

La extensión de las cláusulas arbitrales a partes no signatarias con base en la Teoría del Grupo de Sociedades

Jorge I. Aguilar Torres¹

SUMARIO

1. Introducción.
2. Principio de buena fe.
- 3 Principio pacta sunt servanda.
4. Principio venire contra factum proprium nulla conceditur.
5. Arbitrabilidad subjetiva.
6. Teoría del grupo de sociedades.
7. Fraude a la luz de la teoría del grupo de sociedades.
8. Conclusiones.
9. Bibliografía.

1. Introducción

Ante la globalización y la especialización de grupos empresariales en determinados sectores que desarrollan sus actividades en distintas partes del mundo, el arbitraje comercial internacional se ha posicionado como un mecanismo de solución de controversias que da certeza y confianza a las empresas para traspasar fronteras e incluso asociarse con otras empresas de distintas nacionalidades para invertir en otros países y desarrollar grandes obras (gaseoductos, carreteras, puentes, parques eólicos, etc.); dando lugar a controversias arbitrales complejas, multipartes y multicontratos.

Y es que en este tipo de arbitrajes la aplicación de la teoría del grupo de sociedades a parte no signatarias del pacto arbitral, toma relevancia y enorme utilidad por las características propias del arbitraje como una renuncia a la tutela judicial efectiva del estado y su jurisdicción, para someter a la justicia arbitral derechos de libre disposición; la procedencia de esta teoría se determinará por la legislación aplicable al respectivo pacto arbitral, la que en mi opinión, puede resultar útil y justa a un tribunal arbitral para resolver en derecho y equidad una controversia compleja en la que una o más partes no signatarias y relacionadas con una o más partes signatarias participaron activamente en la negociación, ejecución o terminación del contrato que contiene o hace referencia a la cláusula arbitral.

En efecto, la factibilidad de la aplicación de esta teoría en una controversia arbitral en la que las partes hayan pactado una cláusula arbitral, depende del sistema normativo que se aplique a la cláusula arbitral (*lex fori*) y su postura y requisitos respecto a la posibilidad de extender el pacto arbitral a partes no signatarias, así como al grado de exigencia para cumplir determinados requisitos; para lo cual, clasifico en tres categorías a la normativa que permite o no la incorporación de partes no signatarias a un arbitraje comercial, denominándolas restrictiva como lo es en México, moderada como en Panamá y abierta como en Perú.

¹ Licenciado en Derecho por la UNAM, Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional por la ELD, Maestro en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid. Es socio de Maqueo Barnetche, Aguilar y Camarena S.C. y atiende litigios y arbitrajes complejos y de alto perfil. Ha sido profesor de Derecho Mercantil en la UNAM y es asesor de tesis de la Maestría en “Derechos Humanos, Impartición de Justicia y Género” del Instituto de la Judicatura Federal.

En México la norma es restrictiva –aunque permite la incorporación por referencia– y exige como formalidad del pacto arbitral que sea escrito y expreso, requisito de existencia insuperable que impide que la teoría del grupo de sociedades para la extensión de partes no signatarias sea aplicable en un arbitraje comercial en el que la norma aplicable a la cláusula arbitral sea la mexicana².

En Panamá la norma es moderada, pues sí permite que extienda el pacto arbitral a partes no signatarias siempre y cuando este se haya concertado verbalmente, o bien mediante la ejecución de actos o por “cualquier otro medio” –así de genérico–; por lo que es posible, que un Tribunal Arbitral emplee la teoría del grupo de sociedades para sujetar a arbitraje a una parte no signataria, aunque en el procedimiento se deberá acreditar el consentimiento de la no signataria mediante la ejecución de actos tendientes a lograr el objeto del contrato que contiene el pacto arbitral bajo un estándar probatorio alto³.

En Perú la norma es abierta y tiene un contenido más discrecional, que faculta al Tribunal Arbitral para hacer extensivo el pacto arbitral a una parte no signataria si se acredita el consentimiento de esta “según la buena fe” –así de abstracto–, debiéndose probar la participación activa y determinante de la parte no signataria en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio que contiene el pacto arbitral, incluso a un convenio relacionado; por lo que con esta regulación sí es posible valerse de la teoría del grupo de sociedades para extender a partes no signatarias la cláusula arbitral⁴.

²México. Código de Comercio. Artículo 1423. “*El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o 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. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato*”.

