobre la arbitrabilidad del ámbito del convenio arbitral. (Contec Corporation v. Remote Solution Co. , 2005)

⁵²Sobre las restricciones de la intervención de las cortes en el proceso arbitral puede verse el artículo 8 de la Ley Modelo de CNUDMI.



contrario a los principios del arbitraje, se estima, que las cortes intentasen resolver conflictos en cuanto a la arbitrabilidad de la materia, cuando es claro que todo lo relativo a la interpretación de la cláusula puede hacerlo perfectamente un árbitro a primeras. Asimismo, aún en situaciones de la obligatoriedad de un tercero por arbitrar, debe establecerse que el criterio de los árbitros será prudente, y en caso de arbitrariedades el laudo siempre podrá ser anulado de conformidad con lo establecido, por ejemplo, en el artículo 34 de la Ley Modelo de CNUDMI, el artículo 34 de la LACI, o el artículo 10 del FAA.

ii. La consolidación

En el arbitraje, el proceso de consolidación es uno usual, y ocurre en caso de varios procesos arbitrales que conciernen a las mismas partes (Cable Connection Inc v Direct TV, Inc 2008). En ocasiones, en la consolidación sucede que existen terceras partes que no han firmado un convenio arbitral, por lo que no son signatarias.

El tema de consolidación se resuelve con base en las reglas aplicables de cada cláusula. No obstante, por lo general, es que es el Tribunal Arbitral quien decide si procederá a consolidar casos que involucren a no signatarios. Sobre ello puede verse el fallo del caso Green Tree, en el cual la Corte estableció que la decisión sobre la consolidación es una cuestión de interpretación contractual, y no le corresponde a las cortes, sino a los árbitros pronunciarse sobre ella. Este fallo ha sido reiterado (Blimpie Int v. Blimpie of the Keys 2005) (Yuen v. the Superior Court of Los Angeles County 2004) (Green Tree Financial Corp. v. Bazzle 2003) (Hanotiau 2006, 264).

Sin embargo, existen países con reglas específicas sobre la consolidación, que estiman lo contrario. Un ejemplo de ello es un caso emitido por la Corte de Casación Belga el nueve de mayo de mil novecientos sesenta y tres que estableció que- con base en la legislación Belga- cuando existía una disputa en donde había dos partes que habían firmado un acuerdo arbitral, y dos que no lo habían hecho, en lo que se llamaba un proceso indivisible, la Corte era quien tendría jurisdicción para ordenar la consolidación del proceso, negando la extensión de la cláusula arbitral” (Hanotiau 2006, 125).



Por consiguiente, habría que analizar la legislación específica de cada país para determinar la regulación que se da sobre la consolidación con respecto de partes no signatarias.

C. La ley aplicable para determinar la extensión de las cláusulas arbitrales

Para poderse dictar la extensión de una cláusula arbitral a un tercero, se necesita determinar cuáles partes accedieron arbitrar, y cuáles puede *presumirse* que accedieron a arbitrar (*ver infra*). Esta determinación ha de hacerse mediante la interpretación del acuerdo arbitral con base en las leyes que regulan la cláusula misma, lo cual para la mayoría de los árbitros representa un problema significativo procedimental⁵³(Park 2009, 9).

En ocasiones, la parte tratando de probar la relación contractual invoca la ley designada en el contrato mismo para resolver esta controversia al amparo de las regulaciones ahí incluidas, a pesar que esta ley no fuera pensada para aplicar a terceros y, aún cuando esta ley no siempre regula el acuerdo arbitral (Park 2009, 9). De hecho, gran parte de los autores asumen erróneamente de buenas y primeras que ésta es la ley aplicable a la cláusula arbitral⁵⁴.

Sin embargo, esto no resulta correcto. Sobre ello es importante recordar que el acuerdo arbitral es autónomo del contrato sustantivo y que ambos acuerdos pueden ser gobernados por normas distintas. A pesar que en la práctica es inusual encontrar contratos en los cuales se utilicen leyes distintas para regular el contrato y la cláusula, sí es posible hacerlo de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes (Pullinger y Mc Guinness 2013, 1). Por lo que resulta incorrecto a buenas y primeras tratar de resolver la interrogante de quiénes decidieron arbitrar basándose en la aplicación de la ley sustantiva del contrato mismo.

Puede verse la decisión de la Corte francesa en el Caso Iover St. Gobain v. Dow Chemical Francia (*ver infra*) que estableció que el ámbito y los efectos de la cláusula arbitral no se podían identificar bajo la ley aplicable al contrato mismo, sino de conformidad con la intención común de las partes, y los usos comunes internacionales (Rubino-Sammartano 2001, 234).

⁵³ Sobre ello el autor William Park establece que: “*When doubt has been raised about who agreed to arbitrate, arbitrators can face a “chicken and egg” conundrum*”(Park, 2009, p. 9)”

⁵⁴ Ver a (Rubino-Sammartano, 2001, p. 231)



Para poder decidir quiénes decidieron arbitrar, es primero necesario decidir cuál es la ley que regula la cláusula arbitral- es decir, cuál es la *lex arbitri*. Una vez decidido esto, será posible ver al amparo de qué ley podrán resolverse quiénes son partes del proceso, y quiénes accedieron al arbitraje. Asimismo, cuando esto se resuelva, son las leyes procedimentales⁵⁵ las cuales definirán el proceso por seguirse (Welser, M&A Post Closing Issues: Arbitration and Third Party Joinder 2010, 10)”.

Para decidir esto, se considera importante citar el caso de la Corte de Apelaciones Inglesa en el caso de Sulamérica, quien estableció un examen consistiendo de tres puntos para investigar cuál es la ley que aplica a la cláusula arbitral (Sulamérica v Enesa Engenharia 2012). Para efectos de esta investigación, se utilizará este concepto dado que es el más apropiado para dirimir cuál es la ley aplicable, pues toma todos los métodos utilizados por autores y los establece en un orden jerárquico. El examen consiste en analizar: (1) si existe o no una ley escogida por las partes que gobierne el acuerdo arbitral; (2) en caso que no existiese, se procede a determinar si puede inferirse una escogencia de las partes sobre una ley en especial; y (3) en ausencia de esa escogencia, se analizará con cuál ley el acuerdo arbitral tiene la relación más cercana y real. Basándose en estos tres puntos, se procederá a analizar cada uno.

1. La ley designada por las partes

Los árbitros siempre deberán aplicar la ley designada por las partes para resolver el conflicto planteado ante ellos. Esta regla se basa en el principio de la autonomía de la voluntad que es clave en el arbitraje internacional. Dicho principio se encuentra contemplado en el artículo 19 de la Ley Modelo o de la LACI. Se debe recordar que el arbitraje comercial es consensual, por lo que la ley designada por las partes será la ley que debe aplicar al contrato mismo (Stern 1952, 569). De hecho, si los árbitros ignoran aplicar la ley designada por las partes, existen

⁵⁵ Cuando las partes firman un convenio arbitral estas someten el acuerdo arbitral a una ley que puede indicar la ley procedimental del contrato, o, también pueden someter el proceso arbitral a un centro arbitral. Cuando las partes se someten a un centro arbitral, también se someten a acatar las reglas procedimentales del centro, por lo cual son estas las que determinarán cómo procederá la extensión de la cláusula al tercero.



posibilidades de anular el laudo o de rehusar su ejecución (Blackaby, et al. 2009, 199).⁵⁶

Se debe tener presente que existen dos leyes distintas que regularán el acuerdo arbitral: la ley sustantiva (*lex arbitri*) y la ley procedimental.⁵⁷ Si bien, el convenio arbitral es un contrato por sí solo que puede tener una ley específica que lo regule, cuando ésta no se encuentre presente, se aplicará la ley designada en el contrato mismo, y ésta se considerará la ley designada por las partes (Collins 1987). Asimismo, se aplicará la ley procedimental designada por las partes que puede ser la de alguna institución en el caso de arbitraje institucional, o alguna ley específica en arbitraje *ad hoc*⁵⁸.

Es importante destacar que cuando la ley designada por las partes en un contrato internacional se refiere a la ley de un país, la escogencia de las partes por esta ley, también, se refiere a los tratados adoptados por ese estado (BP Oil International v. Empresa Estatal 2003)(Ajax Tool Works v. Can-Eng Mfg 2003). Por ejemplo, si en un contrato de compraventa internacional de mercancías, las partes designan la ley aplicable como la de Estados Unidos, y este país es signatario de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercancías (CCIM), la ley aplicable para resolver la controversia será la CCIM, y no el *Uniform Commercial Code (UCC)* estadounidense.

Sin embargo, sin importar la posibilidad de que la ley misma remita a un Convenio o un Tratado, es fundamental que la ley que los árbitros apliquen, sea la ley designada por las partes.

⁵⁶Existe una excepción a este principio que es que los Tribunales o las Cortes pueden rehusarse a utilizar la ley escogida por las partes cuando esta escogencia violente principios de política pública internacional. Sobre ello ver (Born, International Commercial Arbitration, 2008, p. 2172-84)

⁵⁷ Adicional a estas normas, el acuerdo también se verá afectado por las leyes donde el laudo irá a surtir efectos, así como las normas de orden público del lugar en donde el laudo se emita, y consideraciones de orden público.

⁵⁸Es importante mencionar que en casos de arbitraje institucional, las partes- al designar a una institución que regule el proceso arbitral para dirimir sus conflictos- se adhieren a las reglas institucionales. A pesar de esta escogencia, las partes tienen la posibilidad de modificar ciertos estatutos de la ley, o modificarlos, siempre y cuando no se trate de derogar leyes mandatorias (Rubino-Sammartano, 2001, p. 4). Sobre ello, las mismas reglas institucionales tienen provisiones derogables. Puede verse por ejemplo el artículo 29 de las Reglas de 2012 de la CCI que permiten a las partes derogar las provisiones del Árbitro de Emergencia.



2. *La posible escogencia de las partes*

En ocasiones, las partes no hicieron una escogencia de ley expresa en la cláusula arbitral ni en el contrato mismo. En estas circunstancias, se procede interpretar el convenio arbitral, o el contrato mismo, para decidir si la intención de las partes de escoger alguna ley en específico podría presumirse⁵⁹(Delaney y Lewis 2008, 341)(Lew, Mistelis y Kröll 2003, ¶7-60).

Para interpretar el convenio arbitral, el Tribunal deberá interpretar el acuerdo con base en principios que gobiernan las transacciones comerciales internacionales, empezando con el principio de la buena fe (Fouchard, Gaillard y Goldman, International Commercial Arbitration 1999, ¶476). Aplicando este principio, el Tribunal deberá encontrar la verdadera intención de las partes para darle efecto a ésta (Mangistaumunaigaz Oil v. United World Trade 1995).

Estando establecido esto, el Tribunal deberá primero interpretar las declaraciones hechas por las partes durante la hora de contratar (Blackaby, et al. 2009, 85). Sin embargo, si de las declaraciones no puede establecerse la intención de las partes de escoger alguna ley en específico, entonces el acuerdo arbitral debe interpretarse con base en el criterio que una “persona razonable” hubiera tenido del acuerdo, dadas las totalidad de las circunstancias, y considerando las habilidades comparativas de las partes para emitir juicios informados, la sofisticación de sus intereses, y la extensión con la cual esos intereses fueron un factor determinante en la negociación de un contrato (Lloyd's Bank Canada v. Canada Life Insurance Co 1991)(X. GmbH v. Y. Corp Switzerland 2008). Por consiguiente, es con base en las reglas citadas con anterioridad, que un Tribunal deberá proceder a resolver si existe una ley que las partes *querían* que gobernara el contrato.

⁵⁹ Ha de recordarse que la razón por la cual las cláusulas arbitrales han de interpretarse para encontrar si puede presumirse una intención de las partes de utilizar una ley en específico se basa en el principio de la separabilidad de la cláusula arbitral. La autonomía de la cláusula reafirma que la cláusula es un ‘contrato’ en el cual se da la manifestación de las voluntades de las partes. Esta voluntad le permite a las partes escoger cómo querrán arbitrar y en qué medida. Mediante la interpretación de la voluntad de las partes, puede encontrarse si las partes pudieron haber escogido una ley específica a la cual someter el acuerdo arbitral. Sobre ello, puede verse (Delaney & Lewis, 2008 p. 341 y ss.)



3. *La ausencia de ley: conflicto de leyes*

En ausencia de acuerdo de partes, y cuando no se pueda inferir la ley acordada por las partes, los tribunales o las cortes se encontrarán en lo que se denomina como un conflicto de leyes (Rubino-Sammartano 2001, 238). Este conflicto puede solucionarse con base en ciertas reglas o parámetros internacionales, cuyo propósito es el de unificar el criterio de la ley por aplicarse a los contratos en ausencia de una designación por las partes (Stern 1952, 568). Cada árbitro podrá utilizar el criterio que considere prudente, pero generalmente se aplican dos criterios que son: la metodología del conflicto de leyes, o la metodología de la escogencia directa (Fouchard, Gaillard y Goldman, *International Commercial Arbitration* 1999, 876)

En cuanto a la metodología del conflicto de leyes, ésta propone seguir una serie de reglas de derecho internacional privado que ayudan a solucionar cuál es la ley aplicable al contrato. Generalmente, se utilizan las reglas de conflicto de leyes establecidas por la ley del lugar donde el arbitraje se lleva a cabo (Schlectriem y Schwenger 2010, 23). Cada país presenta leyes distintas, pero generalmente se aborda el tema mediante un método cumulativo. Este concepto consiste en analizar todas las posibles leyes aplicables a un contrato (la *lex loci contractus*, y la *lex solutionis*) (Rubino-Sammartano 2001, 431). Si todas estas leyes apuntan al mismo resultado, entonces, se utilizará ese resultado. Por ejemplo, cuando todas las leyes domésticas que rigen un contrato han adoptado, la ley modelo de CNUDMI como ley de arbitraje internacional comercial podrá inferirse que ésta será la ley más adecuada.

Otras reglas comunes consisten en que se aplique un criterio de proximidad de las leyes de un territorio determinado con el contrato mismo. Esto significa que debe determinarse con cuál ley tiene la cláusula una relación más cercana. Sobre ello, existe una presunción muy fuerte que la ley del contrato y la cláusula arbitral tiene la relación más cercana con la ley del país en donde el arbitraje se llevará a cabo⁶⁰(Collins 1987, 127) (*Hamlyn v Talisker Distillery* 1894).

⁶⁰Sobre ello, el fallo de *Hamlyn v. Talisker Distillery* es uno de los casos más antiguos en tratar el caso y establece: “Where a contract is entered into between parties residing in different places, where different systems of law prevail, it is a question, as it appears to me, in each case, with reference to what law the parties contracted, and according to what law it was their intention that their rights, either under the whole or any part of the contract,



No obstante, este criterio resulta inaplicable cuando las partes no han acordado un lugar en donde el arbitraje se llevará a cabo en el contrato original, o si el lugar donde el arbitraje se llevará a cabo se deja a escogencia del criterio de los árbitros o un tercero. En estos casos, entonces, lo que procedería determinar la ley del contrato con principios distintos (Collins 1987, 128)

Por su parte, la metodología de la escogencia directa supone que el Tribunal será quien escogerá la ley que éste considere más adecuada. Generalmente, el Tribunal tratará de escoger una ley que sea común o pueda resultar común entre las partes, para evitar poner a una parte en desventaja sobre la otra y mantener la equidad de armas (Fouchard, Gaillard y Goldman, International Commercial Arbitration 1999, 876) (Bonell 2007).

De lo anterior, puede determinarse que los Tribunales Arbitrales tienen amplias posibilidades de escoger la ley que mejor corresponda al caso aplicando los criterios anteriores.

D. El procedimiento para extender la cláusula a un tercero no signatario

En ocasiones, se confunde lo que es *el procedimiento* para extender las cláusulas a terceros y cómo éste procede, a los criterios o las ocasiones en las cuales se acepta extender una cláusula arbitral a un tercero no signatario.

should be determined. In considering what law is to govern, no doubt the lex loci solutionis is a matter of great importance. The lex loci contractus is also of importance. In the present case, the place of the contract was different from the place of its performance. It is not necessary to enter into the inquiry, which was a good deal discussed at the bar, to which of these considerations the greatest weight is to be attributed, namely, the place where the contract was made, or the place where it is to be performed. In my view they are both a matter which must be taken into consideration, but neither of them is, of itself, conclusive, and still less is it conclusive, as it appears to me, as to the particular law which was intended to govern particular parts of the contract between the parties. In this case, as in all such cases, the whole of the contract must be looked at, and the rights under it must be regulated by the intention of the parties as appearing from the contract. It is perfectly competent to those who, under such circumstances as I have indicated, are entering into a contract, to indicate by the terms which they employ, which system of law they intend to be applied to the construction of the contract and to the determination of the rights arising out of it". Para más información ver(Schofield, 1986)



Las situaciones en las cuales se acepta extender una cláusula arbitral a un tercero no signatario, generalmente, se refieren a situaciones en las cuales pueda presumirse el consentimiento o en las cuales sea incierta cuál es la personalidad corporativa (ver *infra*). Por su parte, en cuanto al procedimiento, este se refiere al momento procesal en el cual se puede solicitar la extensión de la cláusula arbitral, y cómo el tribunal acepta la inclusión o no del tercero en el proceso.

Con respecto del primer punto, cabe acotar que el momento procesal en el cual se puede solicitar la extensión depende de cada regla procesal, puesto que ellas tienen regulaciones varias en cuanto a este tema⁶¹. Por ejemplo, el nuevo reglamento de arbitraje de la CCI en su artículo séptimo establece que no podrán presentarse solicitudes para unir a un tercero al proceso luego de que se haya designado o confirmado a algún árbitro salvo el caso en el cual todas las partes del proceso estén anuentes a ello. Este, también, es el criterio compartido por las Reglas CEPANI en su artículo 11. Algunas reglas son silenciosas en cuanto a la posibilidad de llevar arbitrajes multipartes, y dejan esto al criterio de la ley que regula la cláusula arbitral. Este es el caso de la ley modelo de arbitraje.

En cuanto al segundo punto, generalmente existen varias maneras en las cuales los tribunales *extienden* la cláusula arbitral entre partes a un tercero quien no firmó el convenio arbitral. Esto es mediante: (1) la solicitud para unir a un tercero al proceso, (2) la intervención, y (3) cuando se pide la consolidación⁶² de procesos y en estos existen varias partes.

1. La solicitud para unir a un tercero al proceso

El primer caso supone que una de las partes solicita que un tercero se una al proceso arbitral. Puede solicitarse con el requerimiento arbitral, la respuesta al requerimiento o una contrademanda (Laitinien 2013, 2).

⁶¹Para hacer un análisis comparativo entre las distintas reglas institucionales de arbitraje puede verse: el artículo 7 y 8 de la CCI; artículo 22 de las Reglas LCIA; artículo 43 de las Reglas JCAA; y el artículo 24 (b) de las Reglas del SIAC.



En este caso, los tribunales arbitrales habiendo establecido que éstas son las partes que *deben* arbitrar (de conformidad con los criterios sustantivos que se analizarán *infra*), ordenan la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios y su apersonamiento (Merrill Lynch Inv. Managers v. Optibase, Ltd 2003). Cabe recalcar que las decisiones del Tribunal Arbitral son obligatorias, y en caso de que el tercero no acate la orden, en la mayoría de los casos se continuará el proceso sin éste y al ejecutarse el laudo se ejecutará en su contra.

2. *La intervención*

Este caso supone la situación en la cual es el tercero quien solicita apersonarse a un proceso arbitral ya existente ⁶³(Laitinien 2013, 3). No todas las reglas contemplan la posibilidad de que se dé la intervención, como lo es el caso de las Reglas de la CCI, las Reglas SIAC, o las Reglas LCIA, por lo cual se aconseja que las partes designen esta posibilidad en el acuerdo arbitral (Herbert Smith Freehills 2011). No obstante, otras reglas sí establecen esta posibilidad como lo son las reglas JCAA en su artículo 43 o las Reglas CEPANI en su artículo 11. Generalmente, la intervención sólo se permite cuando esta parte haya accedido por arbitrar desde reglas determinadas (es decir, las reglas del centro en caso de arbitraje institucional). Klas Laitinien presenta el siguiente gráfico como una ilustración de las distinciones entre la intervención y la solicitud para unir a un tercero que resulta de utilidad para entender la diferencia en la figura.

⁶³En el arbitraje de inversión bajo las reglas de CIADI, también se permite que se de la intervención mediante la figura del *Amicus Curiae*. Esto ha sido establecido de conformidad con el artículo 37 (2) de las Reglas de CIADI que permiten que un tercero se una al proceso en condición de *amicii*, sin que medie necesariamente el consentimiento de las partes.

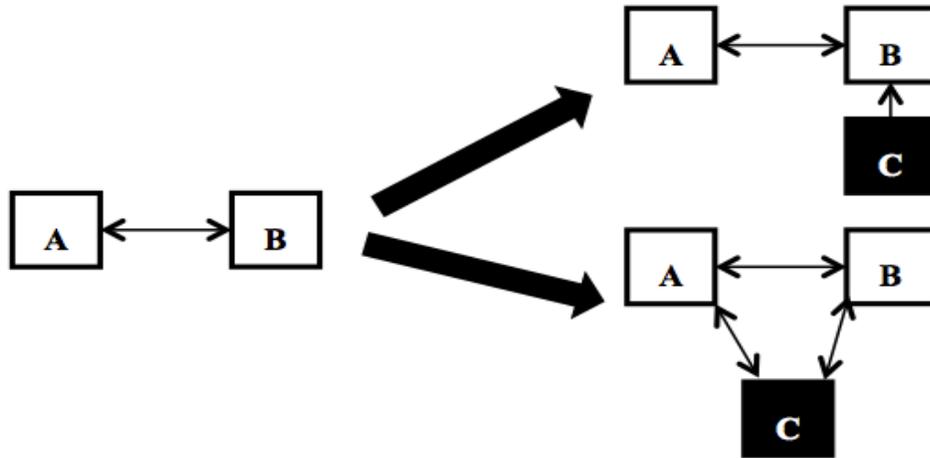


Imagen 1 extraído de (Laitinien 2013, 3)

A la izquierda se aprecia lo que es el arbitraje bi-parte; en la esquina superior derecha se presenta la figura de al intervención en donde un tercero solicita unirse; y en la esquina inferior derecha se presenta la situación en donde cualquier de las partes solicita unirse al proceso.

3. La consolidación

La tercera modalidad desde la cual se puede dar la extensión de una cláusula arbitral a un tercero es mediante el proceso de consolidación. La consolidación se refiere al acto o el proceso en el cual se unen dos procesos independientes que ya han iniciado o se encuentran pendientes(Laitinien 2013, 4).Sobre ello puede verse *supra* (capítulo II (B) (2) (ii)) para mayor información.

Cabe acotar a la anterior definición, que la consolidación generalmente procede, únicamente, en casos donde los diversos procesos sean ante la misma institución, y cuando pueda inferirse el consentimiento de las partes a consolidar los procesos (Fouchard, Gaillard y Goldman, International Commercial Arbitration 1999, ¶520-522)

El autor Laitinien ilustra el siguiente gráfico para representar la figura de la consolidación:

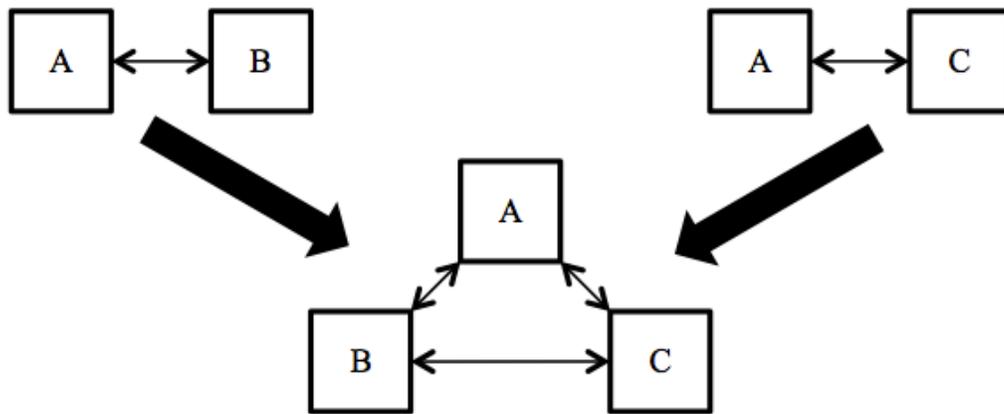


Imagen 2: Consolidación en (Laitinien 2013, 5)

El gráfico presenta la situación en la cual existen dos procesos (esquina superior izquierda y derecha respectivamente), unidas por alguna parte en común (aunque pueden ser varias). En estos casos lo que procede es solicitarle al Tribunal Arbitral o a la corte (ver *Supra* capítulo II (B) (2) (ii)) que consolide a los procesos, de esa manera convirtiendo dos procesos arbitrales bipartidistas en multi partidistas.

Consecuentemente, se extrae que la consolidación es un mecanismo mediante el cual procede la unión de no signatarios al proceso arbitral.

E. El rol del principio pro arbitraje en la extensión de cláusulas arbitrales a terceros

Dentro del último factor importante para el desarrollo del proceso en materia de extensión de cláusulas arbitrales, debe de citarse el principio pro arbitraje, el cual ha facilitado, procedimentalmente, la determinación de la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios cuando existe una duda sobre si deberá obligarse a estos por unirse al proceso.

El principio pro arbitraje, también llamado el principio pro arbitrabilidad o *favor arbitrandum*, tiene dos corolarios: uno positivo y otro negativo. En cuanto a los efectos positivos, este principio establece la política que deben adoptar los Estados de favorecer la ejecución de



acuerdos arbitrales cuando estos existan – *prima facie* - para así asegurar que éstos sean implementados de acuerdo con sus propios confines. Contrariamente, el efecto negativo que tiene este principio es que se espera de las cortes declinen su competencia para resolver la arbitrabilidad de un asunto, es decir, que obliguen a las partes por resolver sus controversias en sede arbitral cuando medie un acuerdo compromisorio y que cualquier cuestión relativa a la arbitrabilidad sea resuelta a favor del proceso jurisdiccional voluntario (Roskens 2005, 514). Al respecto, el tema de arbitrabilidad obliga a los tribunales o a las cortes por determinar dos incógnitas: primero, si la materia es susceptible a ser arbitrada bajo las leyes aplicables a la cláusula, y segundo, si quienes firman el acuerdo son partes del proceso (Prima Paint v. Flood & Conklin 1967).

La presunción pro arbitraje, aunque no se encuentra propiamente desarrollada por leyes sustanciales arbitrales como la Ley Modelo de CNUDMI (Obando Peralta n.d.), actualmente, es avalada por la mayoría de los países, incluyendo Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Italia, y Alemania (Born, International Commercial Arbitration 2009). No obstante, hay países como Costa Rica que todavía se oponen a la interpretación del principio *favor arbitrandum*, y contemplan que las cláusulas arbitrales deben de ser estudiadas en sentido restringido. En cuanto a los efectos del convenio arbitral, la Sala Primera estableció en la resolución no. 623-02 de las 15 horas y 50 minutos del 14 de agosto del 2002 que: “*la exclusión de la justicia ordinaria, que es el efecto principal del acuerdo -arbitral-, se ha de mirar siempre con criterio restrictivo. Esto, por lo demás, resulta de lo que dispone el artículo 11 del Código Procesal Civil, para quien la jurisdicción de los árbitros está limitada al negocio o negocios que expresamente le hayan sido sometidos*”(Resolución No. 623-02 2002). Este discurso ha sido respaldado por el Doctor Víctor Pérez Vargas, quien ha establecido al respecto que: “*dentro de la tradición a que pertenece el Ordenamiento Jurídico costarricense (donde la doctrina y jurisprudencia comparadas tienen el carácter de fuentes materiales de Derecho) las cláusulas arbitrales son de interpretación restrictiva*” (Pérez Vargas 1985, 160).

Si bien, el principio *favor arbitrandum* no ha sido avalado por algunas jurisdicciones, como se



cita el caso de Costa Rica, se sostiene por autores como el Profesor Juan José Obando que dicho principio debería y podría ser implementado en países como éste en el caso de tratarse de arbitraje internacional comercial (Obando Peralta n.d.). Específicamente, como se explicó en el capítulo primero *supra*, Costa Rica adoptó en el 2011 una versión cuasi exacta de la ley modelo de CNUDMI. Esta ley engloba, bajo su artículo 2A, el principio de internacionalidad, lo cual le permite al intérprete de esta ley utilizar criterios o principios del arbitraje internacional en la resolución de casos internacionales. En este sentido, su sugiere que podría utilizarse el criterio del artículo 2A para dar paso a la implementación de este principio pro arbitraje, aún cuando en la legislación doméstica costarricense se haya estipulado que las cláusulas arbitrales deberían interpretarse restrictivamente (Obando Peralta n.d.).

En el caso del arbitraje multiparte, la presunción de arbitrabilidad o el principio pro arbitraje juega un papel fundamental, pues determina los efectos que deberá tener la cláusula sobre las partes de un acuerdo – incluyendo las que no hayan expresamente consentido a éste. Es decir, el principio pro arbitraje delimita los límites sobre los cuales se hará la interpretación del convenio arbitral, es decir, si se efectuará de forma restrictiva o negativa, permitiendo o no de este modo que la cláusula se pueda aplicar – en tela de duda- al tercero no signatario.

Siguiendo este punto, específicamente, debe hacerse mención al hecho que las leyes sustanciales de las cláusulas arbitrales no necesariamente tienen provisiones que regulen la intervención o participación de terceros en el proceso arbitral (Serec y Kent Coes 2010). Por ello, al determinar los efectos de la cláusula- primariamente si ésta podría interpretarse para permitir que terceros sean parte del proceso – el principio pro arbitraje viene a marcar una diferencia, pues si la cláusula se interpreta de manera restrictiva o amplia va a incidir en la aplicación de esta cláusula a un tercero. Consecuentemente, una interpretación restrictiva de una cláusula podría facilitar el hecho que un tercero evada el arbitraje obligatorio ante la duda de la existencia o validez de la cláusula arbitral (Obando Peralta n.d.). De lo anterior se infiere, que el rol de este principio es instrumental en esta área, pues determina qué sucede ante la duda de la determinación si el convenio arbitral aplica o no a un no signatario: es decir, si el arbitraje fracasa en relación con el



tercero o no.

Por el ejemplo, en el caso Mitsubishi Motors contra Chrysler Corporation, se utilizó la aplicación del principio *favor arbitrandum* para extender la cláusula arbitral a un tercero no signatario cuando existía un convenio arbitral, pero no es claro si se debía obligar a los terceros a arbitrar o litigar. Allí se consideró que la presunción pro arbitraje parte de la premisa que ante la existencia de una cláusula y la actuación de un tercero, debe probarse claramente que no existe consentimiento para que la cláusula no se extienda. En otras palabras, se parece dar inclusive una inversión a la carga de la prueba, y ante la apariencia del consentimiento de las partes de formar parte de un contrato, debe obligársele a arbitrar y no litigar una disputa al amparo de dicha presunción (Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. 1985).

Similarmente, en el caso de Trelleborg contra Anell resuelto por la Corte de Apelación de Sao Paulo, se determinó que procedía la extensión de un acuerdo arbitral a un no signatario. En Trelleborg, dos compañías brasileñas firmaron un contrato, de la cual una de ellas era subsidiaria de una casa matriz en Suecia. Posterior a que surgió una disputa y se trató de obligar a la casa matriz a arbitrar, ésta alegó que no se debía ver obligada por el acuerdo arbitral puesto que no lo había firmado por lo cual esa disputa no era arbitrable. La corte determinó que los efectos de una cláusula arbitral no debían de interpretarse de manera restrictiva, sino que la cláusula debía entenderse como aquella que englobaba una relación jurídica contractual entre partes independientemente que fueran signatarias o no. Con base en ello, y en aplicación, entonces, del principio *favor arbitrandum*, se determinó que analizando la actuación de las partes, la activa participación del no signatario entre otros, procedía la extensión a la casa matriz (Trelleborg v. Anel 2006). Por consecuente, se puede apreciar en ese caso la interpretación que se le hace a la cláusula de manera amplia para así permitir que ésta permita la intervención de no signatarios en el proceso.

En tal sentido, el desarrollo del principio pro arbitraje a lo largo de las jurisdicciones ha servido positivamente para permitir el arbitraje multiparte, puesto que el carácter de presunción le otorga



credibilidad a la acción del tribunal, y se dificulta de esta manera que se llegue a anular un laudo. Consiguientemente, el principio ha tenido un rol clave en el proceso, y le ha sumado legitimidad al proceso del arbitraje complejo.

II. DESARROLLO SUSTANCIAL Y JURISPRUDENCIAL RELATIVO A LOS CASOS EN LOS CUALES SE DA LA EXTENSIÓN DE CLÁUSULAS ARBITRALES A TERCEROS NO SIGNATARIOS

Desde una perspectiva sustancial y jurisprudencial, puede apreciarse a lo largo de los años un desarrollo relativo a los casos en los que suele darse la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios. Si bien, es la opinión de varios comentaristas, que la cuestión sobre la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios ha de analizarse con base en los hechos de cada caso individual⁶⁴, se puede catalogar las principales circunstancias en las cuales la extensión procede o se solicita (Hanotiau 2006, ¶6) (Born, International Commercial Arbitration 2008, 1139).

Así bien, de la jurisprudencia internacional puede abstraerse una serie de circunstancias comunes en las cuales suele proceder la extensión de las cláusulas arbitrales a los terceros no signatarios. Dichas circunstancias pueden circunscribirse a cinco que son: la participación del tercero no signatario en el contrato de las partes signatarias, cuando existan pluralidad de contratos, cuando se da la anuencia del no signatario por unirse al proceso, cuando se desconoce la personalidad corporativa del demandado, y cuando se presume fraude de la personalidad corporativa. Estas se detallarán a continuación.

⁶⁴Sobre ello el laudo arbitral de la CCI número 9517 estableció que: “la pregunta de si personas no nombradas en un acuerdo pueden tomar ventaja de la cláusula arbitral incorporada en este, es una situación que debe ser decidida casuísticamente, requiriendo un análisis cercano de las circunstancias en las que el acuerdo fue hecho, la relación corporativa y práctica existente de una de las partes y conocida por la otra parte, y la relación actual o presumida dentro de las partes con respecto a los derechos de los no-signatarios de la disputa que participarán en el acuerdo arbitral; así como la extensión y las circunstancias las cuales los no-signatarios seguidamente se involucraron en la ejecución del acuerdo y la disputa que surja de él.”



A. La participación y/o aprovechamiento del tercero no signatario en el contrato de las partes signatarias

Los tribunales y las cortes se han visto anuentes por extender la cláusula arbitral a un tercero no signatario en casos en donde el tercero participó extensivamente en la conclusión, la ejecución o la terminación del contrato. Esto se puede ilustrar en los siguientes casos.

1. El caso CCI 7155: Norwegian Company v. Three French Companies

En el caso de la CCI 7155 de 1993, se negó la extensión dada la ausencia de involucramiento del tercero a la hora en la cual el contrato se concluyó. Este caso versa sobre una compañía noruega A quien compró en agosto de 1985 acciones de una compañía francesa W de tres compañías francesas Y, Y, y Z mediante un contrato de compraventa de acciones. Este contrato de compraventa contenía una cláusula arbitral que designaba a la CCI como institución responsable de llevar a cabo el proceso arbitral.

En 1988, tres años más tarde, una compañía subsidiaria de A - B -se constituyó en noviembre de 1988 para ser la compañía *holding* de las acciones de A en Francia. Posterior a ello, en noviembre de 1988, A traspasó a B las acciones de la compañía C (antes compañía W) y por consiguiente, B se convirtió en el dueño de la totalidad del capital social de la compañía.

Una vez que surgió una disputa, A, B, y C comenzaron en la CCI un arbitraje contra X, Y, y Z para obtener las indemnizaciones correspondientes en ejecución de las cláusulas de garantía contenidas en el contrato de compraventa de acciones. Las partes demandadas interpusieron una excepción de incompetencia dado que B y C no eran signatarios del acuerdo arbitral.

El Tribunal Arbitral decidió que no tenía jurisdicción sobre B y C con base en la jurisprudencia de la Corte de Apelación de París. Esta detallaba que la extensión de una cláusula arbitral procedía en casos en donde las partes no signatarias se vieran directamente implicadas en la ejecución del contrato, su formación o terminación, y cuando las actividades que estas partes



condujeran dieran pie a la creación de una presunción que estas partes conocían la existencia de un acuerdo arbitral, aunque no fuesen signatarias de éste.

En ese caso, el Tribunal, también, hizo referencia al concepto de grupo de compañías (*ver infra*) en el cual estableció que no existía un grupo de compañía puesto que éstas fueron formadas tras que se firmara el contrato de compraventa de acciones, y no había nada que las subsidiarias nuevas hubiesen hecho que pudiera implicar que conocían del contrato de compraventa o de la cláusula arbitral allí contenida. Con base en esto fue que el Tribunal Arbitral declinó jurisdicción para conocer el caso con respecto de B y C (Hanotiau 2006, 89-90).

2. El caso CCI 11160

En el caso CCI 11160- no publicado-, el autor Park establece que el Tribunal Arbitral aceptó extender la cláusula arbitral a un tercero con base en el hecho que la parte no signataria jugó un rol importante en la formación del contrato (Park 2009, 27).