³ Panamá. La Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 que regula el arbitraje comercial nacional e internacional. Artículo 16. “*Requisitos de forma del acuerdo de arbitraje. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 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. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica o mensajes de datos, según lo previsto en el artículo 5, si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. También se considerará que hay constancia escrita, cuando haya 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. 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*

. Véase en <https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-arbitraje/latinoamerica/panama-ley-arbitraje-nacional-internacional.pdf>

⁴ En Perú la ley de arbitraje contempla un artículo expreso para la extensión de la cláusula arbitral para partes no signatarias, cabe destacar que a redacción del artículo 14 es más abierta y discrecional para el árbitro. Artículo 14. “*Extensión del convenio arbitral. El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del*

En este contexto, a partir del análisis de a *lex fori* aplicable al pacto arbitral en cuestión, es posible determinar la posibilidad de aplicar esta teoría del grupo de sociedades en un proceso arbitral real a efecto de sujetar a partes no signatarias.

En mi opinión, los principios en los que se cimenta la Teoría del Grupo de Sociedades para que las cláusulas arbitrales alcancen a partes no signatarias, son: *bona fide, pacta sunt servanda, venire contra factum proprium nulla conceditur* y arbitrabilidad subjetiva; cabe destacar, que cada arbitraje es distinto y aquellos arbitrajes multicontratos y multipartes con partes no signatarias y partes relacionadas con complicados entramados financieros y de control societario deben ser analizados con detenimiento por el respectivo Tribunal Arbitral sin dar por sentado nada, por lo que en aquellos arbitrajes en los que se pretenda aplicar la teoría del grupo de sociedades, se debe considerar la conducta desplegada por las partes que pertenezcan a un grupo de sociedades, tanto de las signatarias como de las no signatarias en relación a la negociación, ejecución y terminación del contrato que contiene la cláusula arbitral y de los contratos relevantes relacionados –aunque no contengan cláusula arbitral– y la pretensión de beneficiarse del contrato basal, siendo útil la confrontación con precedentes arbitrales⁵.

Finalmente, se debe tener en consideración que la discusión sobre la extensión de las cláusulas arbitrales a partes no signatarias por lo general se da en el marco de controversias arbitrales con multiplicidad de partes y en ocasiones con multiplicidad de contratos; esto es, en relaciones comerciales complejas en las que participan diversos actores quienes ejecutan uno o más contratos durante un lapso determinado y en los que posiblemente las partes no signatarias guardan estrechos lazos con partes signatarias, características que pueden dar lugar a la aplicación de la teoría del grupo de sociedades con base en los principios citados.

2. Principio de buena fe

contrato, según sus términos". DL. N° 1071 Decreto Legislativo que norma el arbitraje, véase en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\\$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf). Al respecto, Francisco González de Cossío considera que "(...) El artículo 14 promete dar mucho de qué hablar. Se propone que, más que ser una base autónoma y novedosa, reitera la idea –no ajena al derecho de las obligaciones– que existen maneras diversas de manifestar consentimiento para quedar jurídicamente obligado. Si por ejemplo uno acude a un restaurante, ordena un platillo y lo consume, ha consentido los precios ofrecidos en el menú. El que sean altos no es una excepción válida para librarse de la obligación. Tampoco lo es que el consentimiento no se haya plasmado mediante una firma en un documento por escrito. En forma similar, si uno desea hacerse de derechos contenidos en un acto jurídico que ostenta un acuerdo arbitral, los recibe con el mismo. Nada nuevo bajo el sol". En GONZÁLEZ DE COSSIO, 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". Véase en http://limaarbitration.net/LAR5/Francisco_Gonzalez_de_Cossio.pdf. Véase también un interesante análisis en SILVA ROMERO, Eduardo "El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad". Véase en http://limaarbitration.net/LAR4/Eduardo_Silva_Romero.pdf

5 Insisto, siempre y cuando la normativa aplicable a la cláusula arbitral lo permita.

La violación al principio de buena fe por una parte no signataria se materializa cuando pretende beneficiarse del contrato que contiene cláusula arbitral, lo negocia, celebra, ejecuta o termina, y pese a ello, al ser emplazado a un procedimiento arbitral pretende sustraerse alegando que no consintió la cláusula arbitral; en efecto, en este supuesto la parte demandante debe acreditar que la parte no signataria desplegó conductas incuestionablemente proactivas en favor de la consecución del objeto del contrato que contiene la cláusula arbitral participando en su negociación, ejecución o terminación con la expectativa de obtener un lucro directa o indirectamente⁶; en consecuencia, la acción de negar u objetar la adición al pacto arbitral de la no signataria resulta reprochable, pues lo que en realidad hace, es faltar al principio de buena fe al pretender evadirse del pacto arbitral y “zafarse” con la excepción de parte no signataria, afirmando que nunca consintió ni firmó cláusula arbitral alguna aduciendo que el tribunal arbitral carece de competencia y jurisdicción sobre ella.