3. El caso CCI 6195: X, XB, XC & XD v Y

En el caso 6195 de la CCI, el señor X era el accionante principal de un grupo de compañías francesas X. El señor X entró en un acuerdo con una compañía inglesa Y que, a su vez, era parte de un grupo de compañías Y. Este contrato era un contrato de *joint venture* y proveía la combinación de ciertos bienes y recursos de ambas compañías para desarrollar sus intereses en un hotel de lujo en Francia. El contrato contenía una cláusula designando la ley francesa como la aplicable a la cláusula arbitral, y un convenio arbitral que establecía el lugar del arbitraje en París bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI con uno o tres árbitros.

La idea principal tras el acuerdo era que el señor X y la compañía Y transfirieran sus acciones de varias compañías francesas en activos en este negocio a la compañía XB, para que fueran controlados por el señor X. Luego, setenta y cinco por ciento del capital de la compañía XB sería transferido a una compañía *holding*, cuyo capital se dividiría de la siguiente manera: 50.1 por



ciento sería atribuido al señor X, y el 49.9 por ciento sería dado a la compañía Y. El restante 25 por ciento sería atribuido al público.

Dentro de las compañías que debían transferir las acciones a la compañía XB se encontraban las compañías XC, XD, ambas que eran controladas por el señor X. El contrato estaba sujeto al cumplimiento de tres condiciones. La más importante, y la que no se cumplió era que las partes hicieran todo en la medida de lo posible para que se procurara la adquisición de la autorización del control de intercambio por parte de la compañía tesorera para la inversión en la compañía *holding* por parte de la compañía Y.

Al no cumplirse esta cláusula, la compañía Y se salió de la transacción. El señor X, junto a la compañía XB, XC, y XD comenzaron un proceso arbitral en contra de la compañía Y en la cual cobraban daños por pérdidas cuasi delictuales dado el retiro de la compañía Y del contrato de *joint venture*. Inmediatamente, la compañía Y interpuso una excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral por no tener jurisdicción sobre las compañías XB, XC y XC al no ser éstas signatarias del acuerdo arbitral.

El Tribunal Arbitral clarificó la distinción entre la empresa XB y las compañías XC y XD. En las compañías XC y XD éstas debían ser transferidas por el señor X a la compañía XB. Con base en esta distinción, el Tribunal estableció que de las acciones del grupo XC y XD no podían desligarse que éstas fueran anuentes o conocieran del acuerdo arbitral y el contrato con base en la doctrina del grupo de empresas. Para el Tribunal estas compañías, únicamente, estaban actuando como accionistas con libre disposición de disponer o no de sus acciones – sin importar lo que se acordara en el acuerdo de *joint venture*.

Por su lado, los árbitros sí decidieron que la compañía XB era parte del acuerdo arbitral por lo cual debería extenderse la cláusula arbitral. Esto pues la compañía XB había estado presente en todas las negociaciones y, sin esta, el contrato no hubiese tenido propósito. Asimismo, dado el comportamiento de la compañía XB se aceptó la estipulación a favor del tercero (Gravel y Peterson, French Law and Arbitration Clauses - Distinguishing Scope from Validity: Comment



on ICC Case No. 6519 FinalAward 1992, 511-514).

Por consiguiente, puede apreciarse, en este caso, cómo se tomó en consideración el actuar de la parte para que el Tribunal Arbitral determinara que sí podía extender la cláusula a XB a pesar de no haber sido un signatario del contrato.

B. Pluralidad de contratos

La segunda modalidad de circunstancias en donde se suele extender la cláusula arbitral a terceros no signatarios es cuando existen entre varias partes una pluralidad de contratos, pero se logra determinar que estos conforman una sola unidad económica, por lo cual las obligaciones de los contratos pueden entrelazarse y se puede estimar que un convenio arbitral en un contrato puede extenderse a partes en un segundo.

1. El caso CCI 1434: Multinacional A contra compañía Estado B

El caso de la CCI 4134 ilustra la situación que se da en casos de múltiples contratos constituidos por un grupo de compañías subsidiarias en donde una de las partes no signatarias aparenta tener mandato o autoridad en las obligaciones de los demás contratos de compañías subsidiarias (Laitinien 2013).

En ese caso, los puntos litigiosos se dieron en torno a a las condiciones de ejecución de dos contratos, concluidos por una empresa del país B, y ciertas compañías de un grupo multinacional A, y el señor A, el director principal de las compañías. Los dos contratos regían las relaciones contractuales vastas de la construcción de una planta y la dirección técnica del comienzo de la ejecución de la misma (CCI 1434 1975).

Una vez que surgió la disputa, se solicitó que A se apersonara al proceso en vista que éste aparentaba haber participado en los contratos de la multinacional que debían ser ejecutados por las subsidiarias. A pesar de ser dos contratos independientes, el Tribunal invocó la doctrina del



grupo de compañías sobre la base que la pluralidad de contratos se unían para formar una misma realidad económica entre ellos, con obligaciones que se entrelazaban.

El Tribunal Arbitral estimó que el señor A le hizo creer con razones suficientes y justificables a la compañía del estado B que él ejercía control de todas las compañías de los grupos que manejaba (Hanotiau 2006, 13). Con base en esto y otros descubrimientos de hechos fue que el Tribunal decidió que la compañía del estado B había contratado con el Grupo multinacional A.

Para justificar lo que para algunos fue una decisión poco ortodoxa, el Tribunal estipuló lo siguiente:

“Si les arbitres se sont cru autorisés à prendre une décision qui pourrait, à première vue, paraître peu orthodoxe, c'est à la suite d'une analyse des conditions dans lesquelles avaient été conduites les négociations contractuelles et d'une réflexion sur les groupes de société. L'une et l'autre les ont amenés à conclure qu'au-delà de la lettre des contrats se trouvait un engagement réel des sociétés auxquelles serait finalement opposée la convention d'arbitrage (CCI 1434 1975)”

De esta manera, estableciendo que la decisión de cláusulas arbitrales a terceros debe de mirarse con base en un análisis casuístico.

2. El caso CCI 8910

En el caso 8910 de la CCI de 1998, una compañía francesa A concluyó un contrato de distribución exclusiva con una compañía B de los Emiratos Árabes gobernado por la ley francesa y conteniendo un acuerdo arbitral que designaba a la CCI en París como la institución encargada de resolver cualquier controversia. Ese mismo día, la compañía francesa A, también, firmó con la compañía B y una compañía C, que era una compañía de los Emiratos Árabes en la cual B era una accionista mayoritario, un acuerdo tripartito en el cual C se encargaba de remplazar a B para la ejecución del contrato de distribución. Finalmente, un individuo D con nacionalidad de los Emiratos Árabes y dueño de la compañía B se constituyó como garante de C de responder por



los pagos tardíos en cualquier primer reclamo y sin legalidad formal en el contexto del acuerdo de distribución. Tanto el acuerdo tripartito de A, B, y C como el acuerdo de garantía de D no contenía una cláusula arbitral.

En el transcurso del tiempo, se informó que el acuerdo de distribución no sería renovado, por lo cual la compañía B paró de pagar las facturas comerciales relacionadas a las entregas previas. Seguidamente, la compañía francesa A interpuso un requerimiento arbitral en la CCI en París contra B, C, y D a lo cual C, y D interpusieron la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral ya que ellos no eran parte del convenio arbitral suscrito entre A y B en el acuerdo de distribución exclusiva.

El Tribunal decidió que C sí era parte del convenio arbitral, pues era la intención común de las partes (A, B y C) de ser unidos bajo la cláusula arbitral del acuerdo de distribución exclusiva. Esto se basó en el control que ejercía B sobre la compañía C, así como la interconexión entre ambos contratos concluidos por las partes. Por consiguiente, el Tribunal estimó que sí tenía jurisdicción sobre C y los primeros dos contratos.

No obstante, el Tribunal tomó una decisión distinta en cuanto a D y el contrato de garantía. El Tribunal decidió que no tenía jurisdicción sobre estos, pues aplicando la doctrina del grupo de compañías, consideró que D no formaba parte de esta única relación económica contenida en la transacción principal, y que solo el contrato de distribución exclusiva y el contrato tripartito formaban parte de esta transacción económica (Hanotiau 2006, 303-304)

3. El caso CCI 5281: A v. B, C, D y E

El caso CCI 5281 demuestra un criterio muy estricto en cuanto a la extensión de una cláusula arbitral a terceros. Una compañía americana A firmó un contrato con una compañía árabe B para crear una sociedad A. Arabia Limitada en Arabia Saudita. Las partes habían incluido un acuerdo arbitral mediante telegrama que estipulaba a la CCI como la institución encargada de dirimir el conflicto en sede de Ginebra. Una vez constituida la sociedad, las partes crearon un segundo contrato de cooperación entre socios en 1978 en donde se incluía a C y D como socios de la



compañía A. Arabia Limitada. C era un socio activo en la sociedad, mientras D era un socio responsable únicamente de aportar capital. Posterior a ello, E y los demás demandados concluyeron un contrato de traspaso de acciones.

Luego que la compañía A. Arabia Limitada adquiriera deudas sustanciales, A acusó a B de incumplimiento contractual, y daños y perjuicios, así como a C y D quienes eran presidentes asociados de la compañía A. Arabia Limitada. Asimismo, también interpuso la demanda contra E quien había comprado acciones de A. Arabia Limitada.

C, D y E interpusieron una excepción de incompetencia en virtud de la inexistencia de un acuerdo arbitral por escrito que los uniera en relación en la compañía A. El Tribunal Arbitral, al entrar a analizar el caso, analizó las circunstancias de C y D por un lado y E por el otro, dadas las circunstancias independientes.

En cuanto a C y D, el Tribunal analizó la ley de Arabia Saudita, puesto que ésta era aplicable al caso en cuestión. Bajo la ley árabe, los socios de sociedades limitadas o en comanditas debían responder igualmente con los otros socios por su aporte al capital social siempre y cuando esas deudas fueran exigibles y producto de la actividad de la sociedad. En este caso, C y D (a pesar que D era un socio no activo) aparentaron activamente representar a la sociedad en contra de A durante la relación contractual. Inclusive actuaron de acuerdo con el contrato establecido entre A y B para la creación de la sociedad A. Arabia Limitada. El tribunal adoptó el criterio de grupo de compañías para determinar si C y D se habían beneficiado del contrato y habían actuado aprovechándose del interés económico del mismo. El Tribunal determinó que la cláusula arbitral – aunque no había sido firmada por C y D no impide que ésta pueda extenderse a éstos. Específicamente, el Tribunal citó al antiguo secretario de la Corte de Arbitraje de la CCI con referencia al laudo número 2138 publicado en 1974 en la Revista de Derecho Internacional de 1975, páginas 934 y siguientes en el que éste manifestó:

« Or, quel que soit le souci des autorités étatiques de favoriser l'arbitrage en se



départissant, soit dans les conventions internationales, soit dans les décisions des tribunaux de leur rigueur passée en ce qui concerne la formation et l'interprétation des clauses d'arbitrage, force est de constater également qu'elles ne sont pas prêtes, à juste titre, à admettre qu'une partie puisse se voir opposer une clause d'arbitrage sans qu'il soit établi qu'elle s'y est soumise volontairement, sa volonté fut-elle tacite. »

A pesar de ello, el Tribunal determinó que no debía extenderse la cláusula arbitral a C y D dado que no había certeza de que hubiesen consentido por arbitrar sus disputas.

Con respecto de E, la compañía A. Arabia Limitada concluyó un contrato con el mismo en el cual A individualmente le transferiría 15% de las acciones de la compañía E a cambio de un precio que E nunca pagó. Por ello a E nunca se le inscribió como un socio en los libros de registro de accionistas o socios. Por lo que el Tribunal duda si E puede ser considerado un socio de la compañía y responsable por las deudas adquiridas frente a A.

El tribunal consideró que no podía extender la cláusula arbitral a E dado que éste no formaba parte de un grupo de compañías con A y B. El contrato que éste firmó fue independiente y nunca se hizo efectivo, en virtud que E nunca pagó las cuotas correspondientes al precio de las acciones.

La decisión del Tribunal de rechazar la extensión de cláusulas arbitrales se basó, principalmente, en el deber que tienen los árbitros de asegurar la ejecución del laudo.

C. La anuencia del no signatario

Otra de las circunstancias que se presenta en el arbitraje internacional comercial donde se procede con la extensión de cláusulas a no signatarios es el caso en donde es el tercero no signatario quien acepta la jurisdicción del Tribunal Arbitral para conocer la disputa.



Para detallar este punto, se presentan algunos casos claves en la materia dentro de los cuales se destacan el caso Dow Chemical v. Isover Saint Gobain; el caso de la CCI número 7604 y 7610. En el primer caso es el tercero quien solicita unirse al proceso, mientras que en los segundos casos se presume la anuencia del no signatario dada la conducta de éste.

1. El caso CCI 4131: Dow Chemical v. Isover St. Gobain

El caso Dow Chemical v. Isover St. Gobain tiene gran importancia para el arbitraje multiparte. Fue este fallo el precedente para crear lo que luego se vino a conocer como la doctrina del grupo de empresas (ver *infra* Capítulo III). En este caso, lo que se logra observar es la extensión de la cláusula arbitral producto de la anuencia de los no signatarios de la cláusula.

En Dow Chemical, surgió una disputa entre varias compañías parte del grupo de compañías de Dow Chemical y la compañía Isover St. Gobain con respecto del cumplimiento de dos contratos de distribución. El primer contrato se realizó entre la compañía Dow Chemical Venezuela y la compañía francesa Boussois- Isolation. Seguido a ello, ambas partes asignaron los derechos y obligaciones contractuales respectivos a Dow Chemical A.G. Zúrich, quien era una subsidiaria de Dow Chemical Estados Unidos, y la compañía Isover Saint Gobain.

Posterior a ello se dio un segundo contrato entre Dow Chemical Europa, una subsidiaria de Dow Chemical A.G. Zúrich, y tres otras compañías cuyos derechos y obligaciones luego se asignaron a la compañía Isover Saint Gobain.

Ambos contratos eran contratos de distribución y establecían que las distribuciones podían ser efectuadas por la compañía Dow Chemical Francia y otras subsidiarias de la compañía Dow Chemical. Asimismo, ambos contratos contenía cláusulas arbitrales que designaban la Cámara de Comercio Internacional (CCI) como Centro Institucional Arbitral para resolver disputas en caso de controversias. En práctica, Dow Chemical Francia efectuó las distribuciones establecidas en ambos contratos.



Cuando la disputa surgió, la compañía Dow Chemical, conjunto a Dow Chemical Francia, Dow Chemical A.G. y Dow Chemical Europa, instituyeron el proceso arbitral en la CCI contra Isover Saint Gobain con base en las cláusulas arbitrales contenidas en ambos contratos. El problema era que la compañía Dow Chemical y Dow Chemical Francia no eran partes signatarias del acuerdo arbitral contenidos en los contratos de distribución. Esto conllevó a que Isover Saint Gobain interpusiera una excepción de incompetencia por falta de legitimación en la cual le solicitaba al Tribunal Arbitral a establecer que no tenía jurisdicción sobre los no signatarios.

El Tribunal Arbitral rechazó las objeciones presentadas por Isover Saint Gobain y asumió jurisdicción para decidir el caso con todos los cuatro actores del proceso. Para ello, el Tribunal utilizó una ley distinta de ley francesa que gobernaba el contrato con base en el principio de la autonomía de la cláusula arbitral y se basó en la intención de las partes al contratar. Asimismo, el Tribunal se basó en el comportamiento de las partes no signatarias a la hora de contratar, ejecutar y finalizar el contrato.

2. El caso CCI 7604 y 7610

Los casos CCI 7604 y 7610 se consideran casos extremos en los cuales se accede a extender la cláusula arbitral basado en la posición que alega el no signatario. En estos casos, la parte actora A había concluido un contrato para el desarrollo de software con la primera parte demandada B, quien era una subsidiaria de C. En el contrato C emitió una carta en la cual garantizaba pago en caso de incumplimiento de B.

Tras que surgió una disputa, A rescindió el contrato con B e inició un proceso arbitral en la CCI contra B y C de conformidad con la cláusula arbitral en el contrato solicitando los pagos que éste había efectuado a favor de B.

Por su parte, un proceso paralelo se inició frente a una corte en Argelia, con respecto de la carta de garantía presentada por C.

En el proceso arbitral, la parte actora alegó C debía apersonarse al proceso porque B no era



autónomo y que C había participado en la negociación, la conclusión, y la ejecución del contrato. También, se argumentó que C había sido quien propuso someter todas las disputas al arbitraje.

El Tribunal Arbitral, tras analizar el caso y los hechos, concluyó que A no había demostrado que C había participado en la formación, terminación y ejecución del contrato, y que C no había ratificado el contrato, siendo que su única intervención fue limitada a emitir una garantía.

Sin embargo, cuando el Tribunal Arbitral analizó el segundo proceso en las cortes de Argelia, se dio cuenta que C interpuso una excepción de incompetencia ante la corte, pues todas las disputas debían ser sometidas al arbitraje.

Con base en este segundo proceso, el Tribunal Arbitral concluyó que era claro e inequívoco que C quería ser sometido al proceso arbitral y había dado su anuencia para ello- de esta forma aceptando el arbitraje(Hanotiau 2006, 170-1).

D. El desconocimiento de la personalidad corporativa

Es común que en casos donde se desconozca la personalidad corporativa de una entidad signataria del convenio arbitral, se proceda a extender la cláusula arbitral a terceros, pues se presume que la entidad es controlada por otros quienes están ejecutando las obligaciones contenidas en el contrato que contiene el convenio arbitral. Esto ha sido ilustrado en los casos, a continuación, en donde se tomó en consideración que se desconocía quiénes eran las partes ejecutando el contrato o responsables por las obligaciones contractuales conteniendo el convenio arbitral.

1. El caso CCI 3879: Westland Helicopters Ltd (UK) v AOI

El caso Westland se dio entre una compañía inglesa (Westland) y una entidad creada por cuatro Estados AOI. El contrato establecía que Westland debía fabricar y vender a la entidad AOI helicópteros para la industria de armamento. Westland logró que se uniera a los cuatro estados como demandados, aún cuando ellos no firmaron el acuerdo arbitral desde cual surgió la disputa.

El Tribunal Arbitral estableció que si las obligaciones que surgieron del acuerdo que contenía el



convenio arbitral, también, eran obligaciones de los Estados, entonces estos debían ser unidos a la cláusula arbitral. El laudo se anuló en vista que el Tribunal Arbitral excedió sus poderes ya que – por más obvio que haya sido que estas compañías eran parte del contrato, no habían accedido a arbitrar (Park 2009, 9).

Es importante analizar, tanto el laudo como la anulación para estos efectos. En cuanto al laudo, los árbitros determinaron que la organización AOI carecía de personalidad corporativa y que, “*en ciertas circunstancias determinadas, aquellos que no han firmado el convenio arbitral pueden estar ligados por la cláusulas*” (Correa Delcasso 2011, 8). Para ello, se tomó en consideración que la interdependencia económica entre AOI y los Estados árabes era evidente y que las acciones llevadas a cabo por los estados crearon la presunción que estos querían ser unidos al contrato conteniendo el convenio arbitral (Bamforth, et al. 2007, 13). Por ende, se procedió a ‘levantar el velo corporativo’ de la compañía producto del principio de equidad en materia de derecho internacional, y así proteger los abusos que se pudiese cometer contra Westland.

Por su parte, cuando el laudo se promulgó se procedió a anular después, estipulando que los estados no habían consentido por arbitrar, y que por eso se había constituido la entidad AOI independiente de los Estados. Se consideró, entonces, que los árbitros habían excedido sus poderes y se anuló el laudo en Suiza.

2. El caso CCI 5721

En el caso de la CCI 5721 de 1990, un empleador concluyó un acuerdo de construcción con el señor X de nacionalidad egipcia (el contratista), y una compañía Europea SA (sub contratista). Por su parte, la compañía Europea SA concluyó dos sub contratos con la compañía X Egipto, una subsidiaria de una compañía americana (X EEUU), que era representada, a su vez, por el señor Z. La subsidiaria X Egipto se encontraba en proceso de formación.

El señor Z había firmado dos contratos en representación de la compañía X Egipto. X Egipto no cumplió con sus obligaciones contractuales, y por consiguiente, el empleador lo expulsó del sitio y le dio la responsabilidad directa del proyecto a la compañía Europea SA.



X Egipto solicitó una serie de garantías de restitución del pago inicial y la garantía de buen cumplimiento que habían sido establecidas por la compañía Europea SA. Consecuentemente, SA inició un proceso arbitral contra la compañía matriz X EEUU, así como contra la subsidiaria X Egipto y el señor Z en Ginebra. SA le solicitó al Tribunal Arbitral que decidiera – dentro de otras cosas- que los sub contratos habían sido rescindidos y que las garantías allí contenidos era nulas.

Inmediatamente X EEUU interpuso la excepción de competencia alegando que el Tribunal Arbitral no tenía jurisdicción sobre él ya que solo la subsidiaria X Egipto había suscrito el contrato conteniendo la cláusula arbitral. Analizando la excepción, el Tribunal encontró que la subsidiaria X Egipto carecía de personalidad jurídica y que era solo una rama controlada por la compañía X EEUU, por lo cual el Tribunal sí tenía jurisdicción sobre al X EEUU, pues éste era quien había firmado los contratos convenios arbitrales a través de la compañía egipcia.

Por su parte, el señor Z argumentó que el Tribunal Arbitral no tenía jurisdicción sobre él, pues éste, no había sido parte de los subcontratos, pues él había firmado en su capacidad únicamente de Presidente de X. Para decidir si el señor Z era parte del acuerdo, el Tribunal utilizó las reglas de la *lex mercatoria*, es decir, el principio de la buena fe en los negocios y el comercio internacional. Asimismo, el Tribunal examinó la posición del derecho de EEUU, Suiza y Egipto para determinar si podía levantar el velo corporativo.

En EEUU, el velo corporativo, únicamente, podía levantarse en circunstancias en donde la subsidiaria es un mero instrumento de la compañía matriz, es decir, cuando una de las partes no es más que un representante bajo el control de la compañía madre y se justifique levantar el velo porque el principio de responsabilidad limitada de una compañía se preste para que se den circunstancias injustas. Por su parte en Suiza, se utiliza la doctrina *Durchgriff* que se basa sobre la prohibición contra los abusos de la ley, en la cual la independencia de una compañía debería ignorarse en casos extraordinarios, en donde se utilice de manera fraudulenta – esto es, contraria al principio de la buena fe. La ley egipcia contiene premisas similares, dándole gran importancia a la doctrina de la buena fe y evitando los abusos de derecho.



Con base en la doctrina de la buena fe, el Tribunal Arbitral procedió a establecer que:

“It is worth adding that arbitration is essentially based upon the principle of consent. So too, any extension of the scope of application of the arbitration clause must have a voluntary basis. Of course, such an intention can be merely implicit; otherwise any discussion of extension would have no meaning. But any extension must not, on the other hand, take place as a way of punishing the behaviour of a third party. Such action must be reserved to the ordinary courts before which a party may raise an argument drawn from the lifting of the corporate veil. In summary, the fact that two companies belong to the same group, or that a single shareholder has a dominant position, are never sufficient, in and of themselves, to legally justify lifting the corporate veil. Nevertheless, where a company or an individual appears to be the pivotal point in contractual relations in a particular matter, it is appropriate to examine carefully whether the legal independence of the parties should, exceptionally, be disregarded in favour of a global judgement. This exception will be accepted where confusion is fostered by the group or by the majority shareholder.”

Con base en estos principios, el Tribunal Arbitral determinó que no existía confusión entre la compañía X y el señor Z y que por consiguiente, la cláusula arbitral no se extendería al señor Z. Este señaló:

“An arbitral body must be very circumspect in relation to the extension of the effect of an arbitral clause to a director or manager who has acted strictly in this capacity. Any such extension presupposes that the artificial person has been no more than the business instrument of the natural person, so that one can ascribe to the natural person the contracts and undertakings signed by the artificial person. In the present case, the presumptions enumerated above do not afford complete certainty in this regard.”

Por lo cual, el Tribunal determinó que no era claro que SA quería negociar con Z a través de X, o



que el señor X quería personalmente ser parte del acuerdo arbitral. Si SA pensaba que el señor Z era responsable de la falta de cumplimiento de X Egipto, entonces debía ir a las cortes competentes para demandarlo en esa sede (Hanotiau 2006).

E. Fraude o constitución fraudulenta de la personalidad corporativa

El último caso notorio en el cual suele a proceder o solicitarse la extensión de una cláusula arbitral a un tercero no signatario es el caso cuando se da el fraude o la constitución fraudulenta de la personalidad corporativa de uno de los signatarios. Esto es evidente, usualmente, cuando no quede claro quién es la sociedad que controla a las otras y esto confunde a terceros o no queden claras las identidades de las partes y la subsidiaria no tiene cuentas bancarias ni oficinas ni papelería – es decir, cuando se aparente ser una sociedad fantasma (Villalobos López y París Cruz 2013, 27) (R. Caivano 2006, 125). Sobre este punto, pueden verse los siguientes casos.

1. El caso CCI 8385

En el caso de la CCI 8385, una compañía americana X, y una corporación belga Y subsidiaria de Z, firmaron un contrato en el cual X le daría a Y el *know-how* y servicios con el fin de construir una fábrica en Bulgaria. El contrato contenía una cláusula arbitral en la cual se designaba a la CCI como el centro designado para llevar a cabo un proceso arbitral en caso de que surgieran disputas.

Seguidamente, surgió una disputa dado que Y no pagaba los *royalties* correspondientes, por lo cual X inició un proceso arbitral contra Y. Sin embargo, Y parecía estar insolvente, por lo cual X, también, interpuso el requerimiento arbitral contra Z, la compañía matriz.

Z interpuso una excepción por incompetencia al Tribunal puesto que no era parte del acuerdo arbitral. Cuando el Tribunal entró a conocer este caso, debía determinar dos cosas. Primero si Z podía ser designado como responsable por las deudas de Y, y si Z era parte del acuerdo arbitral o podía extendersele la cláusula.

El Tribunal determinó que Z sí era parte del acuerdo arbitral ya que Z había utilizado a su



subsidiaria Y como un escudo de crédito de manera fraudulenta. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal no utiliza únicamente la ley designada por las partes, sino también, aplica reglas y principios internacionales, así como todas las normas posibles que podían aplicar en el caso en concreto. En su síntesis del caso, el Profesor Gary Born establece el razonamiento del Tribunal de utilizar estos principios y dice:

“Indeed, in [the context of] international relations, the tribunal considers that it is preferable to apply rules that fit the conditions of the international market and which achieve a reasonable balance between the trust a corporation bestows upon its distinct legal personality and the protection of persons who can be the victims of manipulations by a parent corporation using its subsidiary as a shield from a creditor. Applying international principles offers many advantages. They can be applied in uniform fashion and are independent from the particularities of each national law. They take into account the needs of international relations and allow a fruitful exchange between systems that are sometimes overly linked to conceptual distinctions and those that are seeking a pragmatic and fair solution to specific cases. It thus constitutes a unique and ideal opportunity to apply what is increasingly referred to as lex mercatoria. Even though the tribunal considers that it is preferable to apply the principles of international commerce dictated by the needs of the international market, it comes to the conclusion that the result is the same regardless of the application of New York law, Belgian law or of international principles. Those three systems recognize, at least in certain situations, that the corporate veil can be lifted and the tribunal concludes that, considering the particular circumstances of this dispute, those three systems allow for the veil to be lifted(Born, International Arbitration: Cases and Materials 2011, 508).

Para llegar a determinar que Z había utilizado a su subsidiaria Y como un escudo protector de crédito, el Tribunal procedió a realizar lo que se llama el levantamiento del velo corporativo (ver *infra*). En este caso, se procedió a levantar el velo corporativo dado el control efectuado por Z



sobre Y, así como los indicios de conducta ilegal por parte de la compañía matriz. Con respecto de este último punto el Tribunal Arbitral estimó que:

“[...]while the tribunal considers that, according to the law of the State of New York and Belgian law, Z is to be held responsible in relation to the contract and the agreement ..., the decision to this effect must in the first place be based on the law applicable to the international commercial community. It believes that, for the reasons already mentioned above, it is this law that must guide the decision of the tribunal. There is no doubt that the international community has developed a law in relation to this question [lifting the corporate veil]. In many international disputes, arbitral tribunals, while applying international principles, have lifted the corporate veil. It is important to remember the remarkable precedent and to emphasize the authority of the decision taken by a group of distinguished arbitrators (Professors Sanders, Goldman and Vasseur) in the case of Dow Chemical v. Isover Saint Gobain, ICC Case No. 4131 (1982).”(Born, International Arbitration: Cases and Materials 2011, 508)

Por consiguiente, con base en los indicios que existían de que esta compañía había incurrido en comportamiento fraudulento se procedió a levantar el velo corporativo, y unir a Z al proceso arbitral.

2. El caso CCI 5730: El caso Orri

En el caso de la CCI número 5730 se procedió a extender la cláusula arbitral contra un magnate de navieras griegas en virtud que éste creó y mantuvo confusión sobre su participación en varias entidades corporativas mediante la organización de varias actividades personales encubiertas por la máscara de entidades corporativas. El abuso y fraude que éste creó al reducir el capital de las compañías para pagar sus actividades personales hicieron que el Tribunal extendiera la cláusula arbitral de contratos suscritos por sus compañías y terceros a él, en vista que fue su abuso que creó esta confusión y perjuicio (Rodler 2012, 36-37).



III. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Es procedente concluir que el tema de la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios ha sido un tema que ha causado gran polémica, no únicamente en cuanto a la definición o identificación de la naturaleza jurídica del proceso, pero también, en cuanto a temas procedimentales y sustanciales.

En cuanto a la naturaleza del proceso, es importante recordar que el arbitraje no deja de ser un proceso ajeno a las cortes, por lo cual se ha cuestionado ampliamente la posibilidad que se tiene de obligar a partes que no han firmado un convenio arbitral a apersonarse al proceso. Quizás la teoría que ha sido más ampliamente invocada en cuanto a la extensión de cláusulas arbitrales es la teoría de la relatividad de los contratos que establece que estos solo surten efectos sobre las partes del contrato, lo que se conoce en el derecho romano como el principio *alteri stipulari nemo potest*. Producto de ello es que la doctrina ha producido gran cantidad de teorías acerca de qué es lo que justifica la existencia de este proceso de una manera que se logre hacer compatible el principio con el proceso de extensión.

Se considera que lo que la doctrina muchas veces olvida es que el principio de la relatividad de los contratos no es incompatible con el procedimiento de la extensión de una cláusula arbitral a un tercero, pues la extensión en realidad supone unir a las partes del proceso que no han firmado el contrato, pero que son en verdad parte del acuerdo arbitral, y que por virtud del principio *pacta sunt servanda* deben ser unidos y obligados a cumplir con las obligaciones allí suscritas-incluyendo el acuerdo arbitral.

Asimismo, es importante reflexionar sobre el desarrollo procedimental y jurisdiccional que ha tenido el proceso de extensión. Jurisdiccionalmente, por mucho tiempo se ha cuestionado la competencia que tiene un tribunal arbitral para conocer *prima facie* un proceso con terceros que no aparenten haber firmado la cláusula arbitral. Era incierto, entonces, si esta competencia recaía exclusivamente a las cortes o no, pues había que determinar si el tribunal tenía competencia o no.



No obstante, la jurisprudencia se ha ido consolidando para determinar que, efectivamente, el tribunal arbitral sí tiene jurisdicción para conocer un caso en donde existan terceros no signatarios en virtud del principio de *kompetenz-kompetenz*. Esto no significa que las cortes no tengan competencia residual para conocer sobre este tipo de procesos, y las partes pueden invocar la jurisdicción de las cortes a través de la invocación del artículo 8 de la ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial – sino que únicamente significa que usualmente es el Tribunal Arbitral quien deba conocer este tipo de procesos.

Resulta, también, importante analizar cómo procedimentalmente se extiende la cláusula arbitral a un tercero, para así entender plenamente el alcance de esta figura. En cuanto a ello, pueden citarse tres distintos modos en las cuales se extiende la cláusula que son la solicitud de ello por una de las partes del proceso; la intervención que la realiza el tercero, o la consolidación que se da en casos donde existan dos procesos independientes iniciados o pendientes. Estos tres procesos van a determinar con base en la ley aplicable del caso cuál es, entonces, la manera como puede invocarse la extensión o no.

Finalmente, cabe acotar la importancia que ha tenido el principio pro arbitraje para la consolidación y la legitimación del proceso relativo al arbitraje multiparte y la extensión de cláusulas arbitrales. La consolidación de la presunción pro arbitraje ha conllevado por consolidar la doctrina que el tema de la arbitrabilidad con respecto de la extensión pueda ser resuelta por un tribunal, y que en tela de duda sobre la decisión de arbitrar o litigar, se presuma la intención de las partes por arbitrar cuando media una cláusula. Así pues, se desprende que el principio ha sido clave para el desarrollo del proceso, pues le ha otorgado considerable sustento a la doctrina de la extensión a no signatarios.

Por su parte, el desarrollo sustancial de la extensión de cláusulas arbitrales a terceros también ha permitido agrupar para efectos de estudio, las circunstancias clásicas en las cuales procede la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios. Esto ha resultado de especial importancia puesto que permite estudiar el tipo de casos en los cuales se da la extensión, y de



esta forma clarifica a futuro entender el criterio que han tomado los árbitros en cuanto a este procedimiento.

De lo anterior, se desprende que el proceso de extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios es uno que se ha desarrollado ampliamente, actualmente, y que viene a quedarse lo más posiblemente de manera permanente en los proceso arbitrales de hoy en día.



CAPÍTULO TERCERO

LOS CRITERIOS UTILIZADOS PARA LA EXTENSIÓN DE CLÁUSULAS ARBITRALES A TERCEROS NO SIGNATARIOS

« L'arbitrage commercial est habituellement connu comme étant un mécanisme privé de règlement des différends entre les parties qui y ont préalablement consenti dans une convention d'arbitrage. Cependant, dans la pratique, on remarque que les arbitres font souvent exception à la règle de l'effet relatif du contrat au nom de l'efficacité de la procédure arbitrale. »

(Manirabona 2008)

Se han creado una amplia variedad de teorías legales, o criterios, que han sido invocados por tribunales o cortes nacionales para obligar a terceros que no han suscrito un convenio arbitral a apersonarse al proceso. Los criterios parten de reglas generales del derecho de la contratación privada o del derecho comercial, e incluyen, *inter alia*, la teoría de agencia, la doctrina del grupo de compañías, la doctrina de los actos propios, consentimiento implícito, subrogación, sucesión legal, y ratificación (Born, International Commercial Arbitration 2008, 1412).

El problema con estos criterios tiene dos vertientes: primero, no son fáciles de discernir los unos de los otros, pues existe un conglomerado de indicios o criterios para unir a un tercero (Park 2009, 8); y segundo, existen particiones en la doctrina que avalan la utilización de un criterio sobre otro (Tae 2009, 589). Esto, pues se considera que algunas teorías para unir a terceros no signatarios representan una amenaza para el fundamento legal del arbitraje: el consentimiento. Ergo, se estima que algunos de los criterios para unir a terceros sobrepasan las reglas generales del derecho de la contratación y se centran en fabricaciones doctrinarias que no son congruentes con la aplicación del arbitraje (Tae 2009, 590).

El presente capítulo expondrá los criterios invocados por tribunales internacionales a continuación, y realizará un análisis de cómo han sido aplicados en Costa Rica por nuestros



órganos jurisdiccionales. A diferencia del capítulo anterior que se enfocaba en el desarrollo sustancial y procedimental de cómo la extensión de cláusulas arbitrales se ha desarrollado, incluyendo la identificación de órganos competentes o en las situaciones usuales donde se produce la extensión, este apartado se enfoca exclusivamente por analizar el razonamiento de los tribunales y las cortes, es decir, los criterios sobre los cuales estos se apoyan para poder proceder a extender una cláusula arbitral.

I. EL CONSENTIMIENTO

El criterio del consentimiento es el principal criterio invocado para permitir la extensión de la cláusula arbitral a un tercero, pues el consentimiento de las partes para arbitrar es un pre requisito clave para el arbitraje internacional (Blackaby, et al. 2009, 99). En consonancia con lo que se ha explicado, el consentimiento es el corazón del arbitraje, y ante la carencia de éste mismo se dará la imposibilidad de arbitrar (Brekoulakis, *The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room* 2009, 1165).

El consentimiento de terceros para arbitrar puede darse de manera expresa o tácita. El consentimiento expreso ocurre cuando los terceros plasman su firma sobre el acuerdo arbitral o el contrato que contiene un acuerdo arbitral, o cuando estos suscriben un acuerdo en otro contrato y hacen referencia a una cláusula arbitral preexistente (Blackaby, et al. 2009, 95). En igual sentido, el consentimiento expreso, también, se puede configurar en los casos de ratificación. Esto es, cuando el tercero originalmente no suscribió un acuerdo arbitral, pero luego lo ratificó de manera expresa, es decir, dio su consentimiento a arbitrar. Finalmente, también puede darse en caso de acuerdos orales, empero quedará sujeto a la carga probatoria que establece la legislación interna de cada país (Villalobos López y París Cruz 2013, 25). Por otra parte, el consentimiento tácito es aquel en el cual se puede presumir el consentimiento a arbitrar producto del comportamiento entre partes (Park 2009, 3)(Blackaby, et al. 2009, 99) (Palay y Landon 2011, 14).