En este contexto, cuando en un arbitraje la demandada que sí firmó el pacto arbitral es una parte relacionada con la demandada no signataria, y todas se han beneficiado directa o indirectamente del objeto del contrato o los contratos que contiene los pactos arbitrales, se materializa una violación al principio de buena fe y la posibilidad de aplicar la teoría del grupo de sociedades⁷.

En consecuencia, si una parte no signataria se beneficia del contrato que contiene el pacto arbitral y luego pretende evadirse de un eventual arbitraje comercial pese a haber desplegado determinadas conductas en la negociación, ejecución o terminación del contrato, falta al principio de buena fe y a sus deberes de lealtad, probidad, información y transparencia para con sus socios en el contrato basal; luego entonces, la parte no signataria omite observar y respetar bajo la premisa de la buena fe, el bien común societario, la rentabilidad lícita y equitativa y abstenerse de realizar actividades que guarden un conflicto de interés con el objeto del contrato basal o atenten al equilibrio financiero del negocio.

Y por tanto, las objeciones a la jurisdicción y competencia del tribunal arbitral aduciendo una supuesta falta de legitimación pasiva de una no signataria en un procedimiento de arbitraje comercial resulta contradictoria, si esta ha actuado en

⁶ En este sentido coincide Francisco González de Cossío al considerar que “(...) *el que toma el botín, toma la carga. Porque es una solución tanto útil como consistente con la voluntad de las partes. Entendida así, se trata de una herramienta legal disponible al arquitecto contractual para diseñar actos jurídicos no solo complejos, sino eficaces. Ingeniería jurídica en su mejor expresión.*”. Véase en GONZÁLEZ DE COSSIO, 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”. Véase en http://limaarbitration.net/LAR5/Francisco_Gonzalez_de_Cossio.pdf

⁷ En este sentido Cristian Conejero coincide con la vertiente peruana y considera que bajo el principio de la buena fe entre los socios, el “*convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado*”. Véase en CONEJERO ROOS, Cristian. “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general”, en CONEJERO ROOS, Cristian; HIERRO HERNANDEZ-MORA, Antonio; MACCHIA, Valeria; SOTO COAGUILA, Carlos (coord.). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. 1^a ed. Colombia: Legis Editores, 2009, p.57-110.

la “unidad” pactada en el contrato basal y se ha beneficiado de su ejecución; no obstante, dependiendo de la legislación aplicable a la cláusula arbitral la teoría del grupo de sociedades resultará o no procedente⁸.

En mi opinión, comulgo con las consideraciones de González de Cossío, Conejero Roos, Gedwillo y Suárez Ansorena y considero que un Tribunal Arbitral debe hacer extensiva la cláusula arbitral pactada en el basal a las demandadas no signatarias, siempre y cuando la normativa aplicable a la cláusula arbitral lo permita y se acredite que las no signatarias conocían del pacto arbitral y que negociaron, ejecutaron, terminaron el contrato que lo contiene, máxime si y pretendieron beneficiarse de este; y en consecuencia, el Tribunal Arbitral puede concluir a la luz del caudal probatorio que le presenten, que la parte no signataria tácitamente manifestó su consentimiento para someterse al basal y a su pacto arbitral, siendo determinante las especiales circunstancias de cada caso y los elementos de prueba respecto de su participación activa en la negociación, celebración, ejecución y terminación del mismo; supuesto que se robustece en el caso de que las demandadas signatarias sean partes relacionadas a la demandada no signataria y/o pertenezcan a un mismo grupo económico, especialmente si alguna de las demandadas ya sea signataria o no resulta ser el beneficiario controlador –teoría del grupo de sociedades–⁹.