Para probar el consentimiento tácito puede analizarse las intenciones de las partes, la actuación del tercero no signatario en la negociación del contrato, la ejecución o terminación de éste mismo, así como el beneficio que obtuvo éste del acuerdo (Park 2009, 3). Es el deber de un Tribunal Arbitral determinar si el tercero accedió a arbitrar, y en qué medida el tercero quería arbitrar (Lew, Mistelis y Kröll 2003, ¶4-70). Para realizar dicho análisis, el Tribunal debe interpretar el acuerdo arbitral de conformidad con los principios generales que gobiernan las transacciones internacionales comenzando con el principio de buena fe (Fouchard, Gaillard y Goldman, International Commercial Arbitration 1999, ¶476). Aplicando este principio, el Tribunal debe ir más allá de las palabras plasmadas en el convenio o el contrato, para encontrar la verdadera intención de las partes y darle efecto a éste. Para ello, deberá verse la intención subjetiva y objetiva de las partes; entendiéndose la primera como la interpretación de las manifestaciones hechas por las partes a través de cartas, correspondencia, entre otras (Blackaby, et al. 2009, 85).

En caso que la intención subjetiva no pueda determinarse deberá proceder a interpretarse el contrato mediante una interpretación objetiva de éste, esto es, analizando las acciones de las partes de conformidad con el entendimiento que una parte razonable hubiese tenido del acuerdo arbitral, tomando en cuenta la totalidad de las circunstancias, considerando las habilidades comparativas de las partes para hacer decisiones informadas, la sofisticación y su interés, y la extensión desde la cual esos intereses fueron un factor en la negociación de un contrato (Lloyd's Bank Canada v. Canada Life Insurance Co 1991).

Asimismo, para determinar si el tercero consintió tácitamente a arbitrar podrá analizarse la actuación del tercero durante la negociación, ejecución o terminación del contrato, así como los beneficios que éste obtuvo del contrato.

II. EL CONTRATO DE AGENCIA

La figura de agencia se ha definido como una *“relación fiduciaria creada expresa o implícitamente por el derecho de la contratación privada en el cual una parte (el agente) ostenta*



el control otorgado por otra parte (el principal), y actúa en nombre de éste, eventualmente obligándolo por las acciones o palabras del agente”(Thomson CSF, S.A v. American Arbitration Association 1995)(Loban 2009, 8).

En el derecho internacional existen tres tipos de contratos de agencia: el contrato de autoridad actual expresa, el contrato de agencia actual implícita, y el contrato de autoridad aparente.⁶⁵ La autoridad aparente ocurre cuando las palabras o la actuación del principal le hacen creer a un tercero que el agente está actuando con autoridad (Rasmusen 2001, 17). La autoridad actual expresa es donde se da un contrato expreso de agencia entre un principal y un agente, en donde acuerdan los linderos de autoridad que tiene el agente y su poder en específico. Finalmente, el contrato de agencia actual implícita es cuando existe un contrato donde puede presumirse el mandato de agencia, sin embargo, no se delimita de manera expresa las responsabilidades del agente o el ámbito de representación que puede ejercer a favor del mandatario.

En caso que exista un contrato válido de agencia, y sea evidente la representación legal y la autoridad del agente, y el agente suscribe un acuerdo arbitral, podrá extenderse la cláusula al principal, a pesar de que éste no firmó el acuerdo (Blackaby, et al. 2009, 104). No obstante, cuando una parte establece que quiere unir a un tercero al proceso con base en la teoría de agencia, es necesario que pruebe que en verdad existe un contrato de agencia entre un principal (el tercero) y el agente (el signatario). En caso que no se logre demostrar ello, una corte o un tribunal podrá negarse a la extensión (Hall 2007, 3).

En *Bridas Sapic v. El Gobierno de Turkmenistán*, Bridas concluyó un contrato de *joint venture* con una compañía Turkmenneft, quien le pertenecía al Gobierno de Turkmenistán. Cuando una disputa surgió, Bridas trató de obligar al gobierno por apersonarse al proceso arbitral con base en el criterio de agencia. Para probar el contrato de agencia Bridas citó varios pasajes en el contrato

⁶⁵El concepto de “agencia” en el derecho civil es muy distinto del concepto de “agencia” en el derecho anglosajón. En el derecho civil, la figura de agencia generalmente se da mediante la emisión de un poder a favor del agente, en donde se expresan los términos exactos. En Costa Rica, por ejemplo, puede equipararse la figura de agencia con el del mandante quien le otorga a un mandatario un poder ya sea generalísimo sin límite de suma, general, especial, o especialísimo para que actúe en su nombre. En el derecho anglosajón el contrato de agencia es más laxo y no requiere de excesivos formalismos.



que establecían que el Gobierno de Turkmenistán garantizaba las obligaciones de Bidas, y que los intereses, derechos y obligaciones del gobierno eran representados por Turmenneft. La Corte Federal del quinto circuito de los Estados Unidos estableció que esto no era suficiente para probar que existía un contrato de agencia (Bidas Sapic et al. v. Government of Turkmenistan 2003) La corte señaló:

“We are simply unable to conclude that the parties, one a multi-national corporation who has negotiated joint venture agreements in the past, and the other, a sovereign nation, both represented by able counsel, intended Turkmenneft to sign the [joint venture agreement] as an agent of the Government in the absence of clearer language to that effect.”

Es por ello, que el derecho anglosajón, más que el derecho civil, ha establecido que los contratos de agencia, sino expresos, deberán analizarse para ver si podrá presumirse con base en la actuación de las partes, y las circunstancias de cada caso que existe dicha relación y de esta forma, entonces, extenderse la cláusula arbitral a un tercero no signatario.

III. LA INCORPORACIÓN POR REFERENCIA

Las partes no-signatarias de un contrato que contiene una cláusula arbitral pueden verse obligados a arbitrar mediante la figura de la incorporación por referencia. Esta sucede cuando una cláusula arbitral que se encuentra en un documento o un contrato se extiende a otros contratos en caso que se haga una referencia a la cláusula (Franco Vergel 2010).⁶⁶

El artículo 7 de la Ley Modelo de CNUDMI establece que las partes podrán incluir una cláusula por referencia, siempre y cuando dicha referencia sea suficiente para hacer que la cláusula forme parte del contrato. Esto ha generado la duda de si la referencia puede ser explícita o tácita. Ante ello, los trabajos preparatorios de la Ley Modelo indican que la referencia no ha de ser explícita necesariamente, pues todo lo que la ley solicita es que debe ser “suficiente” para que la cláusula

⁶⁶Puede verse el artículo 7 de la Ley Modelo de CNUDMI, que establece que 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.



se adhiera la contrato mismo.⁶⁷ Mientras varias cortes parecieran estar de acuerdo con esto, otras han sido restrictivas en cuanto a la interpretación del vocablo “incorporación por referencia.”⁶⁸

Cuando la referencia se hace de manera explícita, se limita la interpretación del árbitro. No obstante, en caso que la referencia no sea tácita, muchos tribunales se han centrado en aplicar las reglas de la contratación privada para determinar si tal referencia implícita es concordante con el consentimiento de las partes. Las múltiples jurisdicciones invocan reglas distintas dependiendo del “tipo de incorporación,” es decir, del contenido del documento que contiene la cláusula arbitral. Al respecto, por ejemplo, las reglas suizas establecen mediante el artículo 178 (2) PILA que cuando una persona firma condiciones generales que contienen una cláusula arbitral se ven obligadas a la cláusula, salvo el caso de la regla de lo insólito (*règle de l'insolite*), bajo la cual una parte no puede verse obligada a una cláusula arbitral contenida en otro documento si el contenido de esa cláusula es inusual; esto es, si el contenido se desvía de lo que una parte pudiese razonablemente esperar (Bärtsch y Petti 2013, 31).

Generalmente, la incorporación por referencia de manera implícita se da en el caso de contratos múltiples. Cuando varias partes firman un número de contratos relacionados a un único proyecto, no todos estos contratos incluyen un acuerdo arbitral, y muchas no incluyen una referencia expresa a la cláusula en el contrato original (Born, *International Commercial Arbitration* 2008, 1111). Esto suele verse en situaciones de múltiples contratos o contratos marco, contratos de *joint venture*, o consorcios. El hecho que las partes no incluyan una cláusula arbitral en todos los contratos, y que no exista una referencia explícita, no significa que las partes no han acordado al

⁶⁷Al respecto, la resolución que discute este tema manifiesta lo siguiente que: “*the text clearly states [that] the reference need only be to the document; thus, no explicit reference to the arbitration clause contained therein is required.*” Ver: A/CN.9/264, Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration, under article 7, ¶ 8, disponible en el sitio web de UNCITRAL en <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/18th.html>.

⁶⁸Por una parte, ver *Nanisivik Mines Ltd. and Zinc Corporation of America v. Canarctic Shipping Co. Ltd.*, Corte Federal – Corte de Apelaciones de Canadá, 10 de Febrero de 1994, [1994] 2 FC 662; *Re Corporación Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. et al. v. STET International, S.p.A. et al.*, Corte Superior de Justicia, Canadá, 22 de Setiembre de 1999, [1999] CanLII 14819 (ON SC); y de manera contraria *Concordia Agritrading Pte. Ltd. v. Cornelder Hoogewerff*, High Court, Singapore, 13 Octubre 1999, [1999] SGHC 269, [1999] 3 SLR(R) 618; y *Miramichi Pulp and Paper Inc. v. Canadian Pacific Bulk Ship Services Ltd.*, Corte Federal – División de Juicios, Canada, 9 de Octubre de 1992.



arbitraje como método alternativo de conflicto todos los contratos relacionados.

En estas situaciones, se ha encontrado que cuando los contratos se encuentren interrelacionados, y uno de ellos contiene una cláusula arbitral, puede presumirse que las partes consintieron de manera tácita que se extendiera la cláusula arbitral a todos los contratos (Fouchard, Gaillard and Goldman, *International Commercial Arbitration* 1999, 301). Se supone, entonces, que cualquier mercader razonable quisiera que los contratos que estén altamente relacionados se resuelvan mediante el mismo foro (*Deutsche Bank Ag v Tongkah Harbour Public Company Ltd* 2011)(Brekoulakis, *Multiparty and Multicontract Arbitration* n.d., 1).

IV. LA SUBROGACIÓN (ASSUMPTION)

La subrogación, o en términos amplios el llamado “assumption,” representa un criterio para la extensión de cláusulas arbitrales.

La subrogación es cuando un nuevo acreedor se substituye los derechos que otro tenía en deuda o en una obligación. La deuda o la obligación en sí misma no sufre alteración, solo se extingue respecto del primer acreedor (Brenes Córdoba 1984, 73) En otras palabras, es una forma o incidencia de cumplimiento de las obligaciones, en las cuales un tercero ajeno a la relación cumple con la deuda de otro inicialmente comprometido. En este tenor, se dice que la subrogación es una novación modificativa, en la cual se cambia una de las personas partes de la obligación sin romperse, entonces, ni extinguirse el vínculo obligacional (Aguilar Grieder 2001, 64). Así bien, puede hablarse de la subrogación de derechos legal, la subrogación mediante la novación, o la subrogación de derechos mediante la cesión. En el derecho anglosajón, cuando una parte asume las obligaciones de otra simplemente se le llama assumption (Corrie 2014, 51).

En el derecho español y el derecho de la Unión Europea, el caso más típico de subrogación en materia arbitral se ve en caso de los contratos de seguros. Al efecto, el Código de Procedimientos civiles español, así como el Convenio I de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, permiten que el asegurador se subroge los derechos del asegurado, adquiriendo de esta forma la posibilidad de ejecutar las



acciones que devengan de un acuerdo, incluyendo la cláusula compromisoria(Aguilar Grieder 2001, 64-65).

El tema de la subrogación cobra importante complejidad en el caso de los contratos de cesión.⁶⁹ Cuando se da una cesión de los derechos y las obligaciones en un contrato que contiene una cláusula arbitral, salvo acuerdo expreso del cesionario de aceptar la obligación de arbitrar la disputa, surge la interrogante si el cesionario se subroga los derechos del cedido en la relación originaria que existía entre éste y el cedente. En este sentido, cada país mantiene una posición distinta, empero varios países parecieran aceptar que con el contrato original, también, se ceden los derechos litigiosos, incluida la posibilidad de utilizar la cláusula arbitral. Al efecto, la Audiencia Provincial de Madrid estableció lo siguiente en sentencia de marzo de 2002:

El contenido del contrato de cesión es la transmisión del derecho de crédito a un nuevo acreedor que pasa a ocupar en la obligación el lugar del primitivo, permaneciendo esencialmente inalterada la situación obligacional, serán sujetos del convenio el acreedor cedente y el cesionario, sin necesidad de intervención ni de consentimiento del deudor cedido... El contrato de cesión de créditos representa un negocio bilateral en virtud del cual el acreedor cedente transfiere por acto inter vivos la titularidad de su crédito a un tercero (cesionario), con lo que al crédito se le hace circular... El efecto capital de la cesión del crédito es el cambio de titularidad jurídica, que pasa el primitivo acreedor al cesionario como legitimado desde entonces para recibir la prestación del deudor. El crédito se transmite al nuevo acreedor con todas sus garantías y ventajas: con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1528 del Código Civil “la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio’. Son efectos que recuerda la sentencia de 11 de enero de 1983, insistiendo en que ‘la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor

⁶⁹Mientras que algunos consideran la cesión como un método distinto de transmitir el convenio arbitral a partes no signatarias, para efectos de esta tesis se estudia la cesión como parte de la subrogación, en el tanto el cesionario se subroga los derechos del cedido.



operada como consecuencia de la cesión del crédito, lejos de extinguir el contenido de la obligación primaria lo conserva en su integridad”. Se origina, pues, una transmisión de las facultades crediticias, que pone al cesionario en relación directa con el deudor cedido, pero el vínculo contractual básico permanece entre los contratantes primitivos, de manera que el segundo está obligado a cumplir respecto al nuevo acreedor las obligaciones ex contractu constituidas originariamente en favor del cedente, en tanto este último por su parte cumpla o se ofrezca a cumplir respecto del cedido las inalteradas obligaciones que incumben al cedente por razón de este contrato... Excluidos los privilegios personalísimos del cedente, que no se transmiten, los derechos dirigidos a asegurar o facilitar la realización del crédito son transferidos con éste al cesionario... En definitiva, se produce como efecto una sucesión plena del cesionario en la posición jurídica acreedora, que tiene lugar por la concurrencia de los respectivos consentimientos de los intervinientes en el negocio. Como titular del crédito podrá el cesionario exigir la efectividad de la prestación, constituir en mora al deudor que incumple la obligación contraída y evitar, con las reclamaciones conducentes, la prescripción extintiva del crédito cedido. La identidad del crédito transmitido, sin más que un cambio en la persona del titular, permite al cesionario invocar la cláusula de sumisión en el litigio entablado por él para reclamar el pago. Como también les obliga al cesionario y al deudor cedido la estipulación en el contrato básico para someter la controversia a convenio arbitral (artículos 5 y 11 de la Ley de Arbitraje).(Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria (SAECA) c. Juan G.A 2002).”

Dicha postura, también, ha sido seguida en los casos de México, Inglaterra (tras la adopción del Acto de Arbitraje Inglés de 1996), Alemania, y Austria (R. J. Caivano 2012). En estas jurisdicciones se considera que al cederse los derechos de un contrato, el cesionario se subroga los derechos y obligaciones, incluidos el de ejecutar la cláusula compromisoria.



El consenso, también, pareciera indicar que en casos de novación, la cláusula arbitral también puede ser transferida a un tercero, puesto que éste se subroga los derechos antes existentes (Córdoba Schaefer 2013). El siguiente cuadro informativo (originalmente diseñado para el caso de la legislación peruana), también, resulta aplicable a muchas jurisdicciones, en el tanto se permite la extensión de la cláusula arbitral en los siguientes casos.

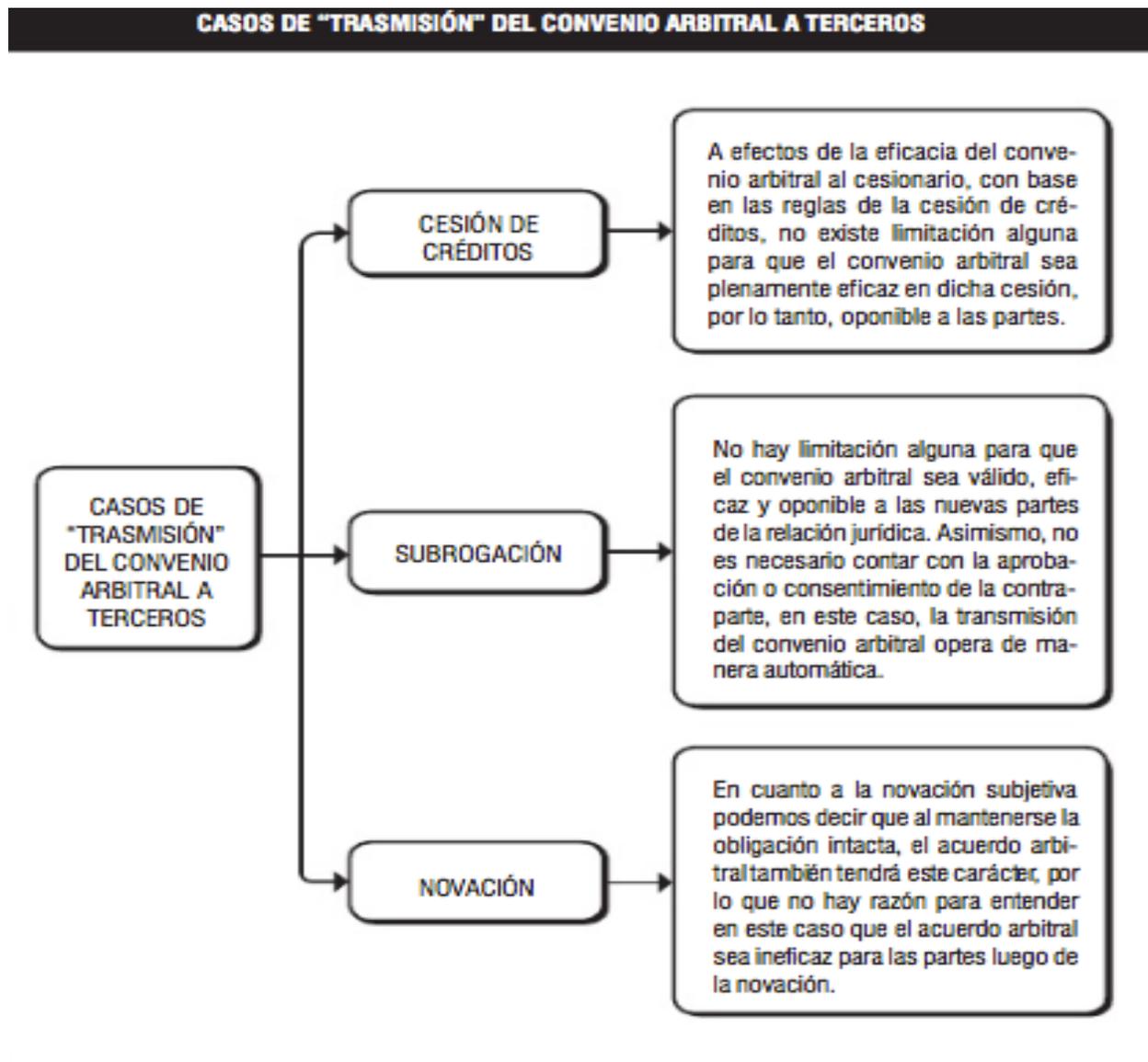


Imagen 3 extraído de (Córdoba Schaefer 2013)



V. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

La doctrina de los actos propios se basa en principio fundamental del derecho reconocido desde principios del siglo XX por la Corte Permanente Internacional de Justicia, bajo la máxima de “*nullus commodum capere de sua iniuria propria*” (nadie debería tomar ventaja sobre su propio error) el cual intenta evitar los abusos del derecho (Case Concerning the Factory at Chorzow, Claim for Indemnity Jurisdiction 1927). Ha sido desarrollado, principalmente, por el derecho anglosajón, y en el contexto de arbitraje multiparte se basa en la premisa que un no signatario no puede tratar de beneficiarse de la ejecución de un contrato, y al mismo tiempo evitar su responsabilidad de arbitrar alegando que no firmó la cláusula arbitral (Rodler 2012, 26). La teoría ha sido fundamentalmente aplicada en Estados Unidos bajo el nombre de *equitable estoppel* (Boza 2009, 73).

Su fundamento se basa en la buena fe contractual, pues supone que una parte no puede beneficiarse de un contrato e inducir a otra en error de su participación, para luego evitar las responsabilidades que el contrato implica, incluyendo la obligación de resolver las disputas mediante el arbitraje (Hosking 2004, 531). En las palabras de una corte estadounidense, la necesidad de incluir a terceros no signatarios en un arbitraje puede desprenderse en el caso de Estados Unidos desde las mismas consideraciones del FAA, pues éstas suponen equidad y justicia. La Corte manifestó lo siguiente:

“Not all courts have been willing to apply this liberal concept to allow a non-signatory to compel arbitration against a contracting party simply because the claims are closely related to its existing contractual obligations. However, such a broad interpretation is necessary to coincide with the policy of the FAA. The FAA’s policy encourages fairness and efficiency by including all necessary parties within a dispute. After all, how is it that a claimant could ever receive a fair outcome when he has to arbitrate part of his claim and then go to court against another party of the same dispute? Therefore, in observing the FAA’s policy, the agreement is specifically enforced according to its terms as required by general



contract law.”(DeArmann 1999, 645)

Este criterio ha sido utilizado, tanto para obligar a no signatarios a arbitrar, como para obligar a signatarios por arbitrar con terceros que no son signatarios. En Estados Unidos, por ejemplo, algunas cortes han aplicado la doctrina del *estoppel* para obligar a partes signatarias de la cláusulas al arbitraje con un tercero no signatario cuando lo que el no signatario busca resolver en el arbitraje se relaciona con un acuerdo que contiene la cláusula arbitral, que el signatario ha firmado (Hanotiau 2006, 21). En el caso *Hughes Masonry Co. v. Greater Clark County School Building Corp*, citado por el autor Hanotiau en su libro sobre arbitraje multiparte, se obligó a una parte por arbitrar mediante la aplicación de la doctrina de los actos propios. En ella un contratista demandó a un administrador de construcción dada la interferencia del último en la relación contractual del contratista con el dueño del edificio. Ambos- el contratista y el administrador- tenían contratos distintos con el dueño, pero solo el contratista tenía un contrato con una cláusula arbitral. El contratista señaló que el administrador no era parte del acuerdo arbitral. Sin embargo, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito decidió que el contratista debía ser ‘*equitably estopped*’ (sujetos a la doctrina de los actos propios) de su oposición al arbitraje, porque la base de su reclamo era que el administrador violó sus obligaciones y responsabilidades asignadas al mismo bajo su acuerdo que contenía el acuerdo arbitral. Hubiese sido manifiestamente incorrecto, y contrario a la equidad en el *estoppel* permitir al contratista pedirle al administrador que era responsable de la falla de cumplir con sus obligaciones bajo el contrato, y al mismo tiempo negarle al administrador su posición como parte del contrato para evitar el arbitraje.

En la mayoría de los países, inclusive varios comentaristas americanos, consideran que esta doctrina resulta altamente controversial, pues implica ignorar hasta un cierto punto el criterio del consentimiento de las partes por arbitrar (Sawrie 1998, 721). Es decir, al obligar a una parte a arbitrar basado únicamente en el hecho que ésta haya creado una impresión sobre la otra, o haya ejecutado el contrato, no es el equivalente al asentimiento de arbitrar. Es por ello que algunos mantienen que el concepto debe construirse restrictivamente (Hosking 2004, 531).



VI. LA DOCTRINA DEL GRUPO DE EMPRESAS

La doctrina del grupo de empresas es un criterio utilizado que permite unir a terceros no signatarios al proceso arbitral cuando varias compañías forman parte de un grupo de empresas y se consideran como una única entidad legal (Kombikova 2012, 5)(Gravel and Peterson, French Law and Arbitration Clauses - Distinguishing Scope from Validity: Comment on ICC Case No. 6519 FinalAward 1992, 510). Fue invocado por primera vez en el caso de Dow Chemical v Isover St. Gobain, y modernamente es utilizado, tanto en las jurisdicciones del *common law* como en las de derecho civilista⁷⁰(ver *supra* Capítulo II (II) (C) (I))(Blackaby, et al. 2009, 100). Su aplicación resulta sumamente controversial en varias jurisdicciones, y ha dado paso para que sea rechazada por ciertos países.⁷¹⁷²

En Dow Chemical, donde se desarrolló la teoría, se establecieron tres supuestos que debían cumplirse desde los cuales el criterio de grupo de empresas permitiría extender la cláusula arbitral a terceros. El primer criterio es que **(A)** debe existir una misma realidad económica entre el no signatario y el signatario; **(B)** seguidamente, debe haber un rol activo del no-signatario en la formación, desarrollo y terminación del acuerdo arbitral, y **(C)** debe comprobarse una intención común de incluir al no signatario como parte del acuerdo (Kombikova 2012, 10).

⁷⁰ A pesar de ello, cabe destacar que la Ley Modelo de CNUDMI, que es altamente utilizada por jurisdicciones de derecho civil y anglosajón, no elabora sobre la posibilidad de extender la cláusula arbitral a grupos de empresas. El grupo de trabajo de la ley durante la redacción de esta discutió que existía la situación en la cual una parte tratase de iniciar un proceso arbitral contra una entidad que no fuese originalmente signataria de la cláusula arbitral basándose en un criterio de 'grupo de empresas'. Asimismo, existían circunstancias en las cuales una entidad que no fuese la parte que suscribió el acuerdo tratara de arbitrar basándose en su relación con una compañía que sí suscribió el convenio. El grupo de trabajo de la Ley Modelo convino que no sería prudente incluir esta provisión en la redacción final de la ley en vista que podría ser rechazada por un gran número de países (Binder 2010, 113)(A.CN. 9/WG.II.108, Add. 1 2000).

⁷¹ Ver por ejemplo el caso de Estados Unidos, Suiza o Inglaterra que no permiten la aplicación de la misma al considerarla contraria a los principios que rigen el arbitraje. En Inglaterra, mediante el caso de Peterson Farms, la doctrina fue expresamente rechazada con la corte manifestando que no existía en la ley inglesa algún lugar para el desarrollo de dicha doctrina.

⁷²El autor Correa Delcasso ilustra las discusiones con respecto al tema, mas resalta la importancia del fallo, pues saca a relucir la importancia de identificar las partes del proceso. El mismo manifiesta: "*la décision – apparemment « frivole » aux yeux de tout spécialiste en droit de la procédure civile ancré dans l'idée contractuelle de l'arbitrage – a toutefois eu le mérite de distinguer clairement, d'un côté, le principe de partie au contrat (ou, du moins, ce qu'il fallait entendre par partie à de tels effets, compte tenu de sa remarquable participation dans les faits litigieux) et, de l'autre, celui de partie au procès.*"



A. El concepto de “una misma realidad económica”

El primer requisito sobre el cual la doctrina del grupo de compañías descansa, es que es posible ignorar la personalidad jurídica de una entidad, y unirla a un arbitraje, cuando esta entidad pertenece a un grupo de empresas y ambas constituyen una misma realidad económica (Dow Chemical v Isover St. Gobain 1982). Se dice que un grupo de empresas constituye una misma realidad económica cuando dichos grupos poseen vínculos corporativos, organizativos, y económicos que son idénticos, en el sentido que poseen elementos tangibles e intangibles que persiguen un mismo objetivo económico a largo plazo (Shell International Chemical Company Ltd v Commission of the European Communities 1999).

El propósito de determinar si existe una misma realidad económica es clave para proceder a extender una cláusula arbitral a un tercero no signatario, pues clarifica que lo que existe detrás de un acuerdo entre partes signatarias de un convenio arbitral es una ficción jurídica que no representa la realidad de una compañía. Dicho discurso ha sido avalado en el caso de la CCI número 5103, en el cual el Tribunal estimó que la seguridad de las relaciones comerciales internacionales requiere que la realidad económica de los grupos de empresas se tome en consideración para determinar la obligación de ser responsable por las deudas de la empresa de las cuales dicho grupo se ha beneficiado de manera directa o indirecta (ICC Collection of Arbitral Awards 1986-1990 1997).

De manera yuxtapuesta, otros casos han notado que la aplicación de la doctrina basada en la premisa de la existencia de una misma realidad económica de un grupo de empresas es contraria al principio universal de la personalidad corporativa. Al respecto, en Sarhank Group v. Oracle Corporation, que es famoso por negar la aplicación de la doctrina en Estados Unidos, se rechaza la aplicación de la doctrina basándose en la existencia de una misma realidad económica al decir:

To hold otherwise would defeat the ordinary and customary principles of experienced businesspersons. The principal reason corporations form wholly



owned foreign subsidiaries are to insulate themselves from liability for the torts and contracts of the subsidiary and from the jurisdiction of foreign courts. The practice for dealing through a subsidiary is entirely appropriate and essential to our nation's conduct of foreign trade(Sahrank Group v Oracle Corporation 2005).

Debe entenderse que la determinación de la existencia de una misma realidad económica en un grupo de empresas no ha de ser suficiente para proceder a extenderse la cláusula arbitral a un tercero no signatario, pues la doctrina indica que es necesario, asimismo, probar que el no signatario participó en la formación, ejecución o terminación del contrato, y que fue la intención mutua de las partes que todos arbitraran, inclusive los no signatarios.

B. El rol activo de las compañías no signatarias en la constitución, ejecución, o terminación del contrato

El segundo requisito necesario para que proceda la extensión de una cláusula arbitral a un tercero no signatario es la determinación de si el tercero tuvo un rol activo en la constitución, ejecución o terminación del contrato.⁷³ La palabra “rol activo” es clave para entender el papel que debe jugar el tercero para considerarse unido a la cláusula. Dicha expresión significa que el tercero tiene que haber estado presente en el corazón de las operaciones: tanto en el centro de las negociaciones que dieron paso a la constitución del acuerdo, así como tiene que haber tenido un rol preponderante en la ejecución y la terminación del acuerdo (Hanotiau 2006). Así bien, si una compañía no ha jugado un rol activo en el contrato, no procederá a extendersele la cláusula arbitral (Gravel y Peterson, French Law and Arbitration Clauses - Distinguishing Scope from Validity: Comment on ICC Case No. 6519 Final Award 1992, 511-514) (ver *supra* Caso ICC No. 6195).

⁷³ En Dow, por ejemplo, el Tribunal tras examinar la evidencia concluyó que: “considérant qu’il n’est ni contestable ni contesté que X Company (U.S.A.) possède et exerce le contrôle absolu de ses filiales, qui ont soit signé les contrats en cause, soit, comme X France, effectivement et personnellement participé à leur conclusion, leur exécution et leur résiliation (...)”



Este requisito es abordado a profundidad en el caso de *Korsnas Marma v. Durand Auzias*, donde la Corte manifestó que el acuerdo arbitral requiere de su extensión y aplicación a todas las partes que directamente se vieron involucradas en la ejecución de un contrato, independientemente de si firmaron o no un convenio arbitral. En el tanto se logre presumir que las compañías estaban al tanto de la existencia y el ámbito de un convenio arbitral presente en el contrato que ejecutaron, dichas compañías podían verse afectadas por el acuerdo, o hacer uso del mismo (*Société Korsnas Marma v Société Durand Auzias* 1988).

De esta forma, es crucial determinar en cada caso si la participación del tercero no signatario es lo suficiente para obligar al mismo a apersonarse al proceso arbitral, pues en el tanto el mismo haya participado activamente de la formación, ejecución y terminación del contrato, éste, también, deberá verse afectado por el método en el cual las partes solucionen los conflictos que de aquí originen.

C. Intención de las partes de considerar el grupo unido por un acuerdo arbitral

El tercer y último requisito que establece la doctrina del grupo de compañías, es que la intención de las partes a la hora que una compañía perteneciente a un grupo firmara un acuerdo arbitral era de considerar al grupo unido por dicho acuerdo. Desde este concepto, cuando un Tribunal aplica la doctrina debe considerar que no es tanto la existencia de un grupo de compañías que resulta en el hecho que varias compañías pertenecientes a un grupo se vean unidas y obligadas a arbitrar mediante el acuerdo que fue solo suscrito por una de ellas, sino que es en verdad el hecho que tal fue la intención verdadera de las partes a la hora de suscribir el contrato (Fouchard, Gaillard y Goldman, *International Commercial Arbitration* 1999, ¶500).

La aplicación de la doctrina, por consiguiente, recae sobre el principio del consentimiento de las partes; es decir, que fuese la intención original de las partes que las compañías del grupo arbitrarán, independientemente de si firmaron o no un acuerdo. En este tanto, quienes defienden la aplicación de la doctrina establecen que ésta nunca parte del criterio del consentimiento, pues es clave que se cumpla este requisito para que pueda proceder un arbitraje (Kiriak 2015, 24).



VII. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIAL O CORPORATIVO (ALTER- EGO)

El levantamiento del velo social o corporativo es uno de los criterios que se utiliza en el arbitraje internacional comercial para extender la cláusula arbitral a un tercero no signatario. Se basa en consideraciones de equidad,⁷⁴⁷⁵ y es la solicitud que se le hace al tribunal o la corte para que ignore el hecho que el signatario es una compañía o subsidiaria con una identidad corporativa propia, puesto que existe otra compañía (puede ser la compañía madre o un individuo) quien ostenta el verdadero o control de la compañía (Correa Delcasso 2011, 11). Por consiguiente, se le solicita al Tribunal que obligue al tercero no signatario quien ostenta este verdadero control a comparecer al proceso arbitral (Peter, Nouel y Gill 2013).

Para comprender cómo funciona el proceso del levantamiento del velo social, es importante repasar **(A)** el concepto de personalidad corporativa, para luego estudiar **(B)** las circunstancias en las que procede el levantamiento del velo social o corporativo.

A. El concepto de personalidad corporativa.

La personalidad corporativa es un concepto que es hoy respetado por todas las naciones en el mundo, mediante el cual se permite la separación de responsabilidad por los bienes adquiridos por distintas empresas (Hansmann y Kraakman 2000).⁷⁶ El concepto se construye con base en la

⁷⁴ Al respecto, puede leerse el razonamiento del Tribunal Arbitral en el caso de Westland (ver *supra*), cuando manifiesta que: “dans certaines circonstances déterminées, ceux qui n’ont pas signé de clause d’arbitrage peuvent, en tout état de cause, être liés par celle-ci (...)convient finalement de mentionner particulièrement les raisons pratiques et les considérations d’équité qui ont motivé la décision des arbitres dans cette affaire, au-delà de ses fondements juridiques (...)L’équité, conformément aux principes du droit international, permet de lever le voile social, afin de protéger les tiers d’un abus qui pourrait leur être causé »

⁷⁵ Puede verse también las consideraciones de equidad que se han invocado en su utilización en el arbitraje multiparte cuando un tribunal estableció que procedía el levantamiento del velo como un criterio de excepción pues: “some of these exceptions concern cases in which a separate legal personality is created with an intention to violate the law, public order or good faith, or to frustrate the rights of third parties. The need to avoid some form of legal fraud usually underlies these exceptions.”(Caso CCI No. 11160, 2005).

⁷⁶ Este concepto ha sido utilizado inclusive por órganos de derecho internacional público, como por ejemplo la Corte Internacional de Justicia en 1963 en la decisión sobre el Barcelona Traction Case. En ella, la Corte dijo: “there are almost as many different kinds of corporate entities as there are different systems of municipal law under which they are constituted and since their activities have been growing in complexity as well as in kind, the problem of protecting their legitimate interests in international law has been assuming increasing importance as well as endless complexity.”



finalidad del derecho comercial. Este último se enfoca en parte en la determinación de la responsabilidad o capacidad de los socios de una compañía para concluir contratos o representar a la sociedad mediante el contrato de sociedad (Hansmann y Kraakman 2000, 440).

Por su parte, el contrato de sociedad⁷⁷ conlleva una serie de beneficios para los socios, dentro de los cuales se encuentra la repartición de dividendos⁷⁸, y la limitación de la responsabilidad individual a la hora de contratar con terceros (Hansmann y Kraakman 2000, 426). Esta conversión de los socios y la propiedad en una figura jurídica de la cual devengan los beneficios anteriormente dichos se traduce en el concepto de personalidad corporativa (MacKenzie 2008, 7).

Existen dos teorías que conciernen a la personalidad corporativa: la teoría de ficción legal y la teoría de entidades (Kryvoi 2011, 172). La primera supone que la propiedad que se convierte en capital social de una compañía adquiere calidades especiales al configurarse en capital social, no obstante, continúa siendo propiedad y por consiguiente, los deberes de la asociación son en realidad deberes de los socios, y no deberes de un ente imaginario (Morawetz 1886). Por su parte, la teoría de entidades supone que la sociedad es un ente independiente separado de las personas que la constituyen (Teubner 1987, 130). Es sobre la segunda teoría sobre la cual se basa

⁷⁷En Costa Rica, nuestra legislación concibe la sociedad como un contrato, y cabe destacar que por el término sociedad se entiende no solo el acto jurídico que tiene naturaleza contractual, sino también la persona jurídica que nace a partir del contrato (Fernández González y Aragón Prado 1992).

⁷⁸Sobre el derecho al dividendo, es importante establecer que este va mano a mano con el derecho societario por lo que se remonta a la aparición de las primeras empresas o agrupaciones.⁷⁸(Fernández González y Aragón Prado 1992, I) Se ha dicho que la relación entre el derecho societario y el dividendo es evidente, puesto que el objeto del contrato de sociedad mercantil⁷⁸ es la repartición de beneficios que puedan resultar de las actividades de la sociedad⁷⁸(Ripert 1954, 658)(Brunetti 2001, 5). Por consiguiente, el derecho al dividendo ha sido considerado como el incentivo de los sujetos a reunirse en sociedad (Fernández González y Aragón Prado 1992, 1). En cuanto al derecho en si, el autor Antonio Brunetti ha dicho que: “*el derecho al dividendo acordado afecta a la parte proporcional del beneficio neto que la asamblea atribuyó a toda acción en trámite de aprobación del balance del ejercicio*” (Brunetti 2001, 445) Por su parte, los autores Saiz y García Niño manifiestan que: “*El derecho al dividendo es, pues, un derecho contingente, condicionado por la existencia de beneficios y porque se produzca el acuerdo válido de distribución que requiere la propuesta de aplicación del resultado de los administradores y la aprobación de la junta general*” (Carrasco Saiz y García Niño 2013). En Costa Rica, el derecho al dividendo se regula en nuestro código de comercio, y pueden verse los artículos 25, 27, 32, 122, 141-143, 155, 159-161 y otros. Para más información ver Código de Comercio (Código de Comercio, Ley Número 3284 1964).



este proyecto, entendiendo que la identidad corporativa supone la creación de una figura jurídica independiente⁷⁹, y configura la responsabilidad limitada de esa figura jurídica.

En cuanto a la creación de la figura jurídica, cada país establece una serie de reglas específicas para la creación de la sociedad. Dicho concepto ha sido respetado desde 1970 por la Corte Internacional de Justicia, la cual reconoció la personalidad corporativa como una institución creada por los estados que se refiere a las reglas relevantes de la ley municipal en determinar las reglas y deberes de las entidades corporativas y sus accionantes.⁸⁰ Por ejemplo en Costa Rica, la sociedad se constituye de conformidad con las reglas del Código de Comercio, y requiere la inscripción en el Registro Civil de conformidad con los artículos 18 y siguientes⁸¹.

Asimismo, en cuanto a la responsabilidad de la sociedad, ésta puede ser limitada o ilimitada. La responsabilidad limitada supone que los socios en la compañía son responsables por el capital que estos aportan únicamente, mientras que la responsabilidad ilimitada implica que los socios deben responder con la totalidad de su capital, y no únicamente con respecto de su aporte (Easterbrook y Fischel 1996, 41).⁸²

⁷⁹En Inglaterra por ejemplo, existe un fallo famoso en el cual la cámara de lores dijo: “*The company is at law a different person altogether from the subscribers ... and though it may be that after incorporation the business is precisely the same as it was before, and the same persons are managers, and the same hands receive the profits, the company is not in law the agent of the subscribers or trustee for them. Nor are the subscribers, as members, liable in any shape or form, except to the extent and manner provided in the Act. Ver (Broderip v Salomon , 1895)*”

⁸⁰*Barcelona Traction (Belg. v. Spain)*, 1970 I.C.J. 3 (Judgment of February 5, 1970).

⁸¹A pesar de ello, el Código también regula en su artículo 22 la figura de la sociedad de hecho, que es aquella que opera como sociedad mercantil pero no ha sido inscrita en el Registro.

⁸²Adicional a la figura simple de sociedad, debe adicionarse que existen gran cantidad de organizaciones sociales que han facilitado el abuso de la personalidad corporativa. Dentro de ellas se encuentran (no exhaustivamente), las siguientes: el holding, la cual es una sociedad financiera cuyo objeto único o principal es la adquisición de títulos emitidos por otras sociedades y cuyo activo está por lo tanto constituido en gran parte por valores mobiliarios. Se trata de sociedades que tienen por objeto la adquisición de participaciones de otras sociedades. Tiene por elemento principal el control o voluntad del dominio; el trust, las cuales tienen por finalidad la adquisición de grandes masas de valores mobiliarios pero no de obtener el control de las sociedades. Se unen varias empresas de tal modo que pierden su independencia económica y a veces también la jurídica, quedando sometidas a una dirección única; el konsern, el cual significa una verdadera concentración de empresas, basada en su subordinación de las empresa a una dirección única que tiene por fines la racionalización de la producción y unificación de política comercial, industrial y financiera del grupo de empresas que le forman, constituyendo una unidad económica formada por empresas jurídicamente independientes, pero sometidas a una dirección única como se dijo en lo cual se asemeja al trust pero se diferencia en que éste tiene por fin limitar la libre competencia; la subsidiarias son sociedades unipersonales o de un solo socio que se constituye en sociedad; la filial, que es toda sociedad que se halla sometida a la voluntad de otra o bien a la dependencia económica de otra u otras. El control debe reposar sobre la participación.



La figura de la personalidad corporativa ha sido abusada en cambiantes situaciones, por lo cual su existencia no amerita que no haya sido ignorada en situaciones independientes (Badia, Piercing the veil of state enterprises in international arbitration 2014). Existen ocasiones en las cuales las compañías se segregan o dividen en distintas organizaciones corporativas para reducir costos, limitar la responsabilidad económica de los socios en cuanto a actividades riesgosas, o cubrir la totalidad del capital social perteneciente a los socios (Blumberg 1987). De hecho, las organizaciones corporativas de hoy sirven varios propósitos y pueden, dependiendo del negocio, disminuir significativamente los costos de operación, aún cuando dos entidades compartan la misma junta directiva y sean prácticamente la misma entidad (Hansmann y Kraakman 2000, 399). Es por ello que no todas las organizaciones corporativas tienen en verdad una personalidad corporativa independiente, pues son dependientes de otra personalidad corporativa, y sus bienes, capital, y manejo dependen de una compañía madre. Por consiguiente, la existencia de una sociedad no implica la existencia de personalidad corporativa, y viceversa. Es por ello que cuando se abusa la personalidad corporativa, debe procederse a levantarse el velo corporativo.

B. Las circunstancias en que procede el levantamiento del velo social o corporativo

El levantamiento del velo corporativo es la circunstancia mediante la cual se le solicita al Tribunal o la Corte que ignore la separación entre entidades organizadas con distintas personalidades corporativas y que las una al proceso arbitral como si tuvieran únicamente una personalidad corporativa (Kryvoi 2011, 173). En el derecho civil, la aplicación de la figura es reciente, y su aplicación es sumamente difícil, puesto que existe un principio de presunción de la personalidad corporativa (Bridas Sapic et al. v. Government of Turkmenistan 2003). De lo que se desprende, que las circunstancias para solicitar el levantamiento del velo, deben ser evidentes.

Solo puede hablarse de filial cuando ha sido fundada por otra sociedad (una sociedad madre) reservándose ésta la totalidad o la mayoría de las acciones de la nueva filial. Debe caracterizarse por su autonomía patrimonial y subordinación económica a otra sociedad, subordinación económica que se analiza jurídicamente en la noción de control por lo cual filial se identifica más con sociedad controlada por otra sociedad; y la sucursal, la cual se diferencia con la filial en el sentido que tiene una ausencia de personalidad jurídica.



Mientras que cada jurisdicción regula la manera como puede proceder el levantamiento del velo social,⁸³ generalmente, se han interpuesto dos requisitos fundamentales para que pueda superarse la presunción de la personalidad corporativa. El primero es que se de un control y dominio extremo de una sociedad sobre otra, y el segunda es que, dicho control sea utilizado para cometer fraude o abusar de una situación sobre terceros, es decir, una situación de abuso del derecho (Born, International Commercial Arbitration 2008, 516).

Para probar el control o dominio extremo de un individuo o una sociedad sobre otra y el abuso que puede darse, podrán tomarse en cuenta factores distintos. Dentro de ellos se destacan: la existencia o presunción de un control significativo por parte de la compañía madre o accionista sobre una subsidiaria; la actividad significativa de la subsidiaria y sus directores; la determinación de si el control de la compañía madre o el accionista sobre la subsidiaria afecta las posibilidades de la subsidiaria de responder económicamente por sus acciones; la conducta ilegítima del grupo de compañías para esconder bienes o el verdadero capital social; y la existencia de una ficción legal corporativa para esconder o proteger los intereses de terceros que se esconden bajo la personalidad corporativa de una subsidiaria (Born, International Arbitration: Cases and Materials 2011, 508). Es importante recalcar que el mero hecho que una compañía pertenezca a un grupo

⁸³Un ejemplo donde se ha aceptado esta doctrina ha sido el caso de Inglaterra en el caso de *Prest v Petrodel* del 2013, en donde la Corte suprema del Reino Unido estableció expresamente el poder de la corte de levantar el velo corporativo, y manifestó que si bien este poder existía debía ejercerse en circunstancias limitadas. El caso versó sobre el resarcimiento de daños y perjuicios producto de un proceso de divorcio entre los señores Michael y Yasmin Prest. Específicamente el señor Prest era el accionista mayoritario compañías en el Reino Unido, y la señora solicitaba que se transfiriera el control accionario de varias de estas propiedades a ella como parte del acuerdo de divorcio a pesar del hecho que legalmente estas acciones eran parte del señor en su condición de socio, y no de él a título personal. Para lograr que se le transfiera la propiedad de las acciones, esta alegó tres doctrinas, siendo estas el levantamiento del velo corporativo, la invocación de la sección 24 (1) del acto de causas matrimoniales de 1973 inglés, o mediante el análisis que el beneficio del control mayoritario de las propiedades era beneficioso para el señor y no las compañías. A pesar que la corte suprema aceptó que se trasladaran los bienes producto de la tercera doctrina, esta procedió a analizar a fondo el poder de una corte de levantar el velo corporativo bajo la ley inglesa, y aceptó la existencia de esta doctrina bajo esta jurisdicción siempre y cuando se probase el principio de ocultación, y el principio de evasión. El primer principio se refiere al uso de varias compañías para ocultar quienes son los verdaderos actores, y el segundo principio se refiere a la situación bajo la cual una persona se encuentra bajo una obligación legal o responsabilidad que oculta mediante la creación de una compañía (Peter, Nouel y Gill 2013). Específicamente se dijo: “*the consensus that there are circumstances in which the court may pierce the corporate veil is impressive... I think that the recognition of a limited power to pierce the corporate veil in carefully defined circumstances is necessary if the law is not to be disarmed in the face of abuse*” (§27).”



de compañías que es dominado por un único accionista no implica necesariamente el levantamiento del velo, puesto que deben analizarse otras circunstancias específicas.

Al efecto, cabe acotar que levantar el velo corporativo se da en circunstancias extremas, y es difícil de probarlas aún cuando parezca evidente el dominio de una sociedad por otra. Por ejemplo, en el caso *VTB Capital Plc v. Nutritrek International Corporation*, el Banco VTB le prestó dinero a una compañía rusa para que financiara la compra de una compañía de lácteos llamada Nutritrek. Cuando la compañía rusa no pagó adecuadamente el préstamo, VTB descubrió que Nutritrek y la compañía rusa se encontraban bajo el mismo control corporativo, por lo que solicitó a la Corte que levantara el velo corporativo y obligara a ambos a responder solidariamente por el préstamo. A pesar de la pertenencia a un mismo grupo corporativo, la Corte Suprema del Reino Unido decidió que no procedería a levantar el velo corporativo, pues ninguna de las partes pretendía contratar con el tercero que se escondía tras el velo corporativo, por lo que no existía ningún perjuicio contra la parte actora (Peter, Nouel y Gill 2013).

La aplicación de la doctrina representa, en otras palabras, una excepción a la regla literal del consenso, por lo cual procede, únicamente, en circunstancias excepcionales, en la cual se cumplan ambos supuestos antedichos como mínimo.

VIII. CONCEPTOS EMPRESARIALES SOBREVINIENTES

El criterio de extensión concerniente a los conceptos empresariales sobrevinientes se aplica cuando una cláusula arbitral se extiende a un no-signatario, cuando dicho no-signatario cambió su forma corporativa para evitar la aplicación de una cláusula arbitral. Dicho criterio fue aplicado en el caso 558 de la Corte Bayerisches Oberstes Landesgericht en Alemania, caso en el cual los socios de una sociedad limitada concluyeron un acuerdo arbitral en el cual todas las disputas surgiendo de esa sociedad deberían ser referidas al arbitraje. Cuando una disputa surgió con respecto de una de las partes vendiendo sus acciones, la parte actora, quien era uno de los socios, consideró que esto era una violación de la cláusula de no-competencia de la sociedad y comenzó un procedimiento arbitral solicitando daños. Previo a la consolidación del tribunal arbitral, la



parte demandada solicitó a las cortes que no se llevara a cabo el proceso arbitral puesto que la cláusula era ineficaz ya que al no ser socio, pues había vendido sus acciones, no podía achacársele esa cláusula que tratara de una sociedad de la cual ya no era parte. La corte rechazó la solicitud y concluyó que la transferencia de las acciones no anulaba las obligaciones previamente adquiridas de la cláusula arbitral puesto que los convenios arbitrales no son limitados por el tiempo. Asimismo, la corte notó que la transferencia de las acciones es parte de los acuerdos de la sociedad que puede traer disputas futuras, por lo cual esta situación cabía dentro del ámbito del acuerdo arbitral (4Z SchH 6/01 2001).

Al efecto, se parte de la extensión con base en las obligaciones previamente adquiridas, independientemente del cambio de situación corporativa que se haya dado en las estructuras de una sociedad. La excepción a este criterio sería el de subrogación, puesto que en esa circunstancia un tercero se subrogaría los derechos del primero, los litigiosos inclusive.

IX. LOS CRITERIOS DE EXTENSIÓN DE CLÁUSULAS ARBITRALES EN COSTA RICA

En Costa Rica, no se ha aplicado la mayoría de los principios antes citados, pues muchos no se han invocado, y varios han sido rechazados por los tribunales nacionales o por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Como se ha recalcado, Costa Rica ha adoptado la versión 7(1) de la Ley Modelo de CNUDMI, la cual nombró la Ley 8937 y tramitó bajo expediente legislativo 17593. Actualmente, la Ley 8937 ha sido utilizada en menos de cinco ocasiones por lo que los criterios que se analizarán con respecto de la extensión de cláusulas arbitrales se harán al amparo de lo dispuesto bajo la ley número 7727, es decir, la ley doméstica de arbitraje.

El hecho que Costa Rica no haya interpretado dichos criterios bajo la ley 8937 no significa que no los llegue a implementar a futuro, pues la ley contempla bajo el artículo 2 (a) la posibilidad de la interpretación internacional de dicho cuerpo normativo (Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional 2012). En ese sentido, el expediente legislativo ha tomado nota



de ello, por lo cual se prevé que la contemplación de dichos criterios será posible (Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica 2011).

Estableciéndose esto, cabe iniciar por entender la posición recurrente en las sentencias de la Sala Primera con respecto de la extensión de cláusulas arbitrales. Esta parte del concepto que la cláusula arbitral es de carácter contractual, por lo cual sus efectos sólo aplican a las partes que suscriben el acuerdo y no a terceros (principio de relatividad de los contratos). Esta fue la primera postura que tomó la Sala en cuanto al tema, en la resolución no. 357-3 de las 11 horas y 10 minutos del 25 de junio del 2003 manifestó que: *“el acuerdo arbitral –por su naturaleza convencional- no alcanza a terceros, como corolario del principio de relatividad de los contratos y por la manera estricta con la que debe verse la renuncia a la jurisdicción común”*(Resolución No. 357-03 2003).

Dicha temática ha sido repetida por el mismo órgano en la resolución número 00900-2004, cuando la misma se pronunció de igual forma y señaló:

*“[e]l artículo 1386 del Código Civil confirma la naturaleza contractual de la cláusula arbitral (...) No se debe olvidar que el contrato -al igual que los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley- constituye fuente de obligaciones. Así lo establece el artículo 632 del Código Civil. De acuerdo con principios básicos de la contratación privada, como el de la relatividad (artículo 1025 ibídem), los efectos derivados del pacto se producen únicamente con respecto a las partes contratantes. Y parte es aquel sujeto de derecho que ha participado en el concierto de voluntades del cual emanan los derechos y obligaciones. Sea, no puede ser parte quien no se haya involucrado, emitiendo su voluntad, en la formación del acuerdo. En consecuencia, no cabe atribuir efectos del contrato propios de las partes, como los referentes a la fuerza obligatoria de lo acordado, a quien no haya figurado como tal (...)”*salvo *“las hipótesis previstas en la norma. No murió ninguna de las partes, ni se está en los casos de*



disolución, fusión o transformación de una sociedad y tampoco se trata de una cesión de derechos litigiosos. Por ello no se comparte lo dicho por el Tribunal al respecto y se anula el laudo.”

Análogamente, la resolución número 00509-2009 estableció que: “[p]or el contrato de compromiso las partes someten a la decisión de árbitros o arbitradores sus cuestiones actuales. Los artículos 1022 y 1025 del Código Civil preceptúan el denominado principio de relatividad de los contratos. De conformidad con este postulado, el convenio tiene fuerza obligatoria entre los contratantes. Sólo produce efectos entre éstos, salvo contadas excepciones que la ley contempla. En relación, puede consultarse, *mutatis mutandis*, la sentencia de este órgano jurisdiccional número 900 de las 14 horas 40 minutos del 20 de octubre de 2004” (Sentencia 00509-2009 2009). Esto fue confirmado de manera idéntica mediante la resolución 00005-2014 (Sentencia 0005-2014 2014).

Partiendo de dichos antecedentes, se pretende estudiar cuáles han sido: **(A)** los criterios adoptados por los tribunales o cortes nacionales en esta materia; **(B)** los criterios rechazados o inconsistentes; y **(C)** los criterios no mencionados al respecto. Asimismo, **(C)** se analizará el único caso donde la Sala ha extendido una cláusula a un no signatario al amparo de la ley LACI.

A. Criterios adoptados

Costa Rica ha mantenido el criterio del libre consentimiento para arbitrar. Para que se dé un arbitraje, la Sala ha dicho que deberá haber un acuerdo de arbitraje, el cual se comprueba cuando “*se compruebe que las partes lo estipularon, quedó constancia escrita de ello y, además, no cabe duda alguna de la plena intención a someterse a esa vía alterna para resolver conflictos.*”⁸⁴⁸⁵ Por ello, al existir el criterio del libre consentimiento, ninguna parte puede ser obligada a arbitrar un

⁸⁴Resolución No. 910-C- 2007. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, de las 14 horas del 18 de diciembre de 2007. (Resolución 00910 2007)

⁸⁵ En igual sentido, ver la resolución 0685-C-S1-2008 de las 11 horas 10 minutos del 16 de octubre de 2008 donde la Sala Primera se ha pronunciado manifestando en cuanto al acuerdo arbitral que “[a] raíz de la trascendencia de renunciar a la vía judicial... dicha expresión escrita debe contener, de manera inequívoca, la voluntad de someterse al proceso arbitral.” (Resolución 0685 2008).



convenio, aún ante la existencia de una firma, cuando dicha obligación fue adquirida de manera adhesiva.⁸⁶

En lo correspondiente a la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios, si bien, la tesis preponderante de la Sala ha sido recalcar la teoría de la relatividad de los contratos, ésta ha permitido la extensión a partes no signatarias ante ciertas circunstancias, preponderantemente ante (1) la existencia del consentimiento tácito, (2) la incorporación por referencia y (3) la subrogación.

1. El consentimiento tácito

Mediante el voto No. 703-2000, de 22 de setiembre la Sala Primera avaló la posibilidad de extender una cláusula arbitral mediante la existencia del consentimiento implícito en lo que fue un negocio continuado, donde en el primer negocio existía una cláusula arbitral.

“La carta de intenciones, en la cual se pactó la cláusula arbitral, es ciertamente un acuerdo preliminar, con vista a la futura participación de las sociedades suscribientes en el proceso de licitación pública Internacional No 02-98, referente a la creación y funcionamiento de Estaciones de Revisión Técnica Integrada de Vehículos, promovida por la Proveduría Nacional en interés del Ministerio de Obras Públicas y Transportes. En ella, empero, se toman ya varios acuerdos proclives a evaluar la viabilidad de la asociación y hasta se habla de las provisiones a tomar de resultar adjudicatarias. Ahora bien esas intenciones se materializaron luego dentro del propio esquema, pues todos los actos posteriores se dirigieron al mismo propósito que animó la suscripción de la carta. Es verdad

⁸⁶En este sentido ver Resolución No. 115-2006. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, estableciendo la “incompetencia del Tribunal Arbitral Ad Hoc, para resolver, habida cuenta de que no se debe someter a su representada a un arbitraje forzoso, conminándola a dirimir el conflicto en esa vía, porque la decisión de solución arbitral en realidad no fue negociada, sino que le fue impuesta por el contrato que el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos tiene preimpreso para que los profesionales afiliados a él necesariamente lo utilicen al tiempo de contratar con sus clientes, por lo que al haberse utilizado tal fórmula, lo convierte en un contrato adhesivo, del que la jurisprudencia de esta Sala –según así la interpreta- le proporciona la facultad de escoger la vía, sea la arbitral o no”(Resoución No. 115 2006).



que A.C. S.A., no estaba mencionada en aquel documento, pero hay correspondencia y documentos suscritos por ambas partes, donde se afirma, sin protesta de SGS, la incorporación de esa sociedad, como subsidiaria de D., en el proceso licitatorio, mas tarde formalizada en el denominado convenio de consorcio, suscrito por esta sociedad y SGS. Particularmente esto es manifiesto en la oferta hecha por el consorcio. La relación, por otra parte, se mantuvo fiel a las intenciones preliminares. Por eso lleva razón el Tribunal Arbitral al interpretar que no hubo una solución de continuidad entre lo convenido en esa carta y los demás actos, sino un solo negocio concretado en diversas fases, en una de las cuales, por convenio entre ellas, participó A.C. S.A., cosa que no era extraña a las intenciones expuestas en el primer documento, pues en él se previó, expresamente, la participación de otra u otras sociedades. Así entendido, la disputa sometida a arbitraje está ínsita en los términos “cualquier tipo de conflicto”, empleados en la cláusula arbitral. Con esto no se da un alcance genérico a la cláusula, más allá de la voluntad de las partes, pues su especificidad viene impuesta por referirse exclusivamente al conflicto o conflictos derivados de la preparación y participación en el proceso licitatorio. La Sala, en consecuencia, encuentra ajustado a derecho lo declarado por el Tribunal arbitral y estima que su decisión merece ser confirmada ”(Sentencia No. 00703 2000).

Manifiestamente, este fallo acepta que el consentimiento de las partes por arbitrar sus disputas puede darse de manera implícita, y no necesariamente con la firma del acuerdo arbitral.

2. La incorporación por referencia

Asimismo, como se estableció, la Sala ha admitido la extensión de una cláusula arbitral a terceros no signatarios mediante la incorporación por referencia, específicamente, en el caso donde se de la incorporación de un convenio arbitral en un acuerdo marco y luego no se estipule lo contrario. Al respecto, la Sala ha manifestado que: “*si en un convenio marco se inserta una cláusula arbitral válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio descrito en el*



documento, salvo disposición expresa en contrario, ésta vincula incluso a las personas sobrevinientes al negocio. Esto es así, porque en principio lo general comprende a lo particular...”(Resolución No. 357-F-03 2003)(Resolución No. 1180-2010 2010).

3. La subrogación

En lo que concierne a la demostración del consentimiento implícito del tercero por arbitrar mediante la subrogación, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto número 200-2006, de 07 de abril de 2006 estableció que procedía la extensión de una cláusula arbitral a una subsidiaria que no había participado directamente del convenio arbitral, pero que se incorporó posteriormente a la relación contractual y se subrogó los derechos de éste. La Sala manifestó lo siguiente:

“En el caso bajo examen, el contrato de distribución suscrito entre la actora y la entidad estadounidense en su cláusula dieciséis previó: “Artículo 16. ARBITRAJE (...).” Como se observa, la entidad panameña no concurrió con su firma a ese contrato. No obstante, de la documental obrante en autos y la participación que en el conflicto suscitado mostró su representante, se corrige que aquella asumió las obligaciones de su homóloga estadounidense y por ende, se sujetó a la forma convenida para solucionar las controversias. Así se observa cuando el representante de la entidad panameña, señor T.H.L., suscribe la carta del 12 de octubre del 2004, por la que revela el vínculo de negocios que ligaba a su representada con la actora, el cual –indica- se fundamenta en el relacionado contrato de distribución suscrito entre S. y D.E.C.A. Su participación y vínculo de negocios con la actora, se colige de las propias manifestaciones del relacionado representante T.H.L. en su indicada carta, cuando en ella refiere: “Mi representada mantiene en la actualidad una relación contractual con su representada, en virtud de la continuidad del contrato de distribución suscrito el 16 de abril de 1996 con D.E.C.A., siendo que los productos marca D. vendidos a su representada fueron los que se especificaron en el primer artículo de dicho



contrato. No obstante lo anterior, ... nuestras representadas han estado involucradas en una serie de conversaciones y comunicaciones tendientes a lograr una terminación contractual de mutuo acuerdo de forma satisfactoria. Consecuentemente, y no habiendo su representada cumplido con el compromiso económico contenido en la cláusula 3 del contrato, D. da por terminado el contrato de distribución y extinta la relación comercial con su representada de conformidad con lo establecido en la cláusula 12 del contrato de distribución.” Tales manifestaciones implican inequívocamente su voluntad de sujetarse al acuerdo arbitral, pese a no haberlo suscrito...”(Sentencia 00200 2006).

Paralelamente, la Sala ha aceptado la subrogación de derechos para extender una cláusula arbitral mediante la resolución número 1678-C-SI-2012, del 13 de diciembre de 2012, en la cual la Sala analizó el caso entre Xajam Ventures Xav Ltda; la sociedad número “tres- ciento uno- quinientos veinticuatro mil quinientos sesenta y cinco S.A”., en perjuicio de la compañía Villas de Pasadena S.A. En dicho análisis, la Sala aceptó la extensión de una cláusula arbitral a un segundo contrato y a terceros.

En el caso antedicho, específicamente, las partes habían concluido un precontrato de compraventa de obra futura en el cual habían incluido de previo una cláusula arbitral. Luego, las partes ejecutaron otro contrato en el 2009, el cual no contenía una cláusula arbitral. A la hora de ejecutar el segundo contrato, el comprador (Xajam Ventures) se había fusionado con otra sociedad. Villas de Pasadena (el demandado) adujo, por consiguiente, que “...*la empresa actora Tres-Ciento Uno-Quinientos Veinticuatro Mil Quinientos Sesenta Y Cinco S.A. es sujeto procesal no signataria del contrato arbitral o cláusula arbitral.*” En su defensa, Xajam Ventures, estipuló que, en cuanto al tema de la falta de legitimidad del tercero, las sociedades demandantes se habían fusionado, por lo cual esto no presentaba ningún problema.

Al resolver, con respecto de la extensión de la cláusula arbitral al tercero, la Sala tomó en consideración que, si bien, el tercero se había fusionado a Xajam Ventures, este tercero nunca había firmado la cláusula arbitral. Sin embargo, estableció que se puede presumir que el tercero



ha de formar parte del proceso, pues en el precontrato se había establecido la siguiente provisión: *“Quedará a criterio y decisión de la PROMITENTE COMPRADORA decidir la modalidad conforme a la cual se hará el traspaso final del inmueble, ya sea que decida hacerlo por medio de la correspondiente escritura pública de compraventa... o que se haga por medio del endoso y traspaso de acciones de la sociedad anónima dueña de la finca filial respectiva, que será sociedad vigente, debidamente inscrita en el Registro Mercantil de Costa Rica... Esto último en virtud a que cada uno de los veinticinco apartamentos a construirse en la finca filial citada en la cláusula segunda anterior, será escriturado... a nombre de una sociedad anónima...”* (Sentencia 1678 2012).

A su vez, razonó la Sala, que el hecho que Xajam Ventures y dicho tercero se hayan fusionado, le permitía a este último subrogarse de los derechos y obligaciones del actor principal, conforme con las disposiciones del Código de Comercio.

B. Criterios rechazados o inconsistentes

Según ha sido reiterado, nuestra jurisdicción ha reforzado la teoría de la relatividad de los contratos, lo cual ha dificultado la posibilidad de invocar nuevas teorías para la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios. Existen laudos, como consta en la resolución número 465-2007 de la Sala Primera, en los cuales se ha declarado la incompetencia porque una empresa demandada no suscribió el acuerdo arbitral, sin mayor consideración a otros criterios para examinar si puede presumirse o no el consentimiento del no signatario. En ese caso, el Tribunal Arbitral por auto de las 12 horas del 11 de diciembre del 2006, de oficio, dispuso: *“... Este Tribunal Arbitral se declara incompetente para conocer del presente proceso debido a que la empresa requerida “Grupo Empresarias y Comercial Los Delfines S.A.” no suscribió el acuerdo arbitral. Se da por terminado este proceso”* (Resolución No. 00465-2007 2007). De esta manera, pareciera que todavía se desconoce la posibilidad de examinar otros criterios para determinar si se puede o no extender la cláusula arbitral a un no signatario.



La presente sección pretende establecer cuáles son los criterios que la Sala ha rechazado o en los cuáles ha mantenido una conjetura inconsistente en la aplicación de criterios. Se analizará como la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (1) no aplicó la doctrina del grupo de empresas; y (2) ha sido inconsistente en su aplicación del criterio de incorporación por referencia.

1. La doctrina del grupo de empresas

En la resolución número 01187-2010, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se negó a analizar o aplicar la doctrina del grupo de empresas para unir a un no signatario al proceso arbitral cuando éste había formado parte de la formación, ejecución y terminación de los contratos, y se daban los supuestos restantes para la aplicación de la teoría.

Dicho caso gira en torno a un proceso arbitral en el cual se reclama el pago de una deuda que nace de dos contratos, uno de distribución internacional que fue suscrito por la compañía Foxconn Corporation y Casedge Inc y que contenía una cláusula arbitral; y el segundo, un contrato de representación, el cual fue suscrito por una compañía Casedge Inc y Chia Hsung Huan Wang, en su carácter personal el cual no contenía una cláusula arbitral. Al surgir una disputa entre las partes, Casedge interpuso una demanda contra Foxconn América Latina y Chia Hsung Huan Wang para cobrar más de cuatro millones de dólares adeudados, alegando que entre estas partes existía una misma realidad económica y que formaban parte de un grupo de empresas.

Las demandadas contestaron negativamente y opusieron las excepciones de falta de legitimación, e interpusieron una contrademanda. Al respecto, el Tribunal Arbitral se declaró incompetente para resolver la disputa entre Casedge y Chia Hsung Huang Wang nacidas al amparo del contrato de representación, aunque sí aceptó su competencia sobre el contrato de distribución. Las razones que dio el Tribunal para declinar su competencia sobre el segundo contrato se dieron “...por cuanto este segundo contrato no contiene cláusula arbitral, no es entre las mismas partes del primero y no hace ninguna referencia al primer contrato citado”.

Dicho pronunciamiento se dio a pesar que el señor Chia Hsun Huan Wang hubiese “*aceptado*



expresamente ser parte en su condición personal del mismo grupo económico que se relacionó comercialmente con su representada, lo cual se ve reflejado no solo en el contrato de representación suscrito, sino también en las propias manifestaciones procesales como lo son la presentación de la contrademanda y la no interposición de la excepción de incompetencia,” y que se vislumbrara que entre ambos contratos existe una única relación comercial unida por una sola transacción económica.

Al solicitar la anulación del laudo, la Sala Primera invoca la doctrina de la relatividad de los contratos, indicando que el acuerdo arbitral solo surtirá efectos sobre las partes que lo suscribieron, y no aplicando de esta manera al señor Chia Hsun Huan. Manifestó la Sala al respecto que:

“No existiendo cláusula arbitral en el contrato de representación que implique una renuncia a la jurisdicción común en caso de un conflicto de intereses con dicho señor; como corolario de lo anterior, lógicamente, carece el Tribunal de competencia para conocer del conflicto sometido a su decisión, respecto de la relación contractual entre la actora y el señor Huang Wang, tal y como lo decidió el Tribunal en la resolución impugnada”(Sentencia No. 01187 2010).

La Sala no procedió a analizar la doctrina del grupo de empresas, sino que simplemente rechazó cualquier posibilidad de que fuese invocada al no basarse en la teoría de la relatividad de los contratos, lo cual indudablemente, le cierra las puertas a la aplicación de cualquier doctrina que pretenda la extensión de una cláusula arbitral a un no signatario.

2. Incorporación por referencia

La incorporación por referencia es un concepto que ha sido avalado por la Sala Primera como un mecanismo mediante el cual partes que se unen al negocio jurídico de manera posterior pueden hacer uso del convenio arbitral si hacen referencia al mismo. Sin embargo, a pesar de la aceptación de ésta por permitir a no signatarios arbitrar mediante el criterio de incorporación, lo



cierto es que la aplicación de este criterio no siempre se ha mantenido de manera uniforme o constante.

Por una parte, la Sala ha reiterado la misma frase con respecto de la incorporación por referencia, estableciendo que la cláusula arbitral *“no alcanza a terceros como corolario del principio de relatividad de los contratos y por la manera estricta con la que debe verse la renuncia a la jurisdicción común (...)”*(Resolución No. 357-03 2003)

No obstante, la misma Sala ha manifestado que *“si en un convenio marco se inserta una cláusula arbitral válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio descrito en el documento, salvo disposición expresa en contrario, ésta vincula incluso a las personas sobrevinientes al negocio. Esto es así, porque en principio lo general comprende a lo particular. Lo que no puede aceptarse; excepto por disposición expresa, es lo contrario, vale decir que de lo singular se acceda a lo general”* y, que se puede extender una cláusula mediante la *“la incorporación de una cláusula arbitral en las cartas de intención, precontratos o documentos preparatorios de un contrato definitivo, siempre que no queden revocados por el acuerdo final y que, por tanto, en caso de una disputa relacionada con éste último se invoque la vía arbitral.”*(Voto No. 00134-2008 2008).

En la práctica, como se observa en la resolución número 430-2006, si bien, la Sala reconoce que puede darse la incorporación por referencia, considera que si distintas partes intervienen en la relación comercial, las cláusulas arbitrales incluidas en un primer contrato no se podrán extender puesto que se trata de un negocio nuevo, en donde no procede la incorporación por referencia.

Es por ello que existe gran inconsistencia en la aplicación de este criterio, puesto que la Sala Primera únicamente reitera y se limita a lo antedicho en otros fallos, sin embargo, no amplía su criterio para considerar que el hecho que intervengan terceros no denota la existencia de un negocio nuevo. Al contrario, la intervención de terceros puede significar la continuidad del negocio.



C. Criterios no mencionados

Según se detalla *supra*, en Costa Rica, los casos relacionados con la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios que son públicos han sido sumamente escasos. La mayoría de ellos han sido resueltos mediante la utilización de la ley doméstica 7727, y no mediante la aplicación de la LACI. Estableciéndose esto, cabe acotar que la mayoría de los criterios que permiten la extensión de una cláusula arbitral a un tercero no han sido mencionados de manera explícita, incluyendo estos el levantamiento del velo social o corporativo, conceptos empresariales sobrevinientes, el contrato de agencia, y la doctrina de los actos propios.

Claro está que esto no significa que nuestra jurisprudencia no haya reconocido muchos de estos principios en contextos distintos de arbitraje; únicamente, que no han sido utilizados con la finalidad de estudio que aquí interesa. Por ejemplo, en el caso del levantamiento del velo social o corporativo, éste ha sido invocado en nuestros tribunales a pesar que, para el año 2007, dicha teoría todavía resultaba todavía novedosa en el país. Dicho criterio ha sido utilizado en el caso del levantamiento del velo social de sociedades que ocultan bienes gananciales. En este contexto, el Tribunal de Familia estableció lo siguiente:

“Es novedosa la figura del levantamiento del velo social o societario, y su finalidad responde a la necesidad de limitar la utilización de la figura de la persona jurídica de la sociedad mercantil con fines distintos a los suyos propios. Quizás la cita de un extracto de resolución judicial dada en los tribunales españoles ayude a esclarecer. Señala ésta que “La Jurisprudencia ha admitido la práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado, por supuesto- se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 Cód. Civil) admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar ‘levantar el velo jurídico’ en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de ‘los



derechos de los demás’ (art. 10 Const. Esp) o contra el interés de los socios, es decir, un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC), últimamente la sentencia de 9 Jul. 1986 prescindió de la forma social, por la particular composición de la sociedad recurrente” (Sentencia 0085 2007).

Si bien, el levantamiento del velo social ha fungido en materia de familia como una forma de evitar las injusticias patrimoniales en la separación de gananciales, esto no impide que su aplicación sea luego implementada en el tema arbitral para servir a motivos similares. Por lo anterior, no se descarta que este criterio llegue a ser utilizado en un futuro.

Por su parte, la doctrina de los actos propios ha sido reconocida especialmente en el seno del derecho administrativo y constitucional (Brenes Arias n.d.) Al efecto, la Administración tiene una restricción de suprimir los actos que de ella hayan emanado que otorguen derechos subjetivos. Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia definió el principio de los actos propios en materia administrativa como “*el principio de los actos propios como prohibición “venire contra factum proprium non valet”, según el cual a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido que confieran derechos subjetivos, tiene fundamento constitucional en los artículos 11 y 34”* (Resolución No. 2009-016023 2009). Análogamente, se ha pronunciado para establecer lo siguiente:

“El principio de los actos propios, en su vertiente de la prohibición a la Administración incluso de hacerse justicia por mano propia, excluye de sus atribuciones la de reverter aquellos actos mediante los cuales ha otorgado o reconocido derechos subjetivos a favor de los administrados, con el fin de desconocer o anular estos derechos, salvo casos extremos como los de revocación... Es un principio de rango constitucional que garantiza los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas... La Sala ha señalado con anterioridad que el principio de intangibilidad de los actos propios, que tiene



rango constitucional en virtud de derivarse del artículo 34 de la Carta Política, obliga a la Administración a volver sobre sus propios actos en vía administrativa, únicamente bajo las excepciones permitidas en los artículos 155 y 173 de la Ley General de la Administración Pública. Para cualquier otro caso, debe el Estado acudir a la vía de la lesividad, ante el juez de lo contencioso administrativo, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado, o bien, en nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas, previo dictamen de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República (como una garantía más en favor del administrado) y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública” (Resolución No. 2002-08613 2002).

Aunque la doctrina de los actos propios no ha sido desarrollada en derecho privado, cabe acotar que dicha posibilidad resulta tangible a futuro. De especial importancia es notar que el principio ha sido elevado a rango constitucional bajo los estándares de la propia Sala, otorgándole de esta manera una mayor facilidad para su aplicación en materia de arbitraje internacional comercial en los años por venir.

Por su parte, el caso relacionado con el contrato de la agencia para extender cláusulas arbitrales a terceros resulta ligeramente distinto en nuestro país. Esto sucede, pues las reglas de ‘agencia’ no son tan flexibles, como por ejemplo, en Estados Unidos y en Costa Rica, la legislación define claramente las reglas de representación mediante la figura del apoderado en el Código Civil, otorgándole a cada modalidad de apoderado un rango de poderes distintos.⁸⁷ El Código estipula

⁸⁷Por ejemplo, de conformidad con la legislación civil, el mandatario o apoderado generalísimo para todos los negocios de una persona puede “vender, hipotecar y cualquier otro modo enajenar o gravar toda clase de bienes; aceptar o repudiar herencias, gestionar judicialmente, celebrar toda clase de contratos y ejecutar todos los demás actos jurídicos que podría hacer el poderdante, excepto lo que conforme a la ley deben ser ejecutados por el mismo dueño en persona y los actos para los cuales la ley deben ser ejecutados por el mismo dueño en persona y los actos para los cuales la ley exige expresamente poder generalísimo.” Ver: Sentencia No. 01030. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las catorce horas y cincuenta minutos del dieciséis de diciembre de dos mil once.



taxativamente cuando el contrato de agencia termina,⁸⁸ y cuáles son los supuestos en los cuales éste se puede dar. De esta manera, la figura de la agencia para contraer en nombre del mandatario una cláusula arbitral suele darse en circunstancias más excepcionales, puesto que es difícil incurrir en un error de representación si es obligatorio que el apoderado cuente siempre con una copia de un poder.

Finalmente, no se ha hecho ninguna mención en cuanto al criterio de conceptos empresariales sobrevivientes. Consecuentemente, resulta difícil analizar si este criterio podría llegar a mencionarse a futuro para consolidar una teoría de extensión de cláusulas arbitrales en el país.

A pesar de lo anterior, debe recalarse que el hecho que nuestra jurisprudencia no se ha pronunciado sobre estas doctrinas en materia arbitral doméstica, o aún en los casos donde ciertos criterios han sido rechazados, estos *deberían* de poder implementarse en Costa Rica al amparo de la ley 8937, específicamente, mediante la aplicación del artículo 2A citado con anterioridad. Se debe recordar que este artículo permite que se interprete la ley con el carácter internacional que ésta tiene, y esto permite aplicar, entonces, criterios o doctrinas internacionales aún cuando éstas se separen de las posiciones de los tribunales de justicia en un territorio específico.

D. El criterio “sui generis” de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

El 05 de marzo de 2015, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia promulgó su primera sentencia en relación con la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios del contrato con base en las disposiciones de la Ley LACI de arbitraje internacional comercial (Sentencia No. 00280 2015). Esta sentencia marca un precedente importante, pues permite

⁸⁸ En este sentido, ver Voto No. 39-94. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, de las trece horas cincuenta y ocho minutos del veinte de abril de mil novecientos noventa y cuatro, que en lo que interesa dispuso: *"El artículo 1278, inciso 8, del Código Civil, al disponer que el mandato termina "por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio y por razón de ellas", se está refiriendo a los casos en que el mandante inviste a otro en calidad de apoderado suyo, para que lo represente en el carácter especial que se deriva de sus funciones, como ocurre tratándose del albacea que confiere poder a un abogado, a fin de que actúe en su representación dentro del juicio sucesorio."*



analizar la posición de la cual parte la Sala Primera al determinar si procede o no la extensión a un no signatario.

El caso en cuestión trata sobre la resolución de un recurso de nulidad interpuesto al tenor del artículo 34 de la ley LACI por la compañía “Worldwide Medical Assurance Ltd” (WWMA) contra el laudo dictado por Corte Internacional de Arbitraje de Costa Rica. En fecha de 2012, este ente había recibido un requerimiento arbitral presentado por la compañía SISA contra WWMA. Estas compañías habían suscrito un contrato de reaseguro de gastos médicos en noviembre del 2006, y posteriormente, la casa matriz de SISA (Seguros e Inversiones S.A), a través de un agente, había suscrito dos notas contractuales adicionales conteniendo un acuerdo arbitral con WWMA. Durante el proceso arbitral, WWMA planteó un recurso de incompetencia al Tribunal Arbitral estipulando que no existía una relación jurídica regulada por una cláusula arbitral entre SISA y WWMA, pues las partes signatarias del convenio arbitral eran Seguros e Inversiones SA y WWMA. Tras analizar los hechos de la controversia, el Tribunal unipersonal falló en contra de WWMA. Posteriormente, por ende, esta última estableció un recurso de nulidad argumentando que SISA no era una parte del convenio arbitral.

La Sala Primera, al entrar a conocer el recurso de nulidad, procede a reafirmar la resolución del Tribunal Arbitral y manifiesta que efectivamente sí existía una relación contractual susceptible a ser arbitrada entre SISA y WWMA por lo que procede a confirmar la extensión de la cláusula arbitral al tercero no signatario (SISA).

Por una parte, la decisión de la Sala señala un hito clave en el desenvolvimiento de la regulación del arbitraje internacional en Costa Rica, pues permite asumir que la Sala se está separando de la teoría de la relatividad de los contratos y, también, de la interpretación restrictiva del convenio arbitral. A pesar de ello, el razonamiento utilizado en este sentencia – si bien, es rico en conducir un análisis histórico de las raíces del arbitraje – carece de un análisis adecuado que permita inferir que la Sala Primera de la Corte ha adoptado un criterio de extensión de cláusulas arbitrales en el arbitraje internacional.



Específicamente, cabe mencionar que la Sala no utilizó ningún criterio de extensión de cláusulas arbitrales antes citado, ni hizo mención a alguno para extender el convenio. En este sentido, la razón por la cual la Sala decidió extender la cláusula arbitral a SISA carece un argumento legal adecuado y apegado a las disposiciones de la ley LACI.

Cuando la Sala analizó si la relación contractual regida por una cláusula arbitral se dio o no entre SISA y WWMA, para determinar si precedía o no la extensión de la cláusula arbitral, ésta hizo una serie de consideraciones importantes – pero, según se explicará ninguna de estas premisas puede equipararse con un criterio de extensión.

Primero, la Sala manifiesta que el arbitraje internacional comercial se encuadra entre la libertad y la autonomía de la voluntad, siendo que estos pilares “confluyen para erigir, en esta manera, la libre autodeterminación de los sujetos del comercio.” Mediante estos principios, la Sala concluye que se permite: “ 1) definir con quiénes y las formas como desean establecer relaciones económicas de intercambio, 2) (..) privilegiar un mecanismo de heterocomposición distinto de la jurisdicción estatal en caso de surgir diferencias y, 3), [tener] la libertad de elección del procedimiento arbitral del que gozan las partes, de consumo, en forma previa al conflicto y durante el trámite.” Así bien, continúa diciendo, las partes son libres de pactar de manera informal que acuerden a arbitrar, por lo cual no es necesario que se les obligue a presentar excesivas formalidades para demostrar un acuerdo. De lo anterior se podría desprender que la Sala implícitamente está haciendo alusión al criterio del consentimiento implícito que permite que las partes que acuerden someterse al arbitraje podrán hacerlo en los límites que éstas deseen. No obstante, el vocablo “consentimiento implícito” no es una frase mencionada, ni tampoco se elabora más sobre este punto para explicar cómo entre SISA y WWMA se dio un consentimiento implícito de arbitrar. Por lo cual no puede decirse que se aplicó este criterio.

Posteriormente, la Sala viene a determinar que entre SISA y WWMA se da una relación contractual regida por el arbitraje a pesar de que fue Seguros e Inversiones S.A. quien firmó el convenio arbitral. Al analizar la correspondencia de las partes dice que “la correspondencia



cruzada entre SISA y WWMA previa a la celebración del contrato suscrito en el año 2008”), examina que las comunicaciones dan cuenta de que desde agosto de 2008 negociaban una “renovación” del reaseguro.” Asimismo, la Sala analiza la relación de las partes para concluir – como lo hizo el Tribunal Arbitral – que “se trata de una realidad económica incuestionable [de SISA y Seguros e Inversiones S.A], plasmada en (i) estados de cuenta, (ii) transferencias bancarias, (iii) trámites en materia de comunicaciones y pagos, (iv) correspondencia cruzada entre las partes (...). Allí se muestra el mutuo reconocimiento como partes y la existencia de un reaseguro entre ellas durante el periodo noviembre 2006- septiembre 2009.” Al leer la frase “una misma realidad económica” podría pensarse que la Sala está refiriéndose a la doctrina del grupo de empresas para extender la cláusula arbitral – en vista que las compañías antedichas en realidad conforman una misma realidad, y no puede distinguirse la una de la otra. En igual sentido, sería posible inferir que, también, se estaría considerando levantar el velo corporativo. A pesar de ello, posterior a mencionar el concepto de “misma realidad económica” la Sala no viene a mencionar ni desarrollar estos criterios propiamente dichos, sino únicamente concluye que el árbitro examinó más allá de meras formas contractuales para unir a SISA al proceso arbitral. En este sentido, no procede a aplicar estos criterios.

Finalmente, la Sala considera que el acuerdo arbitral contenido en las notas es aplicable a la relación entre SISA y WWMA, puesto que se da una ‘renovación’ del contrato de las partes. Es decir, el acuerdo allí suscrito aplica para la relación que éstas tenían. De ello podría desprenderse que se está aludiendo al criterio de la incorporación por referencia; no obstante, tampoco se hace mención a ella ni se procede a desarrollar el concepto – por lo cual no queda claro si está es la interpretación por la cual procede a extenderse la cláusula al tercero, o si es otro parámetro el que el juez está utilizando.

Por consiguiente, se desprende que lo que la Sala realiza en esta sentencia es aplicar un concepto “sui generis” de extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios. Es decir, ésta no se apega a ningún concepto ni explica propiamente en qué se está basando para extender la cláusula más allá de decir que “se renovó el contrato”, que “existe una misma realidad económica” y que



la libertad y autonomía de los contratos permite la extensión. Por ello se deslinda que si bien la Sala ha dado un paso hacia delante para permitir la extensión de cláusulas a terceros, esta todavía carece el conocimiento suficiente para aplicar los criterios internacionales que permitan explicar el fenómeno de extensión.

X. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Los criterios desarrollados que permiten la extensión de una cláusula arbitral a un tercero no signatario del convenio intentan, en teoría, determinar el consentimiento de las partes por arbitrar sus disputas. Sin embargo, entre la teoría y la práctica pareciera que existen otros agentes aparte del consentimiento que también entran en la ecuación al determinar si procede o no la extensión de una cláusula; como lo son las consideraciones de equidad y justicia.

En este sentido, se entiende que las diversas jurisdicciones han ideado una serie de criterios doctrinarios y contractuales propios de cada sistema legal para idear soluciones al problema que surge producto de la intervención de múltiples partes en las transacciones mercantiles y que pretenden ser resueltas mediante arbitraje. No obstante, si bien, estos criterios buscan encontrar el consentimiento de las partes, para ser procedentes, lo cierto es que, en ocasiones, la aplicación de las doctrinas puede terminar ignorando la anuencia de las partes al arbitraje. Congruente con este planteamiento, se puede ver el laudo de la CCI en el caso No. 3879 del año 1984, en la cual el Tribunal aplicó la teoría del levantamiento del velo corporativo para vincular a determinadas sociedades que no eran signatarias del convenio arbitral, fundamentando su decisión principalmente en lo siguiente:

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

Por consiguiente, allí se procedió a levantar el velo corporativo para la unión de un no signatario principalmente basándose en teorías de equidad y no de consentimiento. De lo anterior se ve



cómo nuevamente la teoría del levantamiento del velo corporativo surge como un remedio para el abuso del derecho y su consecuente protección a tercero, pero no necesariamente representa la anuencia de un tercero de arbitrar. En este tanto, el concepto de consentimiento resulta completamente debatible.

La pregunta que resta producto de la aplicación de estos criterios resulta siempre en cuál criterio es el más adecuado de utilizar. La respuesta a ello puede ser prematura a esta instancia, considerando que todavía queda por analizar la problemática que puede originar la aplicación de cada criterio y el efecto que produce el arbitraje multiparte. No obstante, de lo que queda claro en este capítulo, pareciera que la diferencia radica en parte en la ley aplicable a la cláusula arbitral, el tipo de transacción comercial, y las circunstancias que dan paso a la necesidad de que un tercero arbitre una disputa.

Dichas consideraciones resultan cruciales, puesto que, en primer lugar no todas las jurisdicciones han sido anuentes a incorporar dentro de sus legislaciones cada criterio de extensión. Así bien, se ilustra la doctrina del grupo de empresas, la cual ha sido rechazada por Estados Unidos, Inglaterra, y Suiza, dejando así en desaplicación cualquier intento de aplicación por un litigante. Similarmente, la doctrina de los actos propios es un criterio, principalmente, del derecho anglosajón, por lo cual su aplicación en países como Costa Rica ha sido reservado o utilizado, prácticamente, en el ámbito del derecho público. Ante la posibilidad del éxito de un litigio, sería prudente quizás evitar invocar estos criterios, y buscar otros que resuenen con el pensamiento de cada jurisdicción en específico.

En el mismo corolario, resultan completamente distintas las circunstancias que pueden dar paso a la necesidad de obligar a un tercero a arbitrar cuando éste se rehúsa a hacerlo, con el hecho que sea el tercero quien se apersona al proceso. De este modo, en una circunstancia sería apropiado solicitar que se levante el velo corporativo para unir quizás a una compañía madre quien se está escondiendo tras una subsidiaria para evadir sus obligaciones, y en otra circunstancia distinta podría pedirse la incorporación por referencia al tratarse de una sola transacción que involucraba a múltiples partes las que están anuentes a un arbitraje.



Consecuentemente, se deriva del presente capítulo que los criterios no son sinónimo de una fórmula para resolver el arbitraje multiparte. Por el contrario, son elementos que podrán utilizarse en uno u otro caso, dependiendo del escenario fáctico con el cual se cuente.

No obstante, si bien, no existe una metodología estricta de cuando debe aplicarse un criterio sobre otro, sí es importante establecer guías en las cuales pueda clarificarse la aplicación de un criterio sobre otro, o cuándo procede la aplicación. Mayor transparencia en este ámbito le brindará a las partes mayor seguridad al contratar, así como a las terceras partes que puedan intervenir en el proceso. Asimismo, el sistema legal adquirirá transparencia y constancia en la forma de aplicar ciertos criterios. Si dichos puntos se uniformaran, por ejemplo, no habrían discrepancias en la aplicación de un mismo criterio por un mismo tribunal.

Asimismo, es importante que cada legislación defina si siempre interpondrá el criterio del consentimiento como la clave para la extensión de una cláusula, o si más bien, dará paso a consideraciones de equidad que permitan la extensión de una cláusula a un tercero. Contrariamente, podría expandirse, también, el concepto de consentimiento para entender éste como que engloba la creación de la presunción del falso consentimiento. En este tanto, es importante que la legislación o la jurisprudencia llenen este vacío normativo para tratar de avanzar con una solución para las dificultades del arbitraje multiparte.



CAPÍTULO CUARTO

CONSIDERACIONES AL EXTENDER UNA CLÁUSULA ARBITRAL A UN TERCERO NO SIGNATARIO: LOS PROBLEMAS EMERGENTES PRODUCTO DE LA EXTENSIÓN

“The difficulties of multi-party arbitration all result from a single cause. Arbitration has a contractual basis; only the common will of the contracting parties can entitle a person to bring a proceeding before an arbitral tribunal against another person and oblige that other person to appear before it. The greater the number of such persons, the greater the degree of care which should be taken to ensure that none of them is joined in the proceeding against its will.”

(Commission on International Arbitration 1994)

La extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios atenta contra los principios fundamentales del arbitraje, por lo cual no resulta extraño que este proceso conlleve a un gran número de problemas en la práctica. El dilema se basa fundamentalmente en la interrogante del consentimiento, mas también, encuentra sus raíces en otros hechos. Dentro de estos se incluyen los vacíos normativos que existen en cuanto a la regulación del proceso, así como las consecuencias que puede acarrear una extensión sobre el laudo: preponderantemente su posible anulación o no reconocimiento.

No obstante, lejos de ser un mero inconveniente en el proceso arbitral, los inconvenientes que surgen producto de la extensión de cláusulas arbitrales a terceros juegan un doble rol en el proceso arbitral de gran relevancia: primero, ayudan a las partes y a los árbitros por tomar una decisión de extender o no la cláusula arbitral a un no signatario, y segundo, le ayudan a las partes a decidir qué criterio invocar para solicitar la extensión.

Es por ello que resulta procedente analizar las dificultades que surgen paralelas al arbitraje multiparte para poder clarificarse, también, como llegar a una decisión de cual criterio utilizar. En este tenor, pueden clasificarse cuatro grupos de dificultades que surgen producto de la extensión de cláusulas, las cuales son: **(I)** el problema sustancial del abuso del derecho en el



contexto de la falta de consentimiento; **(II)** problemas relacionados con las partes; **(III)** problemas relacionados con la cláusula arbitral, y **(IV)** problemas relacionados con el proceso arbitral.

I. EL PROBLEMA SUSTANCIAL DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL CONTEXTO DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO

La extensión de cláusulas arbitrales se basa en la teoría del consenso, mas existen situaciones en donde se ha extendido la cláusula producto de consideraciones de equidad (ver *supra*). Lo que algunos consideran una excepción a la regla, otros consideran un yerro procedimental que contraviene la naturaleza propia del arbitraje (Manirabona 2008, 565). De lo cual se desprende que el mayor problema que deriva de la extensión de cláusulas arbitrales se refiere a las situaciones del abuso del derecho en el contexto de la falta de consentimiento por arbitrar.

El abuso del derecho parte de la existencia de un derecho cuyo ejercicio puede ser abusado con la intención de dañar a otro (Rousseau 1999). Es el corolario negativo de cómo los derechos han de ejercerse en buena fe (Cheng 1953), por lo que se puede dar en relaciones contractuales, así como extracontractuales (Côté y Girard 2005). Su terminología ha sido criticada por autores como Jan Paulsson, que consideran el término errado, pues en verdad en las situaciones de “abuso del derecho” realmente lo que existe es una ausencia de éste (Paulsson 2006).

La proscripción del abuso del derecho protege el interés legal que se envuelve en cada derecho, por lo cual una acción en detrimento de ese interés no merece una protección por parte de la ley (Cheng 1953, 122-23).⁸⁹ Si bien, el contenido del principio varía dentro de los estados, lo cierto es que la dicción “abuso del derecho” conlleva a la conclusión que el actor de dicho agravio debe ser castigado (Byers 2002, 390). Dicho es evidente a lo largo de variadas jurisdicciones (como el caso de Bolivia o México han incluido prohibiciones expresas a los abusos de derecho), así como

⁸⁹Específicamente, el autor Cheng manifiesta que: “[e]very right is the legal protection of a legitimate interest, [so] [a]n alleged exercise of a right not in furtherance of such an interest, but with the malicious purpose of injuring others, can no[t] claim the protection of the law. *Malitis non est indulgendum (malice must not be indulged)*” (Cheng 1953, 122-23).



en el contexto de los fallos contra los estados mediante el arbitraje internacional de inversión (Phoenix Action Ltd v. The Czech Republic 2009).

En el arbitraje internacional comercial, el tema del abuso del derecho cobra importancia en vista de los abusos a la personalidad corporativa. La creciente necesidad de salvaguardar los bienes, y esconderlos, ha conllevado a que las empresas no sean representativas de su verdadero capital social, en aras de dañar a otros.⁹⁰ Asimismo, se ha utilizado para crear la impresión del consentimiento, e inducir a otros en error del acuerdo de arbitrar. Es desde esta premisa, que algunos tribunales arbitrales han hecho la excepción a la regla del consentimiento en el tema de la extensión de cláusulas arbitrales, para así extenderlas a terceros quienes han “abusado” del derecho. En palabras de un tribunal arbitral:

“Some of these exceptions concern cases in which a separate legal personality is created with an intention to violate the law, public order or good faith, or to frustrate the rights of third parties. The need to avoid some form of legal fraud usually underlies these exceptions (Caso CCI No. 11160 2005)”

El problema recae en que, si bien, el principio del abuso del derecho es reconocido en el ámbito internacional como un principio universal, lo mismo puede asegurarse para la premisa de que el consentimiento es la base del procedimiento arbitral. Es por ello que no existe una solución uniforme al respecto sobre qué debe privar: el consenso o consideraciones de equidad. En este sentido, cada jurisdicción considera algo distinto, con los países anglosajones avalando doctrinas como el levantamiento del velo social o el *estoppel*, y otras negándolo (ver *supra*). No obstante, este punto de partida es la primera consideración que un tribunal deberá considerar anterior a proceder a extender la cláusula arbitral a un no signatario.

⁹⁰ Un ejemplo de ello es ilustrado por Manirabona, cuando dice: “[a]ppliquée au droit des compagnies, la notion d’abus de droit peut consister en une utilisation privée des biens qui appartiennent à la personne morale par ses actionnaires. Il peut ainsi s’agir du retrait, par l’actionnaire, des sommes excessives dans les caisses d’une compagnie au point de la rendre insolvable au détriment de ses créanciers. Pour aboutir à la levée du voile corporatif, l’acte qui constitue la source de l’abus de droit doit être suivi par un préjudice au détriment des tiers notamment, lorsque le geste posé par les actionnaires est suivi de la faillite de la compagnie.” (Manirabona 2008, 566).



II. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LAS PARTES

El primero de los problemas que surge con la extensión de una cláusula arbitral a un tercero no signatario es que, al no haber firmado todas las partes el contrato, pueden haber restricciones o limitaciones a que ciertas partes participen en el proceso, más allá del mero consentimiento, así como pueden surgir nuevas situaciones en el proceso dada la interferencia de terceras personas.

De esta manera, pueden resumirse cuatro dificultades que suceden cuando **(A)** existe la falta de capacidad de alguna de las partes no signatarias para intervenir en el proceso; **(B)** cuando se da una contrademanda del tercero no demandado al demandado principal; y **(C)** cuando se dan arbitrajes masivos por millones de demandados o demandantes.

A. La falta de capacidad de las partes

La cuestión de la capacidad de las partes es clave para la existencia y validez de todo proceso arbitral o contencioso (Virgós 2006, 13). Los redactores de la Ley Modelo, durante las fases iniciales de redacción, establecieron que la cuestión de la capacidad de las partes que suscribían el contrato arbitral quedaba fuera del ámbito de la Ley Modelo, y que no existía provisión alguna que podía ser incluida en la ley sobre ese tema (Binder 2010, 110)(A/CN. 9/216 1982). A pesar de ello, la ley modelo, al igual que la Convención de Nueva York ambas concuerdan que la falta de capacidad de las partes de suscribir un acuerdo arbitral acarrea la nulidad del acuerdo.

En cuanto al arbitraje complejo, surge un problema sustancial que se da cuando un signatario no tuvo la capacidad de suscribir un convenio arbitral en nombre de otro, pero lo hizo; es decir, era un agente que no estaba autorizado para estos fines (Warren y Murray 2014). Al respecto, cabe recordar que ley modelo de CNUDMI en su definición de acuerdo arbitral requiere que las partes que firmen el acuerdo o lo ratifiquen, sean las partes que se obliguen a cumplir el contrato (ver artículo 7 (1) de la Ley Modelo). Sin embargo, existen situaciones en las cuales se concluye una cláusula arbitral en la cual las partes que firman el acuerdo no son las partes que lo cumplen. Este es por ejemplo el caso de los agentes, o los corredores que suscriben un acuerdo arbitral, pero no serán ellos quienes cumplan las obligaciones, mas la persona que los designó (Binder



2010, 110). Se supone, desde estas circunstancias, que quien suscribe el acuerdo actuando en representación de otro tenía la autorización y el poder para hacerlo, mas en caso contrario, cabe la pregunta de si existe una obligación del principal a someter sus disputas al arbitraje.

Algunas jurisdicciones han tratado el tema de un agente no autorizado como uno que acarrea indudablemente la nulidad del acuerdo arbitral, y no conlleva, por consiguiente, obligaciones al principal de arbitrar, salvo el caso de ratificación. Otras, por el contrario, han considerado que las consideraciones de buena fe deberán respetarse, y obligar al principal a arbitrar, sin importar las disputas que puedan surgir posteriormente entre el principal y su agente (Weigand 2009, 249).

Es por ello que en caso de invocar el criterio de la agencia, deberá tomarse este factor en consideración para evaluar si la acción prosperará, o si resulta prudente invocar otro tipo de criterio.

B. Contrademanda del tercero demandado

Uno de los problemas más evidentes que puede surgir producto del arbitraje multiparte es que surja una contrademanda del tercero demandado contra el actor o la parte demandada original. En el derecho anglosajón, esta figura es referida como un “*cross-claim*” (Hanotiau 2006, 178).

Las distintas jurisdicciones tienen tesis contrarias en cuanto a la admisibilidad del tema. Países como Inglaterra rechazan la posibilidad de que se den contrademandas de un tercero contra la parte a la que se adhiere (Hackam n.d., 7); otras reglas arbitrales contienen un vacío normativo en este ámbito, mas otras, como las reglas de la CCI o las reglas de la AAA, reconocen que la posibilidad de contrademandar a cualquiera de las partes, pues consideran que esto es un derecho de los participantes del proceso.⁹¹⁹²

⁹¹ Ver artículo 8 (1) que dice: “[d]emandas en caso de multiplicidad de partes (...) en un arbitraje con multiplicidad de partes, todas las partes podrán formular demandas contra cualquiera de las demás partes, con sujeción a las disposiciones de los Artículos 6(3)–6(7) y 9 y siempre que ninguna nueva demanda sea formulada después de la firma o aprobación del Acta de Misión sin la autorización del tribunal arbitral conforme al Artículo 23(4).”

⁹² Contrariamente, las reglas previas de la CCI no contenían esta provisión, por lo cual la CCI rechazó la posibilidad de que un segundo demandado contrademandara al demandado principal en el pasado, pues consideró que el vacío



Al respecto los diferentes tribunales han tenido dispares posiciones en cuanto al tema, con algunos considerando que la posibilidad de que el tercero contrademande a una de las partes será un tema de admisibilidad que deberá de ser resuelto casuísticamente por el tribunal arbitral (Silva-Romero 2005, 75).

Independiente de las varias posturas, la realidad es que, salvo legislación expresa en contrario, la posibilidad que tiene el tercero de contrademandar a alguna de las partes recae, en esencia, sobre el ámbito del convenio arbitral (Hanotiau 2006, 178). En este sentido, si la cláusula hace referencia a la aplicación de un tipo de reglas específico que prohíbe la posibilidad de contrademandar, la cláusula misma restringe dicha posibilidad.

Es por ello que es importante que las partes noten la serie de posibilidades que pueden surgir de extender la cláusula, para que de esta forma consideren oportuno seleccionar el criterio que mejor les convenga para evitar o lograr tener la posibilidad de iniciar este tipo de contrademanda.

C. Reclamos masivos

La extensión de una cláusula arbitral a un tercero no signatario resulta suficientemente complicado, pero a ella hay que adicionarle la posibilidad que la demanda sea interpuesta por millones de partes demandantes contra un demandado, de esta forma trayendo a colación el tema de los arbitrajes masivos. En estas circunstancias, habría que determinar primero la posibilidad de siquiera interponer este tipo procesos; segundo habría que establecer qué tipo de proceso se trata; y tercero – en caso que se permita los reclamos masivos - habría que determinar si podría extenderse la cláusula arbitral en un contrato a millones de partes.

Como se ha reiterado, el arbitraje es una forma alternativa de disputasen la cual las partes acuerdan someter sus disputas ante un árbitro privado, y no una corte de derecho (Fouchard, *L'arbitrage commercial international* 1965, ¶11) (Collot y Debeaud 1991, 3). Tradicionalmente,

normativo debía interpretarse como el deber que tenían estas dos partes de solucionar estas disputas en vías alternativas al arbitraje. Ver (Hanotiau 2006, 178)



los procesos arbitrales, han incluido dos o más partes, mas conforme las transacciones comerciales se han hecho más complejas, no es inusual, en la actualidad, contar con gran cantidad de partes actoras o demandadas (Park 2009, 1). Recientemente, en el campo del arbitraje de inversión surgió un caso (Abaclat y otros contra la República de Argentina), que introdujo la posibilidad de que millones de actores iniciaran un procedimiento arbitral contra un solo demandado, la República de Argentina (2011) ¶294-298.⁹³ De este modo, nació la interrogante sobre la viabilidad de implementar arbitrajes masivos – tanto en el arbitraje de inversión como en otras de sus modalidades.

Los procesos masivos (también llamados bajo el nombre de acciones grupales o procesos agregados)⁹⁴ son poco comunes en el arbitraje internacional, pero no en otros tribunales arbitrales internacionales,⁹⁵ o en otras jurisdicciones (Born, *Review of Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law* 2015). Países como los Estados Unidos, Dinamarca, Noruega, Alemania, Italia, Finlandia y Suecia todos han desarrollado reglas que le permiten a gran número de partes actoras a interponer demandas conjuntas o en representación de un grupo, de este modo reduciendo significativamente los costos de litigio, y otorgándole la posibilidad a las partes de litigar con altos estándares de representación (Sushama 2015). En estos países, una corte va a escuchar, usualmente, procesos masivos siempre y cuando el grupo comparta intereses comunes, (Nater-Bass 2008) y las disputas que surjan sean producto de hechos similares y problemas legales relacionados.^{96,97} Contrariamente, en el arbitraje internacional

⁹³ En ese caso, sesenta mil partes actoras introdujeron un proceso contra la República de Argentina por el defecto de la última de pagar la deuda soberana.

⁹⁴ Existen varios nombres de denuncias masivas en varias jurisdicciones legales e implican diferentes cosas. El presente dictamen no tiene la intención de clasificar la cuestión como un cierto tipo de reclamación, pero se limitará simplemente a abordar el término como "reclamos masivos o de masas."

⁹⁵ Ver los Tribunales de Irán- Estados Unidos y la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas.

⁹⁶ Ver por ejemplo, la nueva Ley danesa sobre procedimiento civil.

⁹⁷ En los Estados Unidos, hay algunos más requisitos para que un tribunal pueda establecer jurisdicción para resolver un caso que surja de una acción de clase. Dichos requisitos son establecidos por la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil. En ese sentido, se tendrá jurisdicción siempre y cuando: (1) se cumpla el requisito de numerosidad (es decir, los miembros de la clase no son tan numerosos como para hacer la acumulación de la reclamación impracticable); (2) debe haber cuestiones de hecho y de derecho común a toda la clase; (3) las acciones y excepciones deben ser típicas de cada lado; y (4) los representantes de la clase deben prever una protección justa y adecuada de los intereses de la clase en su conjunto.



comercial no existe una regla preestablecida que explique cuándo (y si) un tribunal arbitral puede resolver dicho tipo de acciones.⁹⁸

La razón de ello radica en que el término “reclamos masivos” no puede equipararse con el de arbitraje multiparte, en estricto sentido, pues ha sido reservado para situaciones que lidian con millones de partes (Raviv 2014). Por ende, otros tribunales se han negado por utilizar la locución “reclamos masivos” en situaciones en donde solo se lidie con cientos de partes, pues en estas instancias la expresión arbitraje multiparte se ha preferido (Giovanni Alemanni and others v. The Argentine Republic 2014)(Ambiente Ufficio v. The Argentine Republic 2013).

Si bien, no existe una regla específica, esto no significa que los reclamos masivos en el arbitraje internacional no sean permisibles. Con respecto de la permisibilidad de establecer reclamos masivos en el arbitraje, el caso de *Abaclat* parece confirmar que dicho hecho es una posibilidad en el contexto del arbitraje de inversión, siempre y cuando la ley aplicable lo permitiese, y que los reclamos fueran admisibles (2011294-298). Si bien, no existe jurisprudencia amplia sobre esta posibilidad en el arbitraje comercial, varios autores parecieran confirmar que el proceso es viable (Born, *Review of Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law* 2015).

De ser una posibilidad en el ámbito del arbitraje comercial, el tema de los reclamos masivos interpone la duda de cómo se resolverían estos procesos, pues existe un “vacío normativo” en cuanto a los reclamos en masa. Ciertamente, existen reglas análogas como las aplicables al arbitraje multiparte, la desarrollada en el caso de *Abaclat* (y los casos subsiguientes en arbitraje de inversión), así como las reglas propias de cada jurisdicción en casos de procesos colectivos. De esta manera, sería posible establecer reglas generales mediante la analogía para determinar cómo habría de llevarse un proceso a cabo (Roberts 2012).

⁹⁸ En el caso de *Abaclat*, tanto las partes como el Tribunal Arbitral estaban bajo el entendimiento que las reglas aplicables a la disputa no establecían como atribuirse jurisdicción con respecto a reclamos masivos.



A manera de ilustración, en *Abaclat* el Tribunal determinó que es posible extender el acuerdo arbitral que se encuentra en el Tratado Bilateral de Inversiones a todos los inversionistas bajo un mismo proceso siempre y cuando esto no fuera contrario a la ley que regulaba la inversión y el proceso, y en el tanto los reclamos se relacionaran entre sí (*Abaclat and others v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction and Admissibility 2011).

Paralelamente, las diferentes jurisdicciones han regulado los reclamos masivos de maneras distintas. A pesar de ello, la doctrina permite entender a manera macro cómo los reclamos masivos se han regulado. Estos pueden agruparse en tres distintos tipos de procedimientos: los representativos, los agregados y los híbridos colectivos. Dichas agrupaciones se harán dependiendo de la naturaleza del procedimiento, las partes de la disputa, y la manera en la cual estas partes deciden operar en el proceso. Para mayor ilustración, la tabla adjunta detalla la diferencia entre los procedimientos antedichos.

Tipo de Procedimientos	Definición	Ejemplos	
Procedimientos representativos	Los procedimientos representativos son aquellos desde los cuales un grupo de partes actoras interpone una acusación en representación de los intereses de un grupo. Esto quiere decir que pocas	Acciones de clase en los Estados Unidos	El sistema inglés de “opt-out” de los procedimientos representativos
		Este procedimiento se ilustra desde las acciones de clase en Estados Unidos. Dichas acciones le permiten la vindicación de reclamos a un grupo de partes que desde otras circunstancias no podría interponer un reclamo individual (Cooper Alexander n.d.). En el proceso, un grupo de partes	En Inglaterra existen varias opciones para las partes que decidan interponer reclamos colectivos. Una de estas opciones es parte del sistema de “opt-out” de procesos representativos en los cuales algunos demandantes actúan en representación de un grupo mayor. Dicha acción es regulada por la regla 19,



	partes se apersonarán al proceso, mas lo harán a título de representación de los demás.	representa los intereses de un grupo más grande que comparte un reclamo basado en situaciones fácticas y legales similares.	Sección III del Código de Procedimiento Civil (Andrews 2013, 1-2).	
Procedimientos agregados	Son procesos desde los cuales cada parte consciente a arbitrar sus reclamos ante un órgano de adjudicación, mas es representado de manera individual (2011189).	La orden de litigio grupal inglés bajo la modalidad de “opt-in”	La consolidación	Los procedimientos de arbitraje multiparte
		Dicha orden de grupo resulta en la creación un registro judicial de reclamos individuales que surgen producto de hechos similares, y luego son asignados a un mismo juez.	Desde las reglas de consolidación de varios países, un grupo de accionantes puede unir una acción siempre y cuando sea afectada por las acciones de la parte demandada en la misma manera que la demanda original.	Los procedimientos de arbitraje multiparte se han detallado a lo largo de esta tesis y son regulados por las reglas individuales de cada institución o en su defecto mediante la decisión de las partes.
Procedimientos híbrido-colectivos	Son aquellos que comienzan como procedimientos	En el caso de Abaclat, el Tribunal determinó que dicho procedimiento era uno híbrido, en el sentido que había iniciado como un proceso agregado y se había transformado en uno representativo.		



	agregados, pero se convierten en representativos.	
--	---	--

En consecuencia, si un tribunal arbitral se encontrase con la decisión de si debe extender la cláusula arbitral a un tercero no signatario en el ámbito de un proceso masivo, resultará importante que el tribunal examine el tipo de proceso que se trata, para proceder a determinar el criterio correspondiente de extensión. Ergo, si se trata de un proceso agregado, se daría una situación fáctica similar a la que se dio en el caso de *Dow Chemical*, en el sentido que todas las partes de un grupo están anuentes por arbitrar, por lo que podría hablarse de consentimiento tácito. De manera contrapuesta, en caso que se trate de procedimientos representativos, habría que determinar si quien representa la acción le es aplicable la misma cláusula que a quienes representa, de esta manera permitiendo invocar otro tipo de criterios.

Por consiguiente, el tema de arbitrajes masivos trae a colación una consideración de importancia a la hora de realizar la determinación de cuál es el criterio más oportuno de invocar para solicitar la extensión de una cláusula arbitral.

III. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA CLÁUSULA

La segunda modalidad de dificultades que surgen a la hora de determinar si debería (y cómo) extenderse una cláusula arbitral a un tercero no signatario se relacionan con el convenio arbitral. El convenio arbitral es la base de la jurisdicción de todo proceso, por lo cual defectos en la escritura, lenguaje, o la ley aplicable pueden obstruir o restringir el arbitraje multiparte. Dentro de los problemas más convencionales relacionados a la cláusula que conciernen al arbitraje multiparte se encuentran **(A)** las limitaciones al ámbito del convenio arbitral; y **(B)** la pluralidad de contratos con cláusulas arbitrales o de resolución de disputas distintas de la cláusula en aplicación. Dichos problemas se expondrán a continuación.



A. Las limitaciones al ámbito del convenio arbitral

Las limitaciones al ámbito del convenio arbitral van a dictaminar la posibilidad de extender la cláusula arbitral a un tercero no signatario en el proceso, o bien determinarán el rol que éste puede tener dentro de éste y los efectos que el laudo tendrá sobre él.

El ámbito del convenio arbitral determinará qué disputas pueden ser referidas al arbitraje y por quién (Pryles y Waincymer n.d., 3). Cada cláusula arbitral tiene un ámbito único, pues la misma refleja la autonomía de las partes de dictar cómo se llevará a cabo el procedimiento desde reglas institucionales o *ad hoc*. En ocasiones las partes designan las cláusulas arbitrales con limitaciones en cuanto a la intervención de terceros en el proceso, o bien en cuanto al tipo de reclamos que podrán presentarse, ya sea de naturaleza contractual o extracontractual (Wyss 2014, 5). Cuando esto sucede, el árbitro deberá analizar la cláusula y entender el ámbito de reclamos que la cláusula permite a los árbitros conocer, así como los efectos que puede tener en relación con terceros (Pryles y Waincymer n.d., 1).

Pueden nombrarse dos tipos de cláusula: las que tienen un convenio arbitral amplio, y las que restringen el ámbito del convenio arbitral. Cuando las cláusulas arbitrales contienen un convenio arbitral amplio, esto facilita la extensión de un contrato a otro, así como la inclusión de terceros no signatarios. Esto, pues la cláusula misma dispone que cubrirá todas las disputas que puedan surgir, englobando de esta manera las relacionadas a contratos similares y a partes que intervienen en la relación principal (Hanotiau 2006). En otras palabras, bajo la cláusula se prueba el consentimiento de todas la partes y establece el marco de la relación legal que será sometido al arbitraje (Pryles y Waincymer n.d., 4).

Contrariamente, las cláusulas arbitrales con convenio restringido dificultan el arbitraje multiparte. El ámbito del convenio arbitral puede encontrarse restringido de manera que prohíba el arbitraje multiparte, reclamos en masa, o en el cual se limitan la intervención del tercero a situaciones determinadas (Welser and Molitoris, *The Scope of Arbitration Clauses – Or “All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract ...”* n.d., 17).



El ámbito puede restringirse de distintas maneras (Bermann 2011, 29). Primero, se puede delimitar el lenguaje de la cláusula de manera expresa, es decir, definiendo las acciones que pueden arbitrarse, y las partes que pueden intervenir. Segundo, se puede escoger una ley que limite el tipo de acciones que pueden llevarse a cabo procedimentalmente (Hanotiau 2006, 178). Tercero, las partes que firman la cláusula o intervienen en la relación contractual pueden tener una relación accesorio a las obligaciones contractuales, por lo cual el proceso arbitral podrá delimitarse a asuntos específicos con respecto a este tercero.

Elaborando sobre las formas de restricción, la más sencilla es el lenguaje. El lenguaje de la cláusula arbitral puede ser amplio, en el sentido que engloba todas las disputas presentes o futuras que puedan surgir, independientemente del tipo de naturaleza que sea, y de la cantidad de partes que intervengan. Contrariamente, el lenguaje de la cláusula se delimita cuando en la cláusula se insertan restricciones al tipo de disputas que pueden arbitrarse, o bien se establece que cualquier intervención de un tercero deberá ser litigada y no arbitrada.

Asimismo, en cuanto a la segunda forma de delimitación del convenio se encuentra con la escogencia de ley de las partes. Cuando las partes designan una ley procedimental que restringe la extensión de cláusulas arbitrales a terceros, indudablemente, está delimitando la posibilidad de que estos intervengan.

En cuanto a la tercera forma de delimitar el ámbito del convenio arbitral, cabe retomar que cuando una parte firma un contrato que contiene un acuerdo arbitral, se presume su aceptación de resolver las disputas mediante arbitraje (Banque Arabe et Internationale d'Investissement v. Inter-Arab Investment Guarantee Corp. 1994). No obstante, debe determinarse qué disputas pueden someterse a esta vía y por quiénes. En este tenor, cuando partes ajenas a la relación central de un contrato lo firman, o ejecutan las obligaciones contractuales, esto no implica una aceptación de llevar a cabo todas las obligaciones recíprocas del contrato (como por ejemplo el cumplimiento de la cláusula arbitral), mas únicamente el deseo de ser regido por ciertas cláusulas (por ejemplo garantizar una obligación de pago). Estas partes se consideran accesorias a la



relación, por lo cual la resolución de una disputa mediante el arbitraje podrá ser inapropiada, o en caso de considerarse adecuada, deberá restringir, entonces, los temas que dichos terceros accesorios podrán arbitrar.

Esta regla puede ilustrarse claramente en el caso de la CCI No. 6769 de 1991, en el cual una compañía africana X y una compañía europea Y firmaron un contrato de materiales que sería parcialmente manufacturado por un tercero, Z. Dicho acuerdo contenía un acuerdo arbitral. Z debía cumplir con los requerimientos técnicos especificados en el Anexo I del contrato. X inició un requerimiento arbitral en contra de Z, estableciendo que los ítems manufacturados por éste estaban defectuosos. El Tribunal determinó que a pesar que Z había firmado el contrato, no era parte del acuerdo arbitral porque había una ausencia de acatamiento de obligaciones recíprocas en vista que estas obligaciones únicamente vinculaban a X y Y, mientras que Z únicamente había firmado para expresar que estaba al tanto de los requerimientos técnicos solicitados. En ese sentido se determinó que la firma de Z no podía confirmarse como consentimiento.

Para determinar cuál es el ámbito del convenio arbitral, deberá leerse, entonces, el lenguaje de la cláusula en conjunto con la ley aplicable y las obligaciones de las partes contraídas en el contrato. Por ello, cuando un tribunal decide aplicar un criterio para extender las cláusulas arbitrales a terceros no signatarios, deberá determinar en qué modo el tercero quiso arbitrar – si es que ésta fue su intención. Por lo cual no bastará con establecer que se da el consentimiento tácito si no se define en qué sentido opera el consentimiento. Consecuentemente, la escogencia del criterio deberá tomar este factor en consideración.

B. Pluralidad de contratos y cláusulas de resolución de disputas

Cuando existe una pluralidad de contratos que forman parte de una sola transacción comercial o proyecto, puede extenderse la cláusula arbitral en uno de los contratos a los demás contratos y sus respectivas partes, siempre y cuando, *inter alia*, logre demostrarse la conexidad entre la relación comercial (Platte n.d., 93), y se compruebe uno de los criterios para extender la cláusula arbitral a un no signatario.



En caso de existir distintas cláusulas de resolución de conflictos en los contratos, deberá evaluarse la compatibilidad de éstas. Este análisis genera grandes problemas a la hora de determinar la extensión (contractual y partidaria), pues si los proyectos comerciales complejos ejecutados a través de varios contratos bilaterales contienen varios acuerdos de resolución de disputas esto puede conllevar a lo que se conoce como la “fragmentación jurisdiccional del proyecto multiparte,” que significa que las partes o las disputas pueden ser sujetos a distintos foros de adjudicación (Brekoulakis, *The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room* 2009, 1168).

Para entender cómo el problema de la fragmentación jurisdiccional es resuelto, es necesario contemplar las tres circunstancias desde cual dicha fragmentación puede surgir que son: **(1)** cuando un contrato de la cadena contractual contiene una cláusula arbitral y los demás no; **(2)** cuando varios contratos de la cadena contienen cláusulas arbitrales idénticas o similares; y **(3)** cuando varios contratos de la cadena contienen cláusulas de resolución de disputas distintas. En cada uno de estos casos, la labor del árbitro que debe contemplar la posibilidad de la extensión de una cláusula a terceros, y el criterio subsiguiente que se invocará, va a depender en parte del contenido de los contratos, y la cláusula.

Se supedita, entonces, que el arbitraje multicontratos y multiparte resulta uno de los más complejos en aspectos procedimentales: requiere la interpretación de compatibilidad entre las partes, los contratos, y los acuerdos de resolución de conflictos.

1. La extensión de una cláusula arbitral a un contrato que no contiene una cláusula arbitral, y pertenece a la misma cadena de contratos

Cuando existe una única transacción comercial detallada a lo largo de varios contratos, de los cuales solo uno tiene una cláusula arbitral, se presupone que dicha cláusula será aplicable a los demás contratos (Fouchard, Gaillard y Goldman, *International Commercial Arbitration* 1999, 531)(Brekoulakis, *The Notion of the Superiority of Arbitration Agreements over Jurisdiction Agreements: Time to Abandon it?* 2007, 351).



No obstante, cuando diferentes partes intervienen en el caso, las partes deberán probar que, efectivamente, se está lidiando con una única transacción comercial, pues en caso contrario, podrá denegarse la extensión (Hanotiau 2006, 109).

Un ejemplo de ello se dio en un laudo resuelto bajo las reglas de la Cámara Nacional e Internacional de Milán el 2 de Febrero de 1996. En dicho caso tres partes (B, C, y D) concluyeron contratos con la compañía A los cuales tenían el mismo propósito de cooperación entre las compañías para el desarrollo de un nuevo producto farmacéutico. Los gastos relacionados a la fase de investigación serían compartidos en conjunto por todas las partes (A, B, C, y D), mas tras la terminación de los contratos por A un año más tarde, A y B interpusieron un proceso arbitral contra C, solicitando que éste le pagara a A o a B los gastos relacionados a la fase de investigación del proyecto. El tribunal arbitral consideró que los tres contratos, aunque relacionados, no constituían una misma relación comercial, por lo cual a pesar de que solo un contrato contenía una cláusula, ésta no era susceptible de ser extendida a los demás contratos y partes (Hanotiau 2006, 109).

Por consiguiente, es menester que las partes prueben dos elementos, de lo contrario la cláusula no podrá extenderse a otros contratos ni a otros signatarios, y el contrato que no contiene una cláusula no podrá ser arbitrado, salvo acuerdo de sumisión posterior realizado por las partes.

2. La extensión de una cláusula arbitral a un contrato que pertenece a la misma cadena de contratos y contiene otra cláusula arbitral compatible

Cuando existen pluralidad de contratos y partes que formen una misma relación comercial, es posible que los diversos contratos contengan varias cláusulas de resolución de conflictos (Platte n.d., 93). Siempre y cuando dichas cláusulas sean *compatibles*, la extensión de la cláusula de un contrato a otro, y a terceros no signatarios es posible. Esto pues las cortes y tribunales arbitrales han encontrado que fue la intención de las partes resolver disputas mediante el arbitraje surgiendo de contratos separados cuando dichos contratos se relacionan e incluyen cláusulas arbitrales que presentan elementos de compatibilidad (Contractor v Employers A & B 1989).



La CCI en su guía de la Secretaría de 2012 establece que el requisito de compatibilidad se satisface cuando las cláusulas son *sustancialmente* compatibles. Esto se ha interpretado en el sentido que las cláusulas deben contener textos idénticos, o bien, deben contener elementos claves (como la selección de reglas aplicables al procedimiento, o el número de arbitro y el método de selección) que sean similares (Trusova 2012). Visto de otra manera, la compatibilidad puede satisfacerse aún cuando las cláusulas no reflejan un acuerdo literal entre sí, mas cuando pueden leerse sin contradecirse la una con la otra.

El propósito del requisito de compatibilidad entre cláusulas a la hora de extender la misma de un contrato a otro pretender evitar mayores problemas a la hora de ejecutar el laudo (Cheong Lye 2013). A manera de ilustración, en caso que existieran dos contratos que formaran parte de una misma transacción comercial, y dichos contratos contienen cláusulas designando a la misma institución, mas establecen un número distinto de árbitros, esto resultaría incompatible en el sentido que el laudo podría ser anulado de conformidad (por ejemplo) con el artículo 34(2) de la Ley Modelo. Es por ello que todos los requisitos deben darse para que proceda la extensión.

De esta forma, en caso que un tribunal arbitral quiera extender una cláusula arbitral a un contrato que también contiene otra, deberá verificar que no exista una restricción a dicha posibilidad mediante una incompatibilidad en la cláusula, y contemplando siempre, que se cumplan los demás requisitos del consentimiento del no signatario y de la constitución de una única transacción comercial.

3. La extensión de una cláusula arbitral a un contrato que pertenece a la misma cadena de contratos, pero que contiene cláusulas de resolución de disputas distintas de la cláusula

No resulta inusual que las cadenas de contratos, aún estando relacionados, contengan cláusulas de resolución de disputas que aparenten ser contrarias entre sí (Fraser 1983, 428). La diferencia entre las cláusulas de resolución de disputas pueden ser desde diversas cláusulas arbitrales (por ejemplo designando instituciones arbitrales distintas) hasta cláusulas de resolución de conflictos designando un foro específico (por ejemplo, la corte de un determinado país).



La existencia de cláusulas que aparentan ser distintas a primera vista no implica una restricción a la extensión de una cláusula de un contrato a otro para incluir a un tercero no signatario de la relación contractual. Sin embargo, sí conlleva una serie de problemas de interpretación y estudio anterior de tomar esta decisión.

En el arbitraje multipartes/ multicontratos, será posible extender la cláusula arbitral a un tercero no signatario en un contrato distinto que contiene una cláusula distinta, siempre y cuando los contratos sean relacionados, y las cláusulas de resolución de disputas sean “compatibles” entre sí (Herbert Smith Freehills 2011).

Como se detalló *supra*, el tema de la compatibilidad de las cláusulas se refiere a que sustancialmente permitan leerse juntas, y que los elementos centrales de la cláusula se mantengan iguales. Este análisis de compatibilidad es fundamentalmente uno de interpretación contractual (Contractor v Employers A & B 1989).

Consecuentemente, cuando existan cláusulas de resolución de disputas en distintos contratos que aparenten ser diferentes, el Tribunal deberá interpretar si las cláusulas designadas por las partes resultan incompatibles. Para hacer dicho análisis, deberán estudiarse dos escenarios fácticos distintos que pueden surgir: **(i)** el primero siendo que existen restricciones expresas en los contratos que prevén cláusulas de jurisdicción exclusiva, y **(ii)** el segundo siendo cuando hay una carencia de restricciones expresas en cuanto a la extensión de una cláusula de un contrato a otro.

i. Restricciones expresas: cláusulas de jurisdicción exclusivas

El primer escenario en lo relativo a la extensión de cláusulas arbitrales a otros contratos y terceros conteniendo cláusulas “contradictorias” se da cuando existen pluralidad de contratos los cuales contienen diversas cláusulas de resolución de disputas, y una de éstas establece qué es una cláusula de “jurisdicción exclusiva”.

Las cláusulas de resolución de disputas sirven para establecer la competencia y brindarle jurisdicción a un cierto órgano de adjudicación (Briggs 2013, 51). Si las partes no determinan el



órgano competente en las disputas transnacionales, se presenta un problema clásico de competencia judicial internacional, entendiéndose ésta como la aptitud legal que tienen los órganos de justicia para resolver un conflicto originado por situaciones del derecho internacional privado que pueden ser de carácter contencioso o voluntario (Castellano Ruiz y Rodríguez Rodrigo 2008, 4). Corresponde desde este caso establecer cuál es el foro competente, que por regla general es más de uno (Fernández Arroyo n.d., 298).

De manera yuxtapuesta, cuando las partes insertan una cláusula de resolución de disputas (ya sean arbitrales o de designación de foro) pueden ser cláusulas jurisdiccionales exclusivas o facultativas (Interserve Industrial Services Ltd v ZRE Katowice SA 2012). Se le llama cláusulas exclusivas a aquellas que son de acatamiento obligatorio por las partes, es decir, un foro irrenunciable (Tetley n.d., 24). A la inversa, las cláusulas facultativas o no-exclusivas son aquellas que le otorgan la posibilidad a las partes de utilizar ese medio como método de resolución, mas no la obligan a someterse al mismo. Es decir, le otorgan la discreción a las partes de ignorar la cláusula y someter las disputas a otro foro de competencia (Levingston 2008).

En cuanto a las cláusulas arbitrales, se ha interpretado que éstas se consideran de jurisdicción exclusiva, en el tanto se parte que el convenio arbitral es excluyente del litigio internacional. En otras palabras, un acuerdo arbitral que no sea de acatamiento obligatorio por las partes no es en verdad un acuerdo arbitral (Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional 2012).⁹⁹

Clarificándose esto, cuando se pretende extender la cláusula arbitral de un contrato a otro y a terceros en ese segundo contrato, mas existen el segundo contrato presenta una cláusula de foro de jurisdicción exclusiva esto, generalmente, obstruye la posibilidad de la extensión, pues se considera que la intención de las partes no es de arbitrar todos los contratos juntos, a pesar de que estos puedan o no constituir una misma transacción económica.

⁹⁹ Con respecto a esta regla, cabe acotar que se han aceptado excepciones específicas cuando las partes insertan cláusulas unilaterales de jurisdicción en donde se le da la posibilidad a una parte de escoger si quiere arbitrar o litigar la disputa, mas no se le permite esto a la otra parte. Para mayor información sobre este tipo de cláusulas, ver (Draguiev 2015).



Sin embargo, existen casos limitados en los cuales se ha permitido la extensión cumpliéndose estos hechos. Por ejemplo, en el caso de *Interserve Industrial Services Ltd v. ZRE Katowice SA*, la corte decidió extender la cláusula arbitral a un contrato que contenía una cláusula de jurisdicción exclusiva otorgándole competencia a una corte inglesa. En este caso, las partes habían concluido una serie de contratos de construcción en los cuales existía un contrato marco con una cláusula arbitral y un siguiente contrato (el contrato de diciembre) que contenía dicha cláusula de jurisdicción exclusiva. La Corte interpretó que ambas cláusulas eran válidas mas que aún ante la existencia de la cláusula de jurisdicción exclusiva, esto no menoscababa el efecto de la cláusula arbitral sobre los contratos relacionados, pues tenía que ser la intención de las partes solucionar todas las disputas bajo un mismo foro – sobre todo en la industria de construcción (*Interserve Industrial Services Ltd v ZRE Katowice SA 2012*). Dicho caso, sin embargo, no lidiaba con el caso de pluralidad de distintas partes, más únicamente de una pluralidad de contratos.

Si bien, este resultado es la excepción, cabe concluir que si ha sido posible extender la cláusula arbitral bajo estas circunstancias siempre tomando en cuando la intención de las partes por arbitrar. No obstante, a la hora de determinar si procede o no la extensión de la cláusula a otros contratos y a no signatarios habrá de tomarse en cuenta que desde este escenario fáctico las posibilidades serán verdaderamente restringidas.

ii. Carencia de restricciones expresas: la interpretación contractual

Cuando no existen restricciones expresas que impiden la extensión de una cláusula arbitral en un contrato a otro, mas existen cláusulas arbitrales o de resolución de disputas que no son idénticas, los Tribunales deberán analizar la compatibilidad de las cláusulas y, asimismo, deberán analizar la intención de las partes para determinar si ella era arbitrar ambas disputas oriundas de cada contrato bajo un mismo proceso arbitral, y uniendo a terceros no signatarios, o no (Fouchard, Gaillard y Goldman, *International Commercial Arbitration 1999*, ¶520-22).

En este sentido, desde ciertas relaciones contractuales como los contratos marco, las cortes,



generalmente han tratado de darle una interpretación que permita escuchar ambas disputas juntas, pues se considera que cualquier mercader razonable quisiera solucionar la misma disputa desde un mismo foro (Born, *International Commercial Arbitration* 2008, 108). Salvo que las partes hubiesen dispuesto lo opuesto, ya sea mediante la incorporación de una cláusula de selección de foro contraria al arbitraje, esta interpretación es la más frecuente.

IV. PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL PROCESO

Finalmente, la última gama de problemas que pueden surgir producto de la extensión de una cláusula arbitral a un tercero no signatario se relaciona directamente con el proceso arbitral. Cada proceso es distinto, dependiendo de las normas procesales de escogencia de las partes, por lo cual cada grupo de reglas va a determinar cómo se lleva a cabo el proceso. Se debe mencionar de previo que la mayoría de las reglas arbitrales están orientadas hacia el arbitraje sencillo, por lo cual no solucionan las controversias que pueden existir al haber pluralidad de partes. Dichos obstáculos pueden relacionarse a: **(A)** la designación de árbitros a la hora de la conformación del Tribunal Arbitral; **(B)** la existencia de procedimientos paralelos y decisiones contrapuestas; **(C)** la repartición de costos en el proceso arbitral; y **(D)** problemas relacionados con el laudo, su ejecución y reconocimiento.

A. La designación de árbitros a la hora de la conformación del Tribunal Arbitral

Uno de los problemas más grandes que surge del arbitraje multiparte se relaciona con la constitución del tribunal arbitral (Sakr 2010). La constitución del tribunal arbitral es una de los componentes principales de un arbitraje, y se considera un principio fundamental dentro de éste, pues refuerza el principio de igualdad entre las partes al permitirle a cada lado designar a un árbitro de su escogencia (Onyema, *Selection of Arbitrators in International Commercial Arbitration* n.d., 1). Es por ello, que si una parte es negada la posibilidad de escoger un árbitro, o el tribunal no es propiamente constituido, la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de CNUDMI establecen que esto dará pie a la anulación o no reconocimiento de un laudo.

En cuanto al arbitraje multiparte, la designación de árbitros se torna especialmente complejo, pues al existir múltiples demandantes o demandados se obliga a estas partes a escoger un árbitro



de manera conjunta, lo cual en muchos casos puede resultar en un desacuerdo. En igual sentido, como la mayoría de los países exigen que existan números impares de árbitros, no se le da la posibilidad al tercero de escoger un árbitro de su propia selección (Hackam n.d., 12).

Es por ello que instituciones como la Cámara de Comercio Internacional han estado al tanto de dicha problemática desde 1978, y han designado un grupo de trabajo al efecto para estudiar dicha situación y brindar soluciones al efecto. El grupo de trabajo publicó un reporte en 1994 llamado popularmente el “reporte Devolvé” que se basó preponderantemente en las consideraciones resueltas por la Corte francesa de Casación en el llamado caso Dutco (Sakr 2010).

El caso Siemens-Dutco lidió con una situación de arbitraje multiparte en donde debió balancearse la relación entre la autonomía de las partes, y la igualdad entre ellas con respecto de la posibilidad de escoger un árbitro. Allí, la Corte de Casación estimó que la posibilidad de escoger un árbitro se elevaba a un tema de orden público de los estados, y defendió la igualdad que debía prevalecer entre las partes con respecto de la escogencia (Kröll 2010).

Este fue resuelto en 1992, cuando la Corte anuló un laudo provisional en el cual un tribunal arbitral rechazó la solicitud de la parte demandada de impugnar en constitución. Las partes, Siemens, BKMI y Dutco, habían concluido un contrato de consorcio e incluido una cláusula arbitral modelo de la CCI. Las partes demandas (Siemens y BKMI) habían sido obligados a escoger un árbitro entre ambas, mas Dutco tuvo la posibilidad de designar a su propio árbitro. Las partes designaron al árbitro en conjunto sin reclamar la decisión del tribunal, mas luego solicitaron la anulación del laudo. La Corte de Casación (hasta donde se elevó el caso) consideró que la decisión era contraria al orden público pues la equidad de las partes en escoger a un árbitro era clave para el arbitraje (Kröll 2010). Esta consideró que no se mantuvo la igualdad entre las partes a la hora de constituir el Tribunal Arbitral, por lo cual dicho principio se violentó acarreando consecuentemente la nulidad del laudo (Brekoulakis, *Multiparty and Multicontract Arbitration* n.d., 3).



El razonamiento de Dutco ha sido aplicado subsiguientemente en otros casos, por ejemplo, en el caso Boustani de Líbano. Dicho caso lidiaba con tres accionistas de la compañía “Bustani United Machines Company” (BUMC), una sociedad anónima. Una disputa surgió entre los acreedores (Samir, Farid y Boutros Bustani) con respecto del manejo de la empresa, y las decisiones de las asambleas generales. El artículo 80 de los estatutos de la compañía incluían una cláusula arbitral que disponía que cualquier disputa relacionada con la compañía se resolvería mediante un arbitraje de equidad, de conformidad con las leyes libanesas vigentes. Asimismo, la cláusula disponía que el Tribunal Arbitral se compondría de tres árbitros, y cada una de las partes escogería un árbitro e informaría a la otra parte de su escogencia. Los dos árbitros electos, consiguientemente, designarían en conjunto al tercer árbitro, y en defecto de un acuerdo, se le pediría a la Corte de Primera Instancia de Baabdo que ésta lo hiciera.

Consecuentemente, y de conformidad con dicha cláusula, uno de los accionistas apuntó a un árbitro y le envió a la compañía y a cada uno de los accionistas una carta solicitando que escogieran un árbitro entre ambos, para de esta forma constituir el tribunal arbitral. Al principio, parecía que la compañía designó un árbitro, mientras que los otros dos accionistas se pusieron de acuerdo para designar a un árbitro. Consecuentemente, el primer accionista envió una petición al Presidente de la Corte de Primera Instancia solicitando que se le obligase a la compañía y a los accionistas a designar un árbitro en conjunto, en vista que ésta solo formaban una parte.

A ello, cada una de las partes demandadas respondió estableciendo la falta de jurisdicción de la corte de obligar a las partes por escoger a un árbitro en conjunto, así como la insuficiencia de la cláusula arbitral. Asimismo, los demandados solicitaron que la provisión solicitando que se escogiera a un árbitro en conjunto se declarara nula, en vista que era imposible designar a un árbitro en conjunto.

La Corte de Primera Instancia rechazó la solicitud de obligar a los demandados a escoger a un árbitro en común puesto que consideró que la cláusula arbitral era insuficiente para lidiar con dicha problemática puesto que la cláusula estaba diseñada para problemas que surgían entre dos personas. No obstante, también declaró que no tenía la posibilidad de modificar la voluntad de



las partes en la cláusula arbitral (Samir Philippe Boustani/Boustani united machines comp., Boutros Philippe Boustani and Farid Philippe Boustani 2010).

A pesar de la posición mantenida por dichas cortes, y el reporte Devolvé, la CCI todavía soluciona el problema de la designación de árbitros en el arbitraje multiparte adoptando la solución que requiere que la parte actora escoja el árbitro, y la parte demanda (incluyendo a los terceros) se pongan de acuerdo para escoger un árbitro. Si dichas partes no logran ponerse de acuerdo, la Cámara designará el árbitro por ellos. Dicho, también, ha sido el acuerdo por un número de jurisdicciones, por ejemplo el Acto de Arbitraje Holandés adopta dicha postura (Hackam n.d., 12), mas, ha causado rechazo por otro número de jurisdicciones.

Otras instituciones han tratado de solucionar el problema de manera distinta,¹⁰⁰ así evitando cualquier posible controversia relacionada a la equidad de partes a la hora de escoger al árbitro. Podría de esta forma citarse el artículo 8.1 de las Reglas del LCIA de 2014, las cuales establecen lo siguiente:

“Article 8 Three or More Parties

8.1 Where the Arbitration Agreement entitles each party howsoever to nominate an arbitrator, the parties to the dispute number more than two and such parties have not all agreed in writing that the disputant parties represent collectively two separate “sides” for the formation of the Arbitral Tribunal (as Claimants on one side and Respondents on the other side, each side nominating a single arbitrator), the LCIA Court shall appoint the Arbitral Tribunal without regard to any party's entitlement or nomination.

8.2 In such circumstances, the Arbitration Agreement shall be treated for all purposes as a written agreement by the parties for the nomination and appointment of the Arbitral Tribunal by the LCIA Court alone”(LCIA Rules 2014)

¹⁰⁰ Para las soluciones otorgadas por otras instituciones ver el Artículo 6 (5) de las Reglas del AAA del 2003; el Artículo 18 de las Reglas de la OMPI, el Artículo 16 (3) de las Reglas de 1999 de Estocolmo, la sección 13 de las Reglas DIS, y el artículo 10 de las Reglas de la Cámara Federal Económica de la Cámara.



De esta manera, la LCIA ha establecido dos escenarios fácticos distintos: el primero, en donde las partes han contemplado la posibilidad del arbitraje multiparte en su cláusula arbitral y han dispuesto al efecto cómo se solucionará el problema con la designación de árbitro mediante la escogencia de cada parte de un árbitro; y el segundo, en donde las partes no han hecho tal solicitud, por lo cual la Institución designará al tribunal arbitral sin darle importancia a la escogencia o nominación de ambas partes.

Similarmente, las reglas de Viena han intentado solucionar este problema mediante la incorporación del presente texto dentro de sus reglas, que difiere de la solución brindada por la LCIA:

“Article 15 – Multiparty Proceedings

1. A claim against two or more Respondents shall be admissible only if the Centre has jurisdiction for all of the Respondents, and, in the case of proceedings before an arbitral tribunal, if all Claimants have nominated the same arbitrator, and:

a) If the applicable law positively provides that the claim is to be directed against several persons; or

b) If all Respondents are by the applicable law in legal accord or are bound by the same facts or are joint and severally bound; or

c) If the admissibility of multiparty proceedings has been agreed upon; or

d) If all Respondents submit to multiparty proceedings and, in the case of proceedings before an arbitral tribunal, all Respondents nominate the same arbitrator; or

e) If one or more of the Respondents on whom the claim was served fails or fail to provide the particulars mentioned in Article 10 paragraph 2, b) and c) within the thirty-day time-limit (Article 10 paragraph 1).

8. In cases other than those mentioned in paragraph 1 of the present Article, the consolidation of two or more disputes shall be admissible only if the same



arbitrators have been appointed in all the disputes that are to be consolidated and if all parties and the sole arbitrator (arbitral tribunal) agree.

9. The decision whether multiparty proceedings, as per paragraph 1 of this Article, are admissible, shall be taken by the sole arbitrator (the arbitral tribunal) upon application of one of the Respondents”(Vienna Rules of Arbitration and Conciliation 2013).

Si bien, no hay una uniformidad en el proceso por tomarse, existen diversas sugerencias y soluciones para intentar mantener la equidad. Asimismo, con respecto de la consolidación del proceso arbitral, se sugiere que cuando se une una tercera parte que no se puede identificar como parte actora o demandada, la Corte debería designar a los tres árbitros para mantener la equidad de las partes (Hanotiau 2006, 203).

No obstante, dicha problemática sigue viva, por lo cual se sugiere que a la hora de proceder a extender la cláusula arbitral con alguno de los criterios antedichos, se proceda a analizar la problemática que puede surgir de cada extensión.

B. Procedimientos paralelos y decisiones contrapuestas

Uno de los propósitos fundamentales del arbitraje multiparte es evitar que se den resoluciones inconsistentes o contradictorias en temas que son idénticos en los hechos y el derecho del caso. En este sentido, uno de los problemas preponderantes que nace del arbitraje multiparte es que si los hechos, y el derecho no son idénticos en cada caso similar que implique al tercero no signatario y a las partes signatarias del convenio arbitral, podrá darse que una corte acepte jurisdicción en cuanto al caso del tercero, y se pueden dar hechos contradictorias o resoluciones inconsistentes que dificulten el reconocimiento (Nicklisch 1994, 68).

En esta misma línea, el tema del arbitraje multiparte, también, podría dar pie a un potencial abuso del proceso, pues un no signatario puede aprovecharse para abrir un número de procesos e invocar el que le otorgue un resultado más favorable (Monichino y Fawke 2012). Actualmente, si bien, la mayoría de las cortes no han encontrado casos en los que la existencia de un litigio



paralelo al arbitraje relacionado con un no signatario se sobreponga al nivel de un abuso procesal, éstas sí han indicado de la posibilidad que esto suceda (Pearson 2014).

Ante ello, y para evitar el problema que puede nacer producto de procesos paralelos existen dos soluciones que pueden aliviar el problema. La primera solución siendo que se le solicite a la corte refrenar su intromisión en el procedimiento por la existencia de la cláusula arbitral de conformidad con el artículo 8 de la ley modelo de arbitraje, el cual permite la intervención de la corte para solucionar la validez de la cláusula ante una parte (en este caso el tercero). En su defecto, la segunda solución recae en solicitarle al tribunal arbitral que no extienda la cláusula arbitral para evitar el procedimiento paralelo y la posibilidad de una decisión contrapuesta (Emanuele y Molfa 2012). Ambas sugerencias conllevan al mismo resultado: ya sea que la corte o el tribunal se abstengan de intervenir en el procedimiento, para así lograr la uniformidad en el fallo.

No obstante, a pesar de dichas soluciones, la presente problemática ha de ser una consideración de cualquier tribunal a la hora de extender la cláusula arbitral a un tercero.

C. La repartición de costos del proceso arbitral en el arbitraje multiparte

Resolver disputas mediante el arbitraje es costoso; requiere que las partes inviertan en su representación, el proceso, la institución, y el pago de árbitros. Específicamente, en el arbitraje, los costos se dividen en dos tipos: los procedimentales, y los de las partes (M. Bühler 2004, 250). Los costos procedimentales hacen referencia a los pagos que deben efectuarse para que se lleve a cabo el proceso, es decir, el pago de los árbitros, de las audiencias, de la institución o de los peritos.¹⁰¹ Por su parte, los pagos de las partes se refieren a los gastos que cada parte realizó para tener una adecuada representación durante la preparación del caso hasta la presentación al tribunal arbitral (Bühler y Jarvin 2002).

¹⁰¹ Ver, por ejemplo, el artículo 37 (1) de las Reglas de la CCI que dispone lo siguiente en cuanto a los costos del procesos: “*los costos del arbitraje incluirán los honorarios y los gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos de la CCI determinados por la Corte de conformidad con el arancel vigente en la fecha de inicio del arbitraje, los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el tribunal arbitral y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje*” (ICC Arbitration Rules 2012).



Los pagos del procedimiento deben hacerse desde el inicio de éste, y tanto en el arbitraje institucional como *ad hoc*, se exige el pago de un adelanto acompañado al requerimiento. Algunas de las instituciones requieren que la parte actora realice el pago inicial, mas luego se exige que las partes cubran proporcionalmente los gastos de la institución, salvo acuerdo en contrario.¹⁰² En cuanto a esta provisión, usualmente, surge un gran problema, pues es común que la parte demandada se rehúse a pagar, por lo cual el demandante se ve forzado a hacerlo para evitar la suspensión del proceso (De Meulemeester y Veryser 2014).

Asimismo, los pagos deberán efectuarse hasta el final una vez dado por terminado el proceso. Actualmente, no existe una práctica general en cuanto al tratamiento de costas en el arbitraje internacional comercial, pues cada institución regula esto de manera distinta (Blackaby, et al. 2009, 406). Algunas jurisdicciones estiman que la parte que pierde debe pagar, pero en otras se considera que las partes deberán repartirse las costas equitativamente (Strong 1998, 930). Por ende, generalmente, recae generalmente sobre la discrecionalidad del tribunal decidir cómo dividir las costas, salvo el caso que las partes dispongan previamente como estas habrán de repartirse (International Chamber of Commerce Commission on Arbitration 2007).

El problema de la repartición de las costas es especialmente visible en el contexto del arbitraje multiparte, pues resulta dudoso en qué proporción deben pagarse las costas. Esto, pues no se entiende si la proporción de las costas debe dividirse dentro del número de partes que intervienen en el proceso, o bien, si deberán dividirse las costas en equidad entre el demandante y demandado. En este último caso, los terceros tomarían el cincuenta por ciento del gasto que les corresponde a la parte demandada o actora, y lo dividirán entre la parte a la que se adhieran (demandante o demandado). Así bien, la pregunta que permea todo arbitraje es quién debe hacerse responsable por el pago de estos gastos (M. Bühler 2004, 249).

¹⁰² Ver, por ejemplo, el artículo 6(6) de las Reglas de la CCI que dispone lo siguiente: “*con respecto a Procedimientos iniciados conforme al Reglamento, las partes deberán pagar todos los depósitos requeridos y costos fijados en partes iguales, salvo acuerdo contrario por escrito. No obstante, cualquier parte podrá pagar el saldo pendiente de dichos depósitos y costos si la otra parte dejara de abonar la porción que le corresponda.*”



Adicionalmente, en el caso que se de la intervención del tercero, no queda claro si es éste quien debe hacerse cargo de los gastos adicionales que debe hacer incurrir en el proceso, o si estos mismos deberán ser repartidos entre las partes del proceso (Strong 1998, 930). Alternativamente, también podría cobrarse a la parte que hace la solicitud que se una al tercero que pague los costos de quien está obligando a intervenir.

Las varias instituciones han tomado decisiones distintas en cuanto a este tema. Desde las reglas de CNUDMI de arbitraje, el árbitro tiene la facultad de decidir si las costas del arbitraje deberán repartirse equitativamente entre todo el número de partes que intervienen en el proceso, o bien, de decidir si las costas deberían repartirse en otras proporciones (Fraser 1983, 450). Sin embargo, esto no representa el consenso y otros tribunales tienen otras opiniones. De esta manera, si bien, no existe una solución definitiva con respecto de como tratar el tema de las costas, la realidad es que éstas deberían afectar en la decisión de las partes de unir al tercero, así como el criterio que deberían invocar. Por ejemplo, si se trata de una situación de múltiples contratos con múltiples cláusulas, podría tratarse de unir a los terceros a la cláusula que resulte más beneficiosa en cuanto al pago de costas. Desde esta misma línea, por ejemplo, las cláusulas más restringidas facilitan la repartición de costas, pues si el tercero era únicamente responsable de una fracción del proceso, lo justo sería que solo intervenga en esa proporción.

Consecuentemente, lejos de ser un problema resuelto, la consideración en cuanto a las costas del proceso debería funcionar para influenciar la decisión de las partes de obligar a un tercero a apersonarse al arbitraje, y bajo qué criterio o pretexto.

D. El laudo, su reconocimiento y recursos en contra

La última barrera a la que debe hacer frente un tribunal arbitral que decide extender una cláusula arbitral a un tercero no signatario es la posibilidad que el laudo que emane sea anulado, apelado, o que no sea reconocido.

El laudo se refiere a la decisión que realiza un árbitro para dar por terminado un proceso arbitral con base en los argumentos que las partes han presentado. Debe ser la consecuencia de la



decisión de un árbitro, una vez analizada la evidencia y los alegatos de las partes (Turner 2005, 3). Existen distintos tipos de laudo, los cuales le ponen fin a ciertas etapas del procedimiento, o a la totalidad de éste. Reciben el nombre de laudos preliminares o finales, con el último siendo el que decide sobre los puntos de costos relacionados con la disputa (Tang Boon Jek Jeffrey v. Tan Poh Leng Stanley 2001). Mas, independientemente del tipo de laudo, éstos son sujetos al cumplimiento de un número de requisitos por cada legislación. La ley modelo resume los requisitos que éstos deben contener bajo el artículo 31, el cual establece lo siguiente:

Artículo 31. Forma y contenido del laudo

- 1) El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.*
- 2) El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.*
- 3) Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.*
- 4) Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el párrafo 1) del presente capítulo.*

Por lo general, contra el laudo no existe recurso en contra salvo el recurso de nulidad (García 2011).¹⁰³ Así bien lo resume el artículo 34 inciso uno de la ley modelo al establecer que “*contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad (...).*”¹⁰⁴ La nulidad es un recurso estricto, formal y taxativo. La ley modelo designa, por ejemplo,

¹⁰³ A pesar de ello, ha surgido la duda recientemente de si podría considerarse la posibilidad de incluir recursos de apelación de laudos, con algunas cortes aceptando la posibilidad siempre y cuando la ley aplicable a la disputa lo permitiese (Mamdoh Saleem n.d.).

¹⁰⁴ El subrayado no es original.



situaciones restringidas en las cuales se puede solicitar la nulidad. Estas son las siguientes:

“Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral (...)

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

b) el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.”(El subrayado del texto no es original).

Las razones estrictas antedichas para anular el laudo obedecen al principio de finalidad. Dicho



principio es característico del arbitraje, y se acerba que el proceso arbitral no pierda la rapidez propia que lo diferencia de los procesos ante cortes nacionales (Mamdoh Saleem n.d., 1). A pesar de ello, existen reglas que designan mecanismos de apelación para las partes que quieran tener esta posibilidad,¹⁰⁵ mas esto representa la excepción y no la regla que, únicamente, permite la nulidad.¹⁰⁶

Si bien, el laudo, únicamente, puede ser anulado, las partes tienen la posibilidad de solicitar el no reconocimiento de éste a las cortes de cada jurisdicción donde éste pueda surtir efecto. La Convención de Nueva York que regula este tema estipula en su artículo V las razones por las cuales se podrá denegar su reconocimiento. Ellas son:

- “a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o*
- b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento ele arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón hacer valer sus medios de defensa; o*
- c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no como prendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a*

¹⁰⁵ Ver por ejemplo el sistema adoptado por las Reglas de la Corte Española de Arbitraje, las cuales designan la posibilidad de que las partes adopten un mecanismo de apelación de laudos.

¹⁰⁶ En este sentido, puede verse el caso de *Hall Street Associates LLC v. Mattel*, en donde la Corte Suprema de Estados Unidos encontró que las partes no pueden contractualmente estipular que el laudo podrá ser apelado si lo antedicho contradice la ley que regula el proceso arbitral. La Corte Suprema manifestó: “*the Federal Arbitration Act (FAA or Act), 9 U. S. C. §1 et seq., provides for expedited judicial review to confirm, vacate, or modify arbitration awards. §§9–11 (2000 ed. and Supp. V). The question here is whether statutory grounds for prompt vacatur and modification may be supplemented by contract. We hold that the statutory grounds are exclusive.*”(Hall Street Associates LLC. v. Mattel 2008).



las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje ; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del países en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, como prueba :

a) Que , según la ley de ese país, el objeto ele la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento u la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público de ese país.”

El problema mayor que nace producto del arbitraje multiparte es que la extensión de la cláusula arbitral a un no signatario aplicando un criterio erróneo puede conllevar a la anulación del laudo o el no reconocimiento de éste, puesto que se cumplen con casi todos los supuestos legales al efecto. Como se ha detallado supra, puede alegarse que el tribunal no fue constituido como acordado por las partes (pues en el arbitraje complejo surge un problema sustancial con respecto de la escogencia de árbitros), que las partes se encontraban bajo alguna incapacidad (en el caso que el tercero tuviera restricciones que le impidiesen arbitrar), que el laudo arbitral excede el ámbito del convenio arbitral (relacionado al tema de la arbitrabilidad subjetiva), o que el laudo sea contrario a la ley que le es aplicable (como es el caso de las legislaciones que no reconocen criterios específicos).



De lo cual se desprende que todo tribunal arbitral debe tener excesivo cuidado a la hora de extender la cláusula para evitar que éste se anule, o que no sea reconocido, de esta manera restándole toda importancia al proceso y a la vía arbitral.

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

El arbitraje multiparte presenta un número de dificultades consustanciales y procedimentales que dificultan la deliberación de un tribunal arbitral a la hora de pronunciarse sobre la extensión de una cláusula arbitral a un tercero no signatario. El punto de partida de estas dificultades encuentra su seno en las mismas regulaciones destinadas al efecto para este tipo de proceso, muchas de las cuales están diseñadas para lidiar con el arbitraje sencillo, que involucra a un demandado y a un actor. Es por ello que existe un gran vacío normativo para regular cómo hacerle frente a la controversia del arbitraje complejo.

La extensión de la cláusula arbitral a un no signatario, asimismo, toca sobre uno de los aspectos claves de todo proceso, que es el laudo que concreta la decisión que surtirá efectos sobre las partes. Al respecto, tanto las causales taxativas enlistadas para solicitar la nulidad o el no reconocimiento del laudo se pueden ver afectadas en vista de una extensión indebida. Esto pues, el arbitraje multiparte gira en torno al núcleo de los principios y características del proceso arbitral: la equidad entre las partes, la designación de árbitros, el consentimiento por arbitrar, la arbitrabilidad del proceso, y el abuso del derecho. Por consiguiente, si no se le da la debida consideración y análisis a cada uno de estos temas anterior a proceder con la extensión, las partes pueden encontrarse con una sentencia a la que no pueden darle efecto.

Consecuentemente, no puede hablarse de extensión o criterios de extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios si no se habla también de los problemas emergentes que surgen del proceso, pues si no se entienden las consecuencias de un acto tampoco puede entenderse la legalidad o la justificación de éste.

Por lo tanto, el presente capítulo ha servido para ilustrar que la selección del criterio oportuno para extender una cláusula arbitral no solo va a recaer en las situaciones fácticas de cada caso,



según se han descrito en el capítulo segundo, ni tampoco van a situarse sobre aspectos procedimentales como la ley aplicable, mas estos criterios se seleccionarán hasta una gran medida de conformidad con la problemática que pueda traer su aplicación al laudo y su eventual reconocimiento.



CAPÍTULO QUINTO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A manera de elaborar las conclusiones generales y de sintetizar sobre el aporte del proyecto de investigación, es importante desglosar las conclusiones y recomendaciones en dos secciones: las primeras relacionadas con la hipótesis elaborada a inicios de la redacción de la tesis, y las segundas en correlación con los objetivos planteados en la investigación.

La hipótesis planteada en dicha investigación partía del hecho que *“un tribunal arbitral o una corte únicamente accedería a extender una cláusula arbitral de un contrato a terceros no signatarios cuando pudiese presumir el consentimiento del tercero.”* Dicha hipótesis resulta errada, y ha sido desvirtuada a la largo del proyecto.

Resulta claro, la jurisdicción arbitral se basa en el consentimiento de las partes con el fin de evitar la supresión del derecho fundamental de acudir a la jurisdicción ordinaria. No obstante, la complejidad de las relaciones comerciales y las ficciones jurídicas que se pueden crear en afán de causar un detrimento a una contraparte ha suscitado la necesidad de la creación de teorías que traspasan el derecho contractual y el consentimiento, y se centran en consideraciones que pretenden brindar equidad y justicia a las partes cuando han sido dañadas por un tercero.

Consecuentemente, la doctrina que la cláusula arbitral solo será extendida si se demuestra el consentimiento resulta falsa, pues criterios como la doctrina de los actos propios o el levantamiento del velo social se han utilizado cuando un tercero creó una impresión falsa de consentimiento o se abusó de su forma corporativa, pero no necesariamente consintió por arbitrar.

Estableciéndose esto, quizás la pregunta que corresponde hacerse es si resulta errado sobreponer consideraciones de equidad y justicia sobre el consentimiento de una parte de arbitrar para extender una cláusula; o si deben restringirse las intervenciones de terceros estrictamente a la



normativa consensual. Esta interrogante ha de evaluarse de manera íntegra, analizando la naturaleza, historia, y función del arbitraje para así realizar una ponderación de derechos: la equidad y la justicia, contra la autonomía de las partes.

En ese orden de ideas, si se parte de un análisis histórico y de la naturaleza del arbitraje se concluye que la extensión de cláusulas a terceros no signatarios debería restringirse a situaciones donde medie el consenso. En el primer capítulo de esta investigación, quedó en evidencia que el desarrollo del arbitraje en su historia siempre acató que el arbitraje no es la forma convencional de resolver disputas, sino una alternativa a la vía judicial. Esto resulta en estricta yuxtaposición con el litigio ante cortes nacionales que constituye un derecho inherente y fundamental de las partes. En otras palabras, el arbitraje es un proceso consensual, no coercitivo. Respetando el consenso como la base del arbitraje, nadie debería ser obligado a solucionar una disputa mediante el arbitraje en contra de su voluntad – aún los terceros quienes actúan de mala fe - pues esto violentaría la razón de este proceso. Desde este razonamiento, la extensión de una cláusula solo procedería donde pueda mediar el consentimiento, y siempre que pueda demostrarse.

En contraste, si se parte de un estudio de la función social del arbitraje, se podría concluir que debería permitirse la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios cuando estos hayan abusado del derecho, en aras de promover la equidad y la justicia. En esta investigación, se constató que el rol del proceso arbitrales impartir una justicia expedita que se ajuste a las necesidades comerciales de las épocas. Dentro de esta noción de justicia, el arbitraje debe asegurarse que no se den abusos del proceso o del derecho. Hoy, el derecho comercial – a través de la figura de los distintos modelos empresariales - ha permitido a las partes a abusar de la forma corporativa para causar un detrimento a terceros. Debería ser la responsabilidad del tribunal arbitral evitar que se de este abuso del derecho, pues su función es impartir justicia. Es por ello, que bajo esta interpretación, la extensión de las cláusulas arbitrales a terceros debería permitirse no solo cuando haya acuerdo entre partes, sino también, cuando el tercero haya abusado del derecho con el propósito de causar un daño.



Esta tesis comparte el segundo enunciado, pues el arbitraje – más que un proceso inflexible basado en el consenso – nace como una alternativa a la justicia ordinaria. Al efecto, es importante cuestionar todas aquellas circunstancias que existen en las que se podría ameritar la intervención de una parte en el proceso como parte arbitral, pero que por restricciones relativas al consenso se le ha denegado la posibilidad a tales partes y, por ende, se les ha restringido una posibilidad de buscar una justicia expedita. Si se considera el ejemplo de un garante quien asegura una deuda entre un acreedor y un deudor, en el cual una disputa surge y el proceso arbitral determinará si la deuda garantizada ha de ser extinguida o no y de esta manera afectará al garante, podría resultar injusto que el garante se vea restringido por acudir a la vía arbitral por una falta de anuencia inicial a arbitrar puesto que se ocasionará o no un perjuicio al patrimonio de éste. Concordantemente, un subcontratista podría verse negado la posibilidad de participar en un arbitraje entre un empleador y un contratista a pesar de que en el arbitraje se determinará si el trabajo entregado por el subcontratista fue defectuoso.

Es por ello que existen razones de peso que apuntan a que la extensión de cláusulas debería proceder hacia aquellos que quizás no accedieron arbitrar, pero han abusado del derecho y el proceso lo suficiente para ser obligados a ello.

No obstante, otra solución viable ante esta evidente problemática – consenso o equidad –sería proceder a reevaluar el entendimiento que se tiene por la palabra “consentimiento.” Desde esta premisa, se debe recordar que la conceptualización del “consentimiento” en el contexto arbitral ha evolucionado considerablemente desde que se implementó por primera vez. Dicha evolución es visible bajo un estudio, por ejemplo, de la Ley Modelo de CNUDMI. En ella se puede apreciar la transformación del significado del consentimiento en cuanto a la construcción de la cláusula arbitral bajo el artículo siete. Anteriormente, se solicitaba que la cláusula arbitral constara estrictamente por escrito – entendiéndose que este requisito se satisfacía cuando la cláusula se plasmara en escritura. Hoy, al contrario, como se ha apreciado en el capítulo primero de la tesis, este requerimiento no se satisface con la literalidad de la escritura plasmada sobre papel, sino puede verse cumplida mediante gran variedad de medios, dentro de ellos inclusive los electrónicos.



De esta manera, la propuesta que el concepto del consentimiento se actualice no resulta una petición ajena al mundo del arbitraje, mas una necesidad del comercio conforme éste se torna más complejo. Consiguientemente, se propone por la autora que el concepto de consentimiento pudiese interpretarse a significar en el contexto de la extensión de las cláusulas arbitrales como *“la anuencia de arbitrar”* o *“la anuencia de aceptar el arbitraje al haber corrido el riesgo de incurrir en actuaciones contrarias al derecho.”*

Consecuentemente, habiendo aportado las anteriores recomendaciones con respecto del descubrimiento de la hipótesis, así como habiendo comprobado negativamente la hipótesis, se ofrece, a continuación, las conclusiones elaboradas en cuanto a cada objetivo, tanto el general como los específicos.

El objetivo central de esta tesis pretendía *“determinar cuál debía ser el criterio del cual parten las cortes y los tribunales arbitrales para extender una cláusula arbitral a terceros no signatarios en el arbitraje internacional comercial.”* Al respecto, se concluye que existen ocho criterios que permiten extender una cláusula arbitral a un tercero no signatario; es decir, no existe tal cosa como un único criterio oportuno que siempre deberá ser invocado para extender una cláusula arbitral. Contrariamente, la determinación de cuál criterio es el indicado de escoger dentro de estos ocho va a variar con respecto de un número de consideraciones particulares. Al estudiar cada una de ellas, las partes y el tribunal procederán a identificar cuál es el criterio indicado para extender la cláusula. Estas consideraciones se resumen a continuación:

Consideraciones para Razonamiento	
determinar el criterio aplicable	
La ley aplicable a la cláusula arbitral	La ley aplicable a la cláusula arbitral va a ser la primera consideración que un tribunal o una corte deberá tomar a la hora de escoger un criterio para extender una cláusula.



Los hechos que dan origen a la solicitud de extensión de la cláusula.

Generalmente, todas las leyes requieren que medie el consentimiento entre partes para aceptar dicha extensión, mas cada jurisdicción puede tener una postura preestablecida con respecto de ciertos criterios. Al efecto, por ejemplo, vemos como en Estados Unidos, Suiza o Inglaterra la doctrina del grupo de empresas no es aceptada, por lo cual resulta evidente que en estos países este criterio no resulta oportuno traerlo a colación. De este modo, la ley aplicable crea un marco de los criterios que cada jurisdicción reconoce y facilita la escogencia del criterio.

La segunda consideración que los tribunales arbitrales o las cortes deberán tomar en consideración a la hora de extender una cláusula arbitral a un tercero no signatario son las circunstancias fácticas que dan origen a la solicitud de la cláusula. A través de la tesis, se recopilaron cinco escenarios distintos desde los cuales puede proceder la extensión, siendo estos cuando se da la anuencia del no signatario de participar, cuando media el fraude entre las partes, o bien, cuando existen pluralidad de contratos. Dependiendo del escenario del cual se trate, variará el criterio que podrá invocarse. Así pues, es diferente la extensión de la cláusula arbitral cuando ésta se trate del fraude de la personalidad corporativa (en donde procederá a solicitar el levantamiento del velo social), a la extensión de una cláusula arbitral cuando se da la anuencia del no signatario de participar (cuando generalmente estamos ante un caso de consentimiento tácito). Consecuentemente, los hechos de cada caso en específico van a venir a establecer las segundas consideraciones para escoger un criterio para extender una cláusula.

Los problemas que pueden

La última consideración que una corte o un tribunal debe



surgir producto de la extensión

tomar anterior a extender una cláusula arbitral a un tercero no signatario deberán ser las consecuencias que la extensión puede traer al laudo. La consecuencia más notoria de una extensión inadecuada será la anulación o el no reconocimiento del laudo, mas cada caso puede dar pie, a su vez, a situaciones complejas relacionadas a las partes del proceso, la cláusula o el proceso. Por ejemplo, podrá estudiarse si ciertos criterios han dado pie a la anulación de un laudo bajo una determinada jurisdicción, para que así pueda escogerse un criterio oportuno que evite la anulación del laudo.

Seguidamente, se examinan los objetivos específicos y las conclusiones al respecto de cada cual. La investigación se propuso cumplir con cuatro objetivos específicos, los cuales son:

- 1. Identificar cuáles son los antecedentes históricos y requisitos fundamentales del arbitraje multiparte.*
- 2. Analizar el desarrollo procesal y sustancial del arbitraje complejo relacionado con la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios del contrato.*
- 3. Establecer cómo los tribunales arbitrales deben de abordar el tema de la presunción pro arbitraje para extender una cláusula arbitral a un tercero no signatario.*
- 4. Estudiar los problemas que pueden surgir producto de la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios, incluyendo la validez y ejecución del laudo.*

En cuanto al primer objetivo específico relacionado a la identificación de los antecedentes históricos del arbitraje multiparte y sus requisitos fundamentales, se concluyó que:



- El arbitraje nace como una alternativa a la justicia convencional, intentado responder a las necesidades comerciales de la época. En otras palabras, puede decirse que nace con el comercio mismo.
- Al ser una alternativa a la justicia convencional, su característica principal es que sólo es vinculante si las partes así lo desean.
- El arbitraje multiparte, específicamente, nace conforme las operaciones comerciales se complican en el sentido que la estructura de la empresa da paso al nacimiento de distintas entidades corporativas que intervienen en las transacciones comerciales.
- Alrededor de la década de los ochenta, hay un auge en el arbitraje multiparte, lo que lleva a los primeros grupos de trabajo a buscar soluciones prácticas al tema.
- Al igual que el arbitraje sencillo, el arbitraje multiparte descansa en el consentimiento de las partes por arbitrar.
- Existen cuatro requisitos fundamentales para que se de el arbitraje multiparte:
 - Debe existir una cláusula arbitral.
 - La cláusula arbitral debe constar por escrito.
 - La cláusula arbitral debe demostrar el consentimiento de las partes de arbitrar (aún las que no hayan firmado el acuerdo).
 - La cláusula arbitral no podrá declararse inválida, ineficaz o incapaz de ser ejecutada.

Seguidamente, en cuanto al segundo objetivo específico, se concluye que se ha logrado analizar el desarrollo procesal y sustancial del arbitraje complejo relacionado con la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios en el tanto:

- Se analizaron diferentes doctrinas procedimentales que han explicado a lo largo de los años la naturaleza del arbitraje multiparte: desde la teoría de la relatividad de los contratos hasta la estipulación a favor de un tercero.
- Se determinaron los órganos competentes para realizar la extensión de la cláusula arbitral, así como la ley aplicable para hacer dicha determinación, y las formas procedimentales en las cuales se realizaba ésta.



- Se identificaron y desarrollaron cinco supuestos de hecho que han sido desarrollados sustancialmente por la jurisprudencia para ilustrar las situaciones en las que se da el arbitraje complejo:
 - La participación del tercero en el contrato
 - La pluralidad de contratos
 - La anuencia del no signatario de intervenir en el proceso
 - El desconocimiento de la personalidad corporativa
 - Fraude o constitución fraudulenta

En cuanto al tercer objetivo específico que se planteó la investigación, éste versaba en establecer como los tribunales arbitrales debían abordar el tema de la presunción pro arbitraje para extender la cláusula arbitral a un tercero no signatario. Al respecto, se concluyó que la presunción pro arbitraje sirve como un soporte y factor decisivo a la interpretación contractual que permite la extensión, en el sentido que en tela de duda con respecto de si un tema deberá ser arbitrado o litigado en cuanto a la arbitrabilidad, deberá favorecerse el arbitraje. En otras palabras, cuando las cláusulas arbitrales se interpretan de manera restrictiva, en contra del principio pro arbitraje, es muy complicado que proceda la extensión a una parte que no firmó el convenio arbitral. De manera yuxtapuesta, si la cláusula se estudia de manera abierta, cabe la posibilidad de establecer que los terceros no signatarios forman parte de la cláusula. De esta forma, el principio sirve para brindarle legitimidad al proceso arbitral y sustento a los criterios de extensión de cláusulas arbitrales que son detallados *supra*.

Finalmente, la investigación definió por último objetivo específico el estudiar los problemas que pueden surgir producto de la extensión de cláusulas arbitrales a terceros no signatarios, incluyendo la validez y ejecución del laudo. Se concluye al efecto que existen cuatro problemas que nacen al amparo de la extensión de una cláusula a un no signatario, todos los cuales pueden llevar a cabo la anulación o el no reconocimiento del laudo. Dichos problemas se resumen así:

- El primer problema versa sobre la falta de consentimiento ante la existencia de un abuso del derecho, el cual pone en cuestión la pregunta de si la extensión deberá proceder o no



ante un abuso del derecho, aún cuando no puede determinarse el consentimiento de una parte.

- La segunda gama de problemas son los relacionados con las partes, los cuales pueden surgir desde la falta de capacidad de una de ellas, hasta la existencia de millones de partes intervinientes en el arbitraje consolidándose así en un proceso masivo.
- La tercera rama de problemas se relaciona con la cláusula arbitral, pues dependiendo de ésta podría no proceder la extensión a un tercero.
- Finalmente, se detallan los problemas que pueden nacer propiamente en el proceso, como lo es la designación de árbitros, la repartición de costas, o la existencia de procesos paralelos.

Se concluye y recomienda en este punto que se utilice la problemática que puede nacer del arbitraje complejo en la decisión de seleccionar un criterio para extender un convenio arbitral. Si se analiza dicha problemática, se hará una decisión más informada de cuál es el criterio más oportuno para proceder a solicitar la extensión.

En síntesis, la presente investigación ha logrado cumplir con cada uno de los objetivos establecidos y ha logrado probar negativamente la hipótesis planteada, dando así por finalizado el presente proyecto de investigación.



BIBLIOGRAFÍA

Artículos de revista

«A v B, C, D and E, Award, ICC Case No. 5281, 28 Abril 1989.» *Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage* (Kluwer Law International) 7, no. 3 (1989): 313-333.

Bühler, Micha. «Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview.» *ASA Bulletin*, Junio 2004: 249-279.

Badia, Alberto. «Piercing the veil of state enterprises in international arbitration.» *International Arbitration Law Journal* (Kluwer Arbitration) 29 (2014): 45-100.

Bermann, George A. «The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration .» *The Yale Journal of International Law* 37, no. 1 (2011).

Boza, Rafael. «Caveat Arbitrator: The U.S.-Peru Trade Promotion Agreement, Peruvian Arbitration Law, and the Extension of the Arbitration Agreement to Non-Signatories. Has Peru Gone Too Far?» *Currents International Trade Law Journal* 17 (2009).

Brekoulakis, Stavros. «The Notion of the Superiority of Arbitration Agreements over Jurisdiction Agreements: Time to Abandon it?» *Journal International Arbitration* 24, no. 4 (2007): 341-364.

Brekoulakis, Stavros. «The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room .» *Penn State Law Review* 4, no. 113 (Julio 2009): 1165-1188.

Byers, Michael. «Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age.» *McGill Law Journal/ Revue de droit de McGill* 47 (2002): 389-430.

Caivano, Roque J. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario .» *Lima Arbitration I* (2006).

Caivano, Roque J. «La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene.» *Revista Derecho Privado*, 2012: 3-53.

Carbonneau, Thomas E. «Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences.» *Revue Internationale de droit comparé* 36, no. 4 (Octobre- décembre 1984): 727-781.

Castellano Ruiz, Esperanza, y Juliana Rodríguez Rodrigo. «Comentarios a la ley del enjuiciamiento civil. De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC) .» *InDret Revista para el Análisis del Derecho* (), 2008.



Clay, Thomas. «La extensión de la cláusula compromisoria a las partes no signatarias (fuera de los grupos de contratos y grupos de sociedades).» *Revista de la Corte Española de Arbitraje* , 2006: 13-22.

Correa Delcasso, Jean Paul. «L'extension de la Convention d'Arbitrage aux Parties non Signataires: Analyse de la Doctrine de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI au Regard de la Jurisprudence Française et Espagnole .» *Civil Procedure Review II*, no. 2 (2011): 3-27.

Corrie, Clint A. «Challenges in International Arbitration for Non-Signatories.» *Comparative Law Yearbook for International Business*, 2014: 45-74.

Córdoba Schaefer, Jesús. «La vinculación del convenio arbitral en los contratos de cesión O de la mal llamada transmisión de la cláusula arbitral.» *Actualidad Jurídica-Gaceta Jurídica* , Noviembre 2013: 84-91.

Côté, Suzanne, y Julie Girard. «La percée du voile corporatif: qu'en est-il 10 ans plus tard?» *Revue du Barreau du Québec*, 2005.

DeArmann, Jeff. «Resolving Arbitration's Nonsignatory Issue: A Critical Analysis of the Application of Equitable Estoppel in Alabama Courts .» *Cumberland Law Review* 29 (1999).

Del Castillo Elorza, Fernando. «Arbitrajes Complejos.» In *El Arbitraje en el Perú y el Mundo* , by Instituto Peruano de Arbitraje, 361-364. Ediciones Magna, 2008.

Delaney, Joachim, y Katharina Lewis. «The presumptive approach to the construction of arbitration agreements and the principle of separability - English Law post Fiona Trust and Australian law contrasted.» *UNSW Law Journal* (University of New South Wales), 2008.

Dodge Byrnes, Jaime, y Elizabeth Pollman. «Arbitration, Consent, and Contractual Theory: The Implications of EEOC v. Waffle House.» *Harvard Negotiation Law Review* 289 (2003).

Emanuele, Fernando, y Milo Molfa. «Multi-Party Arbitrations: The Italian Perspective.» *The European and Middle Eastern Arbitration Review*, 2012: 64-69.

Fraser, E. Scott. «International Arbitration of Multi-Party Contract Disputes: The Need for Change .» *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 6, no. 2 (1983): 427-461.

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 publicado en Aplicación del Convenio Arbitral A Partes No Signatarias.» *Anuario Latinoamericano del Arbitraje* (Instituto Peruano del Arbitraje) 2 (Setiembre 2012).



Gravel, Serge, y Patricia Peterson. «French Law and Arbitration Clauses - Distinguishing Scope from Validity: Comment on ICC Case No. 6519 Final Award.» *McGill Law Journal* 37 (1992): 510-536.

Hansmann, Henry, y Reinier Kraakman. «The Essential Role of Organizational Law .» *Yale Law Journal* (Yale Law Journal) 110 (Mayo 2000): 387-439.

Harmathy, Attila. «New Experiences of International Arbitration.» *Electronic Journal of Comparative Law* 11, no. 3 (Diciembre 2007).

Herbert Smith Freehills. «Dealing with Multi-Party and Multi-Contract Arbitration Issues .» *Herbert Smith: Japan Dispute Avoidance Newsletter* (Herbert Smith Freehills) 116 (Junio 2011).

Hosking, James M. «The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent .» *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* (Pepperdine Digital Commons) 3, no. 4 (2004): 469-587.

Kraakman, Hansmann &. « The Essential Role of Organizational Law.» *Yale Law Journal*, 2000. *Kramer v. Toyota Motor Corp.* 705 F. 3d 1122, 1127 (9th Circuit Court , 2013).

Kryvoi, Yaraslau. «Piercing the Corporate Veil in International Arbitration.» *The Global Business Law Review* I, no. 169 (2011): 169-186.

Majeed, Nudrat. «Good Faith and Due Process: Lessons from the Shari'ah.» *Arbitration International* 20, no. 1 (2004).

Manirabona, Amissi. «Extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires en arbitrage impliquant les sociétés en groupement.» *Revue d'arbitrage et médiation* (Université de Sherbrooke) 38 (2008): 542-576.

Monichino, Albert, y Alex Fawke. «Parallel Litigation and Arbitration: Abuse of Process?» *Asian Dispute Review*, 2012: 121-124.

Nicklisch, Fritz. «Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects.» *Journal of International Arbitration* (Kluwer Law International) 11, no. 4 (1994): 57-72.

Paulsson, Jan. «Denial of Justice in International Law .» *The American Journal of International Law* 100, no. 3 (Julio 2006): 742-746.

Peñalillo Arévalo, Daniel. «La declaración unilateral de la voluntad como fuente de las obligaciones.» *Revista de Derecho: Universidad de Concepción* LXVII, no. 206 (Julio-Diciembre 1999).

Platte, Martin. «When Should Arbitrators Join Cases.» *Arbitration International* I, no. 18.



Pullinger, Andrew, y Sean Mc Guinness. «Determining the law of an arbitration agreement: the Sulamérica test in practice.» *International Arbitration Newsletter* , 27 de Marzo de 2013.

Rasmusen, Eric. «Agency Law and Contract Formation.» Boston, Massachussets: Harvard Law School, Mayo de 2001.

Roskens, Lance. «The Pro-Arbitration Policy: Is This What the Parties Really Intended - The Courts' Treatment of Forum Selection Clauses in Arbitration Agreements.» *Journal of Dispute Resolution* (University of Missouri School of Law) 2 (2005): 511-522.

Rousseau, Stéphane. «Immunités des actionnaires et levée du voile corporatif : perspectives de l'analyse économique du droit.» *Revue du Barreau Canadien* , 1999.

Rubino-Sammartano, Mauro. *International Arbitration Law and Practice*. 2nda . The Hague : Kluwer International , 2001.

Sakr, Marwan. «Note - 13 Abril 2010, Court of First Instance in Mount Lebanon - First Chamber .» Edited by Jalal El Ahdab. *International Journal of Arab Arbitration* (International Journal of Arab Arbitration) II, no. 3 (2010): 176-196.

Sawrie, David F. «Current issues in arbitration: equitable estoppel and the outer boundaries of federal arbitration law: The Alabama Supreme Court's retrenchment of an expansive federal policy favoring arbitration.» *Vanderbilt Law Review* 51 (1998).

Schofield, William. «Hamlyn & Co. v. Talisker Distillery: A Study in the Conflict of Laws.» *Harvard Law Review* (Harvard Law Review Association) 9, no. 6 (enero 1986): 371-385.

Shore, Laurence. «Defining Arbitrability: The United States vs. the rest of the world .» *New York Law Journal* (The New York Law Journal), June 2009.

Stern, David. «The Conflict of Laws in Commercial Arbitration.» *Law and Contemporary Problems* 17 (Summer 1952): 567-579.

Strong, S.I. «Third Party Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure? .» *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1998: 915-996.

Tae, Courtney. «Binding non-signatories to international arbitration agreements: raising fundamental concerns in the United States and abroad.» *Richmond Journal of Global Law & Business* 4 (2009): 581-594.

Talero Rueda, Santiago. «Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje.» *Lima Arbitration* 4 (2010).



Tymczyszyn, Irina, Claire Morel de Westgaver, Brian Cave, Alan Van Fleet, Will & Emery McDermott, y Mark A. Stornello & Corroero Corroero. «Joining non-signatories to an arbitration.» *Practical Law* (West Law Next) 6 (2014).

Villalobos López, Adelina, y Mauricio París Cruz. «La cláusula arbitral a partes no signatarias.» *Revista de Ciencias Jurídicas* 131 (Mayo- Setiembre 2013): 13-42.

Virgós, Miguel. «El Convenio Arbitral en el Arbitraje Internacional.» *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2006: 13-28.

Warner Vega, Trapero. «Consideraciones Acerca del Arbitraje en Materia Sucesoria .» *IUS Ibero, Revista de Alumnos, Profesores, Egresados de la Universidad Iberoamericana* (Universidad Iberoamericana) 1, no. 2 (Julio- Setiembre 2012).

Warren, Jim, y Scott Murray. «Is Representation in an Arbitration Considered the Unauthorized Practice of Law in Mississippi?» *Mississippi Law Journal*, 2014: 44-55.

Wyss, Lukas. «Multi-party contract and multi-party arbitration proceedings in Switzerland: What commercial users should know.» *Arbitration Newletter Bratschi Wiederkehr & Buob Ltd.*, Agosto de 2014: 1-6.

Convenios Internacionales

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional Mercantil. «Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.» Viena, 1980.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. «Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.» *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* . 1985. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_s.pdf (accesado el 05 de 08 de 2014).

Organización de las Naciones Unidas. «Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.» Viena, 23 de mayo de 1969.

Documentos electrónicos

Agarwal, Pawan Kr. «An Overview of the Law of Arbitration.» <http://documents.jdsupra.com/5843ec80-55c6-4d87-a576-22e26760e397.pdf> (accesado el 27 de Agosto de 2014).

Aguilar Grieder, Hilda. «La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional.» *Universidad la Rioja*. 2001. <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2114/1/AD-5-3.pdf> (accesado el 19 de Setiembre de 2014).



Barrera Graf, Jorge. «Nociones sobre el Derecho Comercial y el Comercio.» *UNAM*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/875/2.pdf> (accesado el 27 de Agosto de 2014).

Born, Gary. «Introduction to International Arbitration.» *Aspen Publishers*. 2010. <http://www.aspenpublishers.com/%5CAspenUI%5CSampleChaptersPDF%5C625.pdf> (accesado el 22 de 08 de 2014).

Brekoulakis, Stavros. «Multiparty and Multicontract Arbitration .» *Q Finance*. <http://www.qfinance.com/contentFiles/QF02/g1xtn5q6/12/0/multiparty-and-multicontract-arbitration.pdf> (accesado el 30 de 08 de 2014).

Brenes Arias, Tatiana. «La Doctrina de los Actos Propios: Modalidad de Abuso Procesal?» *Brenes Arias Abogados*. <http://www.brenesariasabogados.com/publicaciones/la-doctrina-de-los-actos-propios.pdf> (accesado el 11 de Agosto de 2015).

Carrasco Saiz, Nazaret, y Javier García Niño. «El Derecho al Dividendo y las Refinaciones: Del Interés Social al Socio Leal.» *Ruidera UCLM*. 2013. https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/2993/Derecho_al_dividendo.pdf?sequence=1 (accesado el 02 de Setiembre de 2014).

Collot, Mathias, y Laurent Debeaud. «L'arbitrage international.» 21 de Mars de 1991. <http://www.annales.org/ri/2000/11-2000/03-09.pdf> (accesado el 22 de 08 de 2014).

Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional. «UNCITRAL 2012 Digest on Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration.» *Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional*. 2012. <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf> (accesado el 05 de 08 de 2014).

Cooper Alexander, Janet. «An Introduction to Class Action Procedure in the United States.» *Duke Law*. <https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf> (accesado el 13 de Agosto de 2015).

Fernández Arroyo, Diego. «Aspectos Esenciales de la Competencia Judicial Internacional en Vistas de su reglamentación Interamericana .» *Organización de Estados Americanos*. <http://www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fernández%20A.%20def.BIS.pdf> (accesado el 14 de Agosto de 2015).

González de Cossío, Francisco. «El que toma el botín toma la carga: la idea gana adeptos.» *González de Cossío Abogados*. 2012. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20QUE%20TOMA%20EL%20BOTIN%20TOMA%20LA%20CARGA%20-%20LA%20IDEA%20GANA%20ADEPTOS.pdf> (accesado el 19 de Setiembre de 2014).



González de Cossío, Francisco. «Evolución del Arbitraje Internacional Comercial.» *Universidad de las Américas Puebla*. http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/hernandez_f_vw/capitulo3.pdf (accesado el 22 de 08 de 2014).

González de Castilla, Emilio, y Francisco González de Cossío. «Acuerdo Arbitral Contenido en un contrato con cláusula de estipulación a favor de un tercero.» *González de Cossío Abogados*. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Acuerdo%20Arbitral%20y%20Estipulacion.pdf> (accesado el 19 de Setiembre de 2014).

Hackam, Nana Adjoa. «The Problem of Multi-Party/Multi-Contract Disputes: Is Court Ordered Consolidation an Adequate Response?» *The University of Dundee*. http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAAahUKEwiPybqxnaXHAhVGpR4KHdQrBks&url=http%3A%2F%2Fwww.dundee.ac.uk%2Fcepmplp%2Fgateway%2Ffiles.php%3Ffile%3Dcepmplp_car13_5_612306438.pdf&ei=Fx7MVC_hMMbKetTXmNgE&usg=AFQjCNHuDoOKWWpjA_x0eJjDOnXanEYnWA&sig2=Y3wRhEIPTbeSVka7SpOgfg&bvm=bv.99804247,d.dmo (accesado el 12 de Agosto de 2015).

Hall, Robert. «Agency: Binding Non-Signatories to Arbitration Clauses.» *Robert M. Hall Articles*. 2007. <http://www.robertmhall.com/articles/AgencyNonSigArt.pdf> (accesado el 08 de 04 de 2015).

Kiriak, Alona. «Arbitral jurisdiction over non-signatories: the group of companies' doctrine.» *Central European University*. 27 de Marzo de 2015. http://www.etd.ceu.hu/2015/kiriak_alona.pdf (accesado el 09 de Agosto de 2015).

Kombikova, Anna. «Extension of the Arbitration Agreement to third parties based on the "Group of Companies and the "Piercing of the Corporate Veil" Doctrines.» *Central European University of Budapest*. 30 de Marzo de 2012. http://www.etd.ceu.hu/2012/kombikova_anna.pdf (accesado el 17 de noviembre de 2014).

Laitinen, Klas. «Multi-party and Multi-contract Arbitration Mechanisms in International Commercial Arbitration: A study on institutional rules of consolidation, joinder, and intervention from a Finnish perspective.» *University of Helsinki*. 2013. <https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/44922/klaslaitinenprogradu.pdf?sequence=2> (accesado el 20 de Noviembre de 2014).

Levingston, John. «Choice of Law, Jurisdiction, and ADR Clauses.» *Lexis Nexis Australia*. 26 de Febrero de 2008. http://www.lexisnexis.com.au/aus/products/upfront/documents/choiceoflaw_jurisdictionandadrclausespaper.pdf (accesado el 14 de Agosto de 2015).

Loban, Karyma. «Extension of the Arbitration Agreement to the third Parties.» *Central European University*. 24 de marzo de 2009. http://www.etd.ceu.hu/2009/loban_karyna.pdf.



MacKenzie, Duncan. «Abusing the Corporate Form: Limited Liability, Phoenix Companies, and a Misguided Response » *University of Otago in New Zealand*. Octubre de 2008. <http://www.otago.ac.nz/law/research/journals/otago036279.pdf> (accesado el 30 de noviembre de 2014).

Mamdoh Saleem, Abdulrahman. «Finality of Awards: Is it the key feature of Saudi Arbitration Law that will put the country in the global map of arbitration?» *University of Dundee*. http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=0CFYQFjAHahUKEwiI06LQ663HAhWBkh4KHbjEAFc&url=http%3A%2F%2Fwww.dundee.ac.uk%2Fcepmplp%2Fgateway%2Ffiles.php%3Ffile%3Dcepmplp_car17_01_193366956.pdf&ei=4KHQVYjjEYGLeriJg7gF&usg=AFQjCNHnWYZnGD7er0918lQYMI533TlCtg&sig2=vDVme2B2_WT0E2NSmX7MHA&bvm=bv.99804247,d.dmo (accesado el 16 de Agosto de 2015).

Mustill, Michael (Lord). «Arbitration: History and Background.» *Queen's University Faculty of Law*. 1989. <http://law.queensu.ca/international/globalLawProgramsAtTheBISC/courseInfo/courseOutlineMaterials2012/internationalCommercialArbitration/Mustill1989.pdf>. (accesado el 27 de Agosto de 2014).

Onyema, Emilia. «Selection of Arbitrators in International Commercial Arbitration.» *SOAS Research Online*. https://eprints.soas.ac.uk/4424/1/Selection_of_arbitrators.pdf (accesado el 12 de Agosto de 2015).

Park, William. «Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma » *International Council for Commercial Arbitration (ICCA)*. Oxford. 2009. http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf (accesado el 03 de Agosto de 2014).

Pryles, Michael, y Jeffrey Waincymer. «Multiple Claims in Arbitrations Between the Same Parties.» *International Council for Commercial Arbitration*. http://www.arbitration-icca.org/media/0/12223886747020/multiple_claims_in_arbitrations_between_the_same_parties.pdf (accesado el 13 de Agosto de 2015).

Schreuer, Christoph. «Consent to Arbitration.» *University of Vienna*. 27 de Febrero de 2007. http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf (accesado el 22 de 08 de 2014).

Roberts, Anthea. «Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System.» *Yale Law*. 04 de Diciembre de 2012. http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Roberts_-_Clash_of_Paradigms_-_4_Dec_2012-1.pdf (accesado el 13 de Agosto de 2015).

Tetley, William QC. «Jurisdiction and forum non conveniens in the carriage of goods by sea » *McGill University*. <https://www.mcgill.ca/maritimelaw/files/maritimelaw/jurisdiction.pdf> (accesado el 14 de Agosto de 2015).



Teubner, Gunther. «Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the “Essence” of the Legal Person.» *University of Frankfurt*. Mayo de 1987. <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43829741/Corporatism.pdf> (accesado el 30 de Noviembre de 2014).

Torres Vásquez, Aníbal. «Contratos en favor de terceros.» *Estudio Aníbal Torres*. <http://www.etorresvasquez.com.pe/pdf/CONTRATO-EN-FAVOR-DE-TERCER.pdf> (accesado el 30 de Setiembre de 2014).

Welser, Irene. «M&A Post Closing Issues: Arbitration and Third Party Joinder.» *CHSH*. 2010. http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Beitrag_Welser_2011.pdf (accesado el 26 de Setiembre de 2014).

Welser, Irene, y Susanne Molitoris. «The Scope of Arbitration Clauses – Or “All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract ...”» *Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati*. http://www.chsh.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Welser-Molitoris_AYIA_2012.pdf (accesado el 13 de Agosto de 2015).

Xavier, Grace. «Evolution of Arbitration as A Legal Institutional And The Inherent Powers of the Court : Putrajaya Holdings Sdn. Bhd. v. Digital Green Sdn. Bhd. » *NUS- Faculty of Law, Asia's Global Law School*. Febrero de 2010. <http://law.nus.edu.sg/asli/pdf/WPS009.pdf> (accesado el 27 de Agosto de 2014).

Jurisprudencia constitucional

Resolución No. 2002-08613. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José 6 de Setiembre de 2002).

Resolución No. 2009-016023. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José 16 de Octubre de 2009).

Jurisprudencia internacional

4Z SchH 6/01. Case 585 (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Alemania 25 de Octubre de 2001).

Abaclat and others v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction and Admissibility. ICSID Case No. ARB/07/5 (ICSID Tribunal, 04 de Agosto de 2011).

ABN Amro Bank Canada v Krupp Mak Maschinenbau GmbH. Case 119 (Ontario Court of Justice, Canada 23 de Diciembre de 1994).

Ajax Tool Works, Inc. v. Can-Eng Mfg. Ltd. (United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division , 29 de Enero de 2003).



Ambiente Ufficio v. The Argentine Republic . ICSID Case No. ARB 08/09 (ICSID Tribunal, 8 de Febrero de 2013).

AT & T Tech, Inc. v. Commc'n Workers. 475 U.S. 643 (United States Supreme Court, 1986).

Banque Arabe et International d'Investissement v. Inter-Arab Investment Guarantee Corp. 96/80232 (Cour d'Appel de Paris, Paris, France 17 de Noviembre de 1994).

Blimpie International, Inc. v. Blimpie of the Keys. 371 F. Supp. 2d 469 (S.D.N.Y.) (Second District Court New York, 2005).

BP Oil Int'l, Ltd. v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador. 5th Circuit 2003 (Federal Appellate Court , 11 de Junio de 2003).

Bridas Sapic et al. v. Government of Turkmenistan . 345 F.3d 347 (5th Cir. 2003) (U.S. Court of Appeals 5th Circuits, Setiembre de 2003).

Broderip v Salomon . [1893] B 4793, 72 L. T. Rep. 755 (U.S. Court of Appeals, 1895).

Cable Connection Inc v Direct TV, Inc . (The California Supreme Court , California 25 de Agosto de 2008).

Carbomin S.A (US) v. Ekton Corporation (Panama) . (Court of Appeal Geneva , 14 de Abril de 1983).

Case Concerning the Factory at Chorzow, Claim for Indemnity Jurisdiction. Judgment No. 8 (Corte Permanente Internacional de Justicia , 26 de Julio de 1927).

Contec Corporation v. Remote Solution Co. . 398 F 3d 205, 209-10 (Second District Court , 2005).

Contractor v Employers A & B. ICC Case No. 5989 (ICC Tribunal, Paris 1989).

Dalimpex Ltd v Janicki. Case 509 (Ontario Court of Appeal, 30 de Mayo de 2003).

Deco Automotive Inc. v. G.P.A Gesellschaft für Pressenautomation MbH. [1989] O.J. No. 1805; Clout (Ontario District Court, York Judicial District , 27 de Octubre de 1989).

Deutsche Bank Ag v Tongkah Harbour Public Company Ltd. [2011] EWHC 2251 (Comm) (High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, London 24 de Agosto de 2011).

Dow Chemical v Isover St. Gobain. ICC Case No. 4131 (International Chamber of Commerce (ICC), 23 de 1982 de Septiembre).



Fung Sang Trading Limited v. Kai Sun Sea Products and Food Company Limited . [1991] HKCFI 190 (High Court of Hong Kong, 29 de octubre de 1991).

Galloway Cook Allan v. Ewan Robert Carr and Brookside Farm Trust Limited. CA 437/ 2012 [2013] NZCA 11 (15 de Febrero de 2013).

Giovanni Alemanni and others v. The Argentine Republic . ICSID Case No. ARB/07/08 (ICSID Tribunal, 17 de Diciembre de 2014).

Globe Union Industrial Corp. v. G.A.P. Marketing Corp. [1995] 2 W.W.R. 696; 100 B.C.L.R. (2d) 41; CLOUT (British Columbia Supreme Court , 18 de Noviembre de 1994).

Green Tree Financial Corp. v. Bazzle. 539 U.S. 444 (2003), 2003 WL 21433403 (USSC) (South Carolina Supreme Court, 2003).

Guangdong Agriculture Co Ltd v Conagra International (Far East) Ltd. Case 41 A/CN. 9/SER.C//ABSTRACT S/2 (High Court Hong Kong, Hong Kong 24 de Setiembre de 1992).

Gulf Canada Resources Ltd v Arochem International Ltd. Case 31 (British Columbia Court of Appeal, Canada 10 de Marzo de 1992).

Hall Street Associates LLC. v. Mattel. 552 U. S. ____ (2008) (The Supreme Court of the United States of America, Washington, D.C. 25 de Marzo de 2008).

Hamlyn v Talisker Distillery. AC 202 (House of Lords, England 1894).

Hissan Trading Co. Ltd. v. Orkin Shipping Corp. . (High Court of Hong Kong, 8 de September de 1992).

HKL Group Co Ltd Rizq International Holdings Pte Ltd Singapore High Court. SCHCR 8 (Singapore High Court, Singapore 22 de Marzo de 2013).

Iberfreight SA v Ocean Star Container Line AG and JW Lunstedt KG . 14 (Canada/ Federal Court of Appeal, Appeal Division, 02 de Junio de 1989).

ICC Case 1110. (International Chamber of Commerce, France 1963).

Integren N.V v.Eric F. Grina, Alstom Limited and Alstom Power NV. 344 F. 3d 134 (United States Court of Appeals First Circuit, 22 de September de 2003).

Interocean Shipping Company v. National Shipping and Trade Corporation and Hellenicinternational Shipping, S.A. 523 F.2d 527 (United States Court of Appeals, Second Circuit, United States 24 de Junio de 1975).



Interserve Industrial Services Ltd v ZRE Katowice SA . [2012] EWHC 3205 (TCC) (High Court of Justice of England and Wales, 09 de Noviembre de 2012).

James Allen (Ireland) Ltd. v. Marea Producten B.V. (Netherlands) . (Court of Appeal The Hague, The Hague Febrero de 1984).

JJ Ryan & Sons v Rhone Poulenc Textiles SA. 863 F 2d 315 (United States Court of Appeals 4th Circuit , 13 de December de 1988).

JSC BTA Bank v Mukhtar Ablyazov. Case No. [2012] EWHC 1819 (Comm) (HighCourt of Justice Queen's Bench Division Commercial , 2012).

Kaverit Steel and Crane v. Kone Corporation. 1992 ABCA 7 (Court of Appeal of Alberta, Canada 16 de Enero de 1992).

Lapine Technology Corporation v. Kyocera Corporation. 97 C.D.O.S. 9183 (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit of California, California 1997).

Laudo CCI No. 5103. Caso CCI No. 5103 (Tribunal Arbitral de la CCI, 1997).

Laudo CCI No. 11160. Caso CCI No. 11160 (Tribunal Arbitral de la CCI, 2005).

Lloyd's Bank Canada v. Canada Life Insurance Co. (1991), 47 C.P.C. (2d) 157 (Ontario. General Division.) (Ontario General Division, 1991).

Lucky-Goldstar International (HK) Ltd v Ng Moo Kee Engineering Ltd. Case 57 (High Court of Hong Kong, Hong Kong 5 de Mayo de 1993).

Mangistaumunaigaz Oil Production Assoc. v. United World Trade Inc . [1995] 1 Lloyd's Law Rep. 617 (Queen's Bench Division , England 21 de Febrero de 1995).

Merrill Lynch Inv. Managers v. Optibase, Ltd. 37 F3d 125, 129 (2nd Circuit, 2003).

Miramichi Pulp and Paper Inc v Canadian Pacific Bulk Ship Services Ltd. Case 34 (Canada/ Federal Court of Canada, Trial Division, 30 de Setiembre de 1992).

Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth 473 U.S. 614 (1985). 473 U.S. 614 (1985) (United States Court of Appeals for the First Circuit, 02 de Julio de 1985).

Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corporation. 460 U.S. 1, 24-25 (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 1983).

National Power Corp v Westinghouse . 949 F.2d 653 (Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Tercer Circuito, 199118-Nov.).



National Power Corporation v. Westinghouse Electric Corporation. 3 WLR 770 (ICSID, 1998).

Phoenix Action Ltd v. The Czech Republic . ICSID Case No. ARB/06/5, Award (ICSID Tribunal, 15 de Abril de 2009).

Prima Paint v. Flood & Conklin Mfg. Co. 388 U.S. 395 (1967) (United States Supreme Court, United States of America 12 de Junio de 1967).

Quintette Coal Limited v. Nippon Steel Corp. et al. B.C.J. No. 2241 (Court of Appeals for British Columbia, British Columbia 24 de Octubre de 1990).

Raymond Gosset V. Carapelli. (Cour de Cassation, First Civil Chamber, France 7 de May de 1963).

Rent- A- Ctr. W. Inc v. Jackson . U.S. 63, 68-69 (2010) (Supreme Court of the United States, 2010).

Republic of Iraq v. BNP Paribas USA. 472 F. App'x 11, 13 (2d Circ. 2012) (U.S Court of Appeals 2nd Circuit, 2012).

Rio Algom Ltd v. Sammi Steel Co. (1991), 47 C.P.R. (2d) 251, Clout (Ontario Court of Justice, General Division, 1 de Marzo de 1991).

Samir Philippe Boustani/Boustani united machines comp., Boutros Philippe Boustani and Farid Philippe Boustani. Beirut, 1st chamber, n° 14/2010 of 13/4/2010, (Corte de Apelaciones del Monte de Líbano, 4ta Cámara, Beirut 19 de Octubre de 2010).

Sarhank Group v Oracle Corporation 404 F 3d 657 (2d Cir 2005) . 404 F 3d 657 (2d Cir 2005) (United States Court of Appeals, Second Circuit, 14 de Abril de 2005).

Seller (Europe) v. Buyer (Canada/China) . (Zurich Chamber of Commerce, 25 de Noviembre de 1994).

Sembawang Engineers and Constructors Pte Ltd v Covec (Singapore) Ltd. SGHC 229 (Singapore High Court, 10 de December de 2008).

Sentence rendue dans l'affaire n° 1434 en 1975. ICC Award No.1434, Clunet 1976, at 978 et seq (International Chamber of Commerce (ICC), Geneva 1975).

Shell International Chemical Company Ltd v Commission of the European Communities . Caso No. C-234/92 P (Corte de Justicia Europea, 8 de Julio de 1999).

Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria (SAECA) c. Juan G.A . JUR 2002\118404 (Audiencia Provincial de Madrid. , Madrid 2 de marzo de 2002).



Société Korsnas Marma v Société Durand Auzias . Judgment of 30 November 1988 (Paris Court of Appeal , 30 de Noviembre de 1988).

Solel Boneh (Israel) v. Republic of Uganda . Award No. 2321 (International Chamber of Commerce (ICC), 1975).

Sulamérica Cia Nacional De Seguros SA & Ors v Enesa Engenharia SA & Ors . [2012] EWCA Civ 638 (English Court of Appeals, 2012).

Sun Life Assurance Company of Canada v CX Reinsurance Company Ltd. . [2003] EWCA Civ 283; A3/2002/1172 (England and Wales Court of Appeal (Civil Division) , 6 de Marzo de 2003).

Tang Boon Jek Jeffrey v. Tan Poh Leng Stanley . [2001] SGCA 46 (Singapore Court of Appeal , 22 de Junio de 2001).

Telenor Mobile Communication AS v. Storm LLC. 584 F 3d. 406 (Second Circuit , 2009).

The City of Prince George v. A.L. Sims & Sons Ltd. (1995), 9 B.C.L.R (3d 368; [1995] 9 W.W.R. 503; 61 B.C.A.C. 254; 23 C.L.R. (2d) 253; CLOUT (British Columbia Court of Appeal , 4 de Julio de 1995).

Thomson CSF, S.A v. American Arbitration Association . 64 F.3d 773, (2nd Cir. 1995) (United States Court of Appeals Second Circuit, 24 de agosto de 1995).

Walter Rau Neusser Oel und Fett AG v. Cross Pacific Trading Ltd. (Federal Court of Australia, 15 de Agosto de 2005).

X. GmbH v. Y. Corp Switzerland. 4A_452/2007, (1st Civ.Law Division, Switzerland, 29 de Febrero de 2008).

Yuen v. the Superior Court of Los Angeles County. 121 Cal. App. 4th 1133 (The Superior Court of Los Angeles County, 2004).

Jurisprudencia Judicial

Resolución No. 00357-2003. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José 25 de junio de 2003).

Resolución No. 00465-2007 . (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José 06 de Julio de 2007).

Resolución No. 01180-2010. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José 30 de Setiembre de 2010).

Resolución No. 00623-02. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, 14 de Agosto de 2002).



Resolución 00910 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, 18 de Diciembre de 2007).

Resolución 00685 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, 16 de Octubre de 2008).

Resolución No. 00115 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, 03 de Marzo de 2006).

Sentencia No. 00005 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, 09 de Enero de 2014).

Sentencia No. 00085. (Tribunal Superior de Familia, San José, 29 de Junio de 2007).

Sentencia No. 00134-08. 07-160058-0507-AG (Tribunal Agrario, San José, 28 de Febrero de 2008).

Sentencia No. 00200 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, 07 de Abril de 2006).

Sentencia No. 00509-2009 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, 21 de Mayo de 2009).

Sentencia No. 00703 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, 22 de Setiembre de 2000).

Sentencia No. 01678 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, 13 de Diciembre de 2012).

Sentencia No. 01187 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, 07 de Octubre de 2010).

Voto No. 420-A-06. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, 17 de Julio de 2006).

Leyes

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Expediente 1759- Ley sobre arbitraje comercial internacional basada en la ley modelo de la comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional*. Expediente legislativo, San José: Diario Oficial La Gaceta, 2011.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2011, Abril 27). *Ley 8937 sobre arbitraje comercial internacional*. San José, Costa Rica : Diario Oficial La Gaceta.



Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1885, Abril 19). *Ley Número 63, Código Civil de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Diario Oficial La Gaceta .

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1997, Setiembre 12). *Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz. Ley Número 7727* . San José, Costa Rica: Diario Oficial La Gaceta.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). «Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial.» Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 07 de julio de 2006.

«Código de Comercio, Ley Número 3284.» Vol. 119. no. 17. San José: Diario Oficial La Gaceta, 30 de Abril de 1964.

«The Federal Arbitration Act.» *The United States Code*. 12 de Febrero de 1925.

Libros

Andrews, Neil. *Multi-Party Litigation in England*. Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, Cambridge: University of Cambridge, 2013.

Barnes Selvin, Michael. *The Telemachia: A History by Antimenes of Argos*. Raleigh, North Carolina: Lulu, 2006.

Barret, Jerome T, y Joseph P. Barret. *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*. 1st Edition. San Francisco, California: Jossey- Bass, 2004.

Binder, Peter. *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*. 3era Edición. London: Sweet & Maxwell, 2010.

Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern, y Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2009.

Blumberg, Philip. *The Law of Corporate Groups: Tort, Contract, and other Common Law Problems in the substantive law of parent and subsidiary corporations*. Vol. I. Little, Brown and Co, 1987.

Born, Gary. *International Arbitration: Cases and Materials*. Zuidpoolingel: Kluwer Law International , 2011.

Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd Edition. Vol. II. II vols. Kluwer International , 2008.



- Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2nd Edition. Vol. I. II vols. Kluwer Law International, 2008.
- Bravo Peralta, Martín Virgilio. *El arbitraje económico en México*. 1era Edic. Porrúa, 2002.
- Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de Obligaciones*. 5ta Edición. San José: Juricentro, 1984.
- Briggs, Adrian. *The Conflict of Laws*. 3era Edición. Oxford University Press, 2013.
- Brunetti, Antonio. *Sociedades Mercantiles*. Vol. I. Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- Cheng, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. 1era Edición. Cambridge: Cambridge University Press, 1953.
- Dutoit, Bernard. *Répertoire de droit international privé suisse: Le contrat international. L'arbitrage international*. Vol. I. Staempfli, 1982.
- Easterbrook, Frank, y Daniel Fischel. *The Economic Structure of Corporate Law*. 1st Edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.
- Fernández González, José Humberto, and José Ramón Aragón Prado. *El Dividendo en las Sociedades y en Algunos Contratos Asociativos*. San José, 1992.
- Fernández López, Alberto. *Derecho Arbitral Jurisprudencial*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2009.
- Fouchard, Phillipe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965.
- Fouchard, Phillipe, Emmanuel Gaillard, y Berthold Goldman. *Fouchard, Gaillard, and Goldman on International Commercial Arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. 1era Edic. Porrúa: Porrúa, 2004.
- Hallebeek, Jan. *Contracts for a Third-Party Beneficiary: A Historical and Comparative Account*. Edited by Jan Hallebeek and Harry Dondorp. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Hanotiau, Bernard. *Complex Arbitrations: Multi Party, Multi Contract, Multi Issue, and Class Actions*. Kluwer Law International, 2006.
- Holtzmann, Howard M., y Joseph E. Neuhaus. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Kluwer Law International, 1995.



«IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses .» The International Bar Association (IBA), London, 2010.

International Chamber of Commerce Commission on Arbitration. *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* . ICC Publication No. 843, Paris: International Chamber of Commerce, 2007.

Johnston, Douglas M. *The Historical Foundations of World Order: The Tower and The Arena* . Martinus Nijhoff Publications, , 2008.

Lew, Julian D M, Loukas A Mistelis, y Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

Mantoux, Paul. *The Industrial Revolution in the Eighteenth Century: An Outline of the Beginnings of the Modern Factory System in England*. Translated by Marjorie Vernon. Essex: Routledge, 2013.

Merrills, J.G. *International Dispute Settlement*. 5th Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Mistelis, Loukas A., y Stavros L. Brekoulakis. *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, 2009.

Morawetz, Victor. *A treatise on the law of private corporations*. 2nd Edition. Boston: Little, Brown, and Company, 1886.

Moses, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Onyema, Emilia. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*. New York: Routledge, 2010.

Oviedo Bustos, M. Alicia. *Gestión de Negocios*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984.

Padilla Durán, Diego, y Laura Villareal Loáiciga. *Los principios modernos en el arbitraje comercial internacional*. San José: Universidad de Costa Rica, 2011.

Ripert, Georges. *Tratado elemental de derecho comercial*. Vol. II. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954.

Roebuck, Derek. *Sources for the History of Arbitration: A Biographical Introduction*. London: London Court of International Arbitration, 1998.

Saleilles, R. *Étude de la Théorie générale de l'obligation*. 3era Edición. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence , 1914.



Sayed, Abdullah. *Corruption in International Trade and Comercial Arbitration*. The Hague: Kluwer International , 2004.

Schlechtriem, Peter, e Ingeborg Schwenzer. *Commentary on the UN Convention on International Commercial Arbitration (CISG)*. 3era Edición. New York: Oxford University Press, 2010.

Schmitt, Carl. *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol*. Translated by George Scwabb and Erna Hilfstein. London: Greenwood Press, 1888.

Shaw, Malcom N. *International Law*. 6th Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Tacsan Chen, Rodolfo. *Comercio Internacional*. 2nda Edición. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2007.

Turner, Ray. *Arbitration Awards: A Practical Approach*. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

Valpuesta Fernández, Mario Rosario. *Derecho obligaciones y contratos* . 3era Edición. Valencia: Tirante Lo Blanch , 1998.

Wagner, Carlos G. *Historia del Cercano Oriente*. 1era Edición. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 1999.

Weigand, Frank-Bernd, ed. *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*. 2nda Edición. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Libros (parte/ capítulo)

Bühler, Michael, y Sigvard Jarvin. «The Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce.» En *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, por Frank-Bernd Weigand. Oxford : Oxford University Press, 2002.

Bärtsch, Philippe, y Angelina M. Petti. «Chapter 3: The Arbitration Agreement .» En *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, por Elliot Geisinger y Nathalie Voser, 25-50. Kluwer Law International, 2013.

Bamforth, Richard, Irina Tymczyszyn, Olswang, Allan Van Fleet, Mark Corroero, y Greenberg Traurig. *Joining non-signatories to an arbitration: recent developments*. Vol. I, en *Dispute Resolution Handbook 2007/08: PLC Cross-border handbooks*, 10-13. London: Practical Law Company, 2007.



Brekoulakis, Stavros. «Arbitrability and Conflict of Jurisdictions.» En *Conflict of Laws in International Arbitration*, por Franco Ferrari y Stefan Kröll. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2011.

Cafari Panico, Ruggiero. «Reform of the Brussels I-Regulation: The Arbitrator's Jurisdiction.» En *Conflict of Laws in International Arbitration*, por Franco Ferrari y Stefan Kröll. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2011.

Collins, Lawrence. «The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England.» In *Contemporary Problems In International Arbitration*, por Julian DM Lew, 126-138. London: Springer- Science + Business Media, B.V, 1987.

Di Pietro, Domenico. «Applicable laws under the New York Convention.» In *Conflict of Law in International Arbitration* , por Franco Ferrari y Stefan Kröll. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2011.

Donovan, Donald Francis. «Current Developments in the United States .» In *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, por Arthur W. Rovine, editado por Arthur W. Rovine, 83-95. New York: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Graffi, Leonardo. «Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement.» In *Conflict of Laws in International Arbitration* , por Franco Ferrari y Stefan Kröll. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2011.

«I Kings.» In *The Bible: James Moffat Translation*, traducido por James Moffat. San Francisco, California: Kregel Publications, 1994.

Mourre, Alexis. «Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives .» In *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, por Gordon Blanke y Phillipe (eds) Landolt, 3-67. Kluwer Law International, 2011.

Nater-Bass, Gabrielle. «Class Action Arbitration: A New Challenge?» In *New Developments in International Commercial Arbitration*, por Christoph Müller y Antonio Rigozzi. Geneva: Schulthess, 2008.

Palay, Marc S., y Tanya Landon. «Participation of Third Parties in International Arbitration: Thinking Outside of the Box .» En *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2011 A practical cross-border insight into international arbitration work* (Global Legal Group), 2011.

Sanders, Pieter. «The Birth of the School of International Arbitration.» En *Contemporary Problems in International Arbitration*, by Julian DM Lew, editado por Julian DM Lew. London: Springer- Science _ Business Media, B.V., 1987.



Scott Rau, Alan. «"Consent" to Arbitral Jurisdiction: Disputes with Non-signatories.» In *Multiple Party Actions in International Arbitration*, por International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, editado por Permanent Court of Arbitration (PCA), 69. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Silva-Romero, Eduardo. «Brief Report on Counterclaims and Cross-Claims: The ICC Perspective.» In *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millenium*, por Stephen R. Bond. Brussels: Bruylant, 2005.

Páginas webs

Babylon Ltd. *Babylon-English Spanish Dictionary*.
<http://translation.babylon.com/english/panchayat/> (accesado el 28 de Agosto de 2014).

Bonell, Joachim. «Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles.» *Electronic Library on International Commercial Law and the CISG*. 2007.
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell5.html> (accesado el 17 de Noviembre de 2014).

Born, Gary. *Review of Class, Mass and Collective Arbitration in National and International Law*. Kluwer Arbitration. 20 de Febrero de 2015.
<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/02/20/review-of-class-mass-and-collective-arbitration-in-national-and-international-law-by-s-i-strong/> (accesado el 12 de Agosto de 2015).

Cheong Lye, Kah. *Institutional Overreach? Institutional Arbitral Rules versus Parties' Express Agreement*. 17 de Enero de 2013. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/01/17/institutional-overreach-institutional-arbitral-rules-versus-parties-express-agreement/> (accesado el 14 de Agosto de 2015).

Cuttack, Odisha. *Arbitration and Courts of Law*. 13 de Febrero de 2014.
<http://www.thestatesman.net/news/39147-arbitration-and-courts-of-law.html> (accesado el 27 de Agosto de 2014).

Davidson, Robert B. *Arbitrability and the Non-Signatory*. 20 de Junio de 2005.
<http://www.jamsadr.com/arbitrability-and-the-non-signatory-06-20-2005/> (accesado el 03 de Octubre de 2014).

De Meulemeester, Dirk, y Cedric Veryser. *Failing to pay the advance on costs and the risk of inoperability of the arbitration clause – Remedy?* 31 de Julio de 2014.
<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/07/31/failing-to-pay-the-advance-on-costs-and-the-risk-of-inoperability-of-the-arbitration-clause-remedy/> (accesado el 14 de Agosto de 2015).

Draguiev, Deyan. *French Court of Cassation Confirms Invalidity of Unilateral (Asymmetrical) Jurisdiction Clauses*. 21 de Mayo de 2015.
<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/05/21/french-court-of-cassation-confirms-invalidity-of-unilateral-asymmetrical-jurisdiction-clauses/> (accesado el 14 de Agosto de 2015).



Duhaime, Lloyd. *Lex Rhodia: The Ancient Ancestor of Maritime Law-800 BC*. 22 de Setiembre de 2008. <http://www.duhaime.org/LawMuseum/LawArticle-383/Lex-Rhodia-The-Ancient-Ancestor-of-Maritime-Law--800-BC.aspx> (accesado el 27 de Agosto de 2014).

Franco Vergel, Manuel. *La Incorporación de Cláusulas de Arbitraje por Referencia*. 19 de Marzo de 2010. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/03/19/la-incorporacion-de-clausulas-de-arbitraje-por-referencia/> (accesado el 07 de Agosto de 2015).

García, Alejandro I. *Is The Principle Of Finality “Losing Its Appeal”?* 18 de Mayo de 2011. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/05/18/is-the-principle-of-finality-losing-its-appeal/> (accesado el 16 de Agosto de 2015).

Kröll, Stefan. *Siemens – Dutco Revisited? Balancing Party Autonomy and Equality of the Parties in the Appointment Process in Multiparty Cases*. 15 de Octubre de 2010. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/15/siemens---dutco-revisited-balancing-party-autonomy-and-equality-of-the-parties-in-the-appointment-process-in-multiparty-cases/> (accesado el 13 de Agosto de 2015).

Massey Jr., Robert V. «History of Arbitration and Grievance Arbitration in the United States.» *Labour Studies and Research*. <http://www.laborstudiesandresearch.ext.wvu.edu/r/download/32003> (accesado el 27 de August de 2014).

Meshel, Tamar. *Having Your Cake And Eating It Too? – Israeli Court Stays Proceedings Against A Non-signatory To A Contract Containing An Arbitration Clause*. Kluwer Arbitration. 27 de Diciembre de 2013. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/12/27/having-your-cake-and-eating-it-too-israeli-court-stays-proceedings-against-a-non-signatory-to-a-contract-containing-an-arbitration-clause/> (accesado el 30 de Noviembre de 2014).

Noussia, Kyriaki. «Confidentiality in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of the position under English, US, German, and French Law.» Springer. 2010. http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDoQFjAC&url=http%3A%2F%2Fforum.yurclub.ru%2Findex.php%3Fapp%3Ddownloads%26module%3Ddisplay%26section%3Ddownload%26do%3Ddo_download%26id%3D8620&ei=DHj3U6uFHZS6ogSgsYcAg&usg=AFQjCNGsa6rnciu21z-tXyk4pX8SeWhgQw&bvm=bv.73612305,d.cGU (accesado el 22 de Agosto de 2014).

Pearson, Sabrina. *Same claims, same evidence, different claimant: abuse of process for defendant to raise same defences?* 12 de Agosto de 2014. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/08/12/same-claims-same-evidence-different-claimant-abuse-of-process-for-defendant-to-raise-same-defences/> (accesado el 16 de Agosto de 2015).



Peter Berger, Klaus. *The Arbitration Clause in George Washington's Last Will & Testament*. December de 2012. http://www.arbitration-icca.org/historic-treasures/historic_documents.html#washington (accesado el 28 de Agosto de 2014).

Peter, Natasha, Gide Loyrette Nouel, y Benjamin A. Gill. *Extending Arbitration Clauses after the Decisions of the English Supreme Court in VTB and Prest*. Kluwer Arbitration. 03 de Setiembre de 2013. <http://kluwerarbitrationblog.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/blog/2013/09/03/extending-arbitration-clauses-after-the-decisions-of-the-english-supreme-court-in-vtb-and-prest/> (accesado el 30 de Noviembre de 2014).

Raviv, Adam. *ITA-ASIL: Mass and Class Claims in Arbitration*. 24 de Abril de 2014. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/04/22/ita-asil-conference-mass-and-class-claims-in-arbitration/> (accesado el 13 de Agosto de 2015).

Rees, Hefin. «A Seminar on International Commercial Arbitration.» *Thirty Nine Essex Street*. 13 de May de 2010. <http://www.39essex.com/docs/articles/internationalarbitrationseminarhr.pdf> (accesado el 27 de Agosto de 2014).

Sushama, Deepu Jojo. *Mass Claims in Investment Arbitration - The Need of the Hour*. Kluwer Arbitration. 4 de Marzo de 2015. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/03/04/mass-claims-in-investment-arbitration-the-need-of-the-hour/> (accesado el 12 de Agosto de 2015).

Trusova, Elena. *Consolidation and joinder of claims in commercial arbitration*. 26 de Octubre de 2012. <https://www.blplaw.com/expert-legal-insights/articles/international-arbitration-consolidation-and-joinder-of-claims-in-commercial-arbitration/> (accesado el 14 de Agosto de 2015).

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). «Analytical commentary on draft text of a Model Law on International Commercial Arbitration, under Art. 16.» 3-21 de Junio de 1985. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/18th.html> (accesado el 17 de Noviembre de 2014).

Wolaver, Earl S. «The Historical Background of Commercial Arbitration.» *University of Pennsylvania*. December de 1934. http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8693&context=penn_law_review.

Reglas

«CEPANI Rules.» The Belgian Center for Arbitration and Mediation, 1 de Enero de 2013.

«ICC Arbitration Rules.» (2012). Paris : International Chamber of Commerce.



«LCIA Arbitration Rules.» (2014, Octubre 1). London: London Court of International Arbitration.

«Vienna Rules of Arbitration and Conciliation.» (2013, Julio 1). Viena : Vienna International Arbitration Centre .

Reportes

Commission on International Arbitration. *Fial Report on Multi-party Arbitrations*. Working Group under the Chairmanship of M. Jean-louis Delveolvé, Paris: ICC Bulletin 26, 1994.

«Report of the Secretary-General: "Settlement of Commercial Disputes - Possible Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form for Arbitration Agreement" .» United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), United Nations, 2000.

«Report of the Working Group on International Congrtact Practices on the Work of its Third Session.» United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), United Nations, 1982.

Rodler, Irmgard Anna. *When are non- signatories bound by the arbitration agreement in international commercial arbitration?* Editadopor Juan Eduardo Figueroa Valdés. Santiago: University of Chile y University of Heidelberg , 2012.

UNCITRAL Secretary General. «International Commercial Arbitration: Coordination of Work: Activities of International Organizations on Certain Aspects of Arbitration, Report of the Secretary General (A/CN.9/280).» *Yearbook of the Untied Nations Commission on International Trade Law XVII* (1986).