3. Principio *pacta sunt servanda*

⁸ En este sentido GEDWILLO considera que “si los árbitros son competentes para determinar su propia competencia, ello incluye la posibilidad de resolver cualquier objeción relativa a la validez, la existencia y la eficacia del acuerdo arbitral que da fundamento a su competencia”. Véase GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional.* 1^a ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011. p.90, 91 y 155. Y por su parte, Suárez Ansorena considera que “la práctica del arbitraje internacional tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe”. Véase en SUAREZ ANZORENA, C. Ignacio. “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. En *Revista Internacional de Arbitraje*. N°2, Universidad Sergio Alboreda: Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, enero-junio 2005. p.57 y 58

⁹ El arbitraje se nutre multidisciplinariamente de todas las ramas del derecho y del conocimiento humano en general para allegarse de todos los elementos que le auxilien a dirimir las controversias que se le plantean. Considero muy útil la definición que en México hace el artículo 3 de la La Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita de Beneficiario Controlador, definiéndole como “la persona o grupo de personas que: a) Por medio de otra o de cualquier acto, obtiene el beneficio derivado de éstos y es quien, en última instancia, ejerce los derechos de uso, goce, disfrute, aprovechamiento o disposición de un bien o servicio, o b) Ejerce el control de aquella persona moral que, en su carácter de cliente o usuario, lleve a cabo actos u operaciones con quien realice Actividades Vulnerables, así como las personas por cuenta de quienes celebra alguno de ellos. Se entiende que una persona o grupo de personas controla a una persona moral cuando, a través de la titularidad de valores, por contrato o de cualquier otro acto, puede: i) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes; ii) Mantener la titularidad de los derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social, o iii) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de la misma”.

Con base en este principio que dicta que los convenios deben ser cumplidos, dentro de una controversia arbitral compleja, multicontratos y multipartes se debe tener en cuenta las conductas desplegadas tanto por las partes signatarias como las no signatarias de toda las actividades y omisiones en las que hayan incurrido al amparo de la ejecución del contrato que contiene el pacto arbitral bajo el principio de *pacta sunt servanda* para determinar si la cláusula arbitral se puede hacer extensiva o no a partes no signatarias; para lo cual, el Tribunal Arbitral debe tomar en cuenta la ley aplicable al procedimiento, estatutos sociales, pactos parasociales, contratos relevantes (contengan o no pacto arbitral) y todos aquellos actos o comunicaciones que de una u otra manera converjan en la consecución del objeto del negocio jurídico que unió a las partes; en este contexto, el Tribunal Arbitral debe considerar la separabilidad de la cláusula arbitral que trasciende al contrato que la contiene para regular las posibles controversias que se susciten con motivo de la realización del objeto del contrato, en virtud del amplio alcance que tiene una cláusula arbitral bien redactada, con lo que eventualmente se puede acreditar en un procedimiento arbitral la legitimación activa y pasiva de las partes signatarias y no signatarias y su sujeción a la competencia y jurisdicción de un Tribunal Arbitral con base en la conducta societaria de cada una de ellas¹⁰.

En este tenor, es relevante determinar y probar en un procedimiento arbitral la violación de la demandada no signataria al contrato basal y a los demás contratos relevantes en los que haya participado activamente, y en consecuencia, al principio de *pacta sunt servanda*; para con ello, nulificar la excepción de falta de legitimación activa y pasiva de la no signataria, toda vez que la amplitud de la cláusula arbitral permite arbitrar las cuestiones que tengan relación con lo que es materia de todos los contratos derivados y relacionados con la realización del objeto del contrato basal, y por ende, la coligación de todos los contratos con cláusula arbitral y los demás contratos y actos relevantes realizados por las partes; y en consecuencia, la demandada no signataria no debería poder sustraerse del pacto arbitral; y por tanto, debería encontrarse obligada a resarcir a la demandante por los daños y perjuicios que esta pueda acreditar le hayan causado dentro de un proceso de arbitraje comercial; lo cual, se robustece en el supuesto en el que la no signataria pertenece al mismo grupo de sociedades de una o varias signatarias y/o tienen al mismo beneficiario controlador¹¹.

4. Principio *venire contra factum proprium nulla conceditur*

Este principio deviene del principio latino “*Venire contra factum proprium non valet*” que significa que nadie puede ir en contra de sus propios actos, es un principio del derecho que tiene como base la buena fe en las relaciones jurídicas, sancionando con la limitación al ejercicio de determinados derechos a aquellos

¹⁰ En el mismo sentido véase en MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *La independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje doméstico e internacional*. 1^a ed. Lima: Palestra Editores, 2016, p.29. y GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. 1^a ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011. p.90 y 91.

¹¹. En el mismo sentido véase en GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. 1^a ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011. p.88 y 89. En el mismo sentido FRIEDLAN, Paul; LLANO ODDONE, Rafael E. *Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales*. 1^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p.96-101.

que no poseen una conducta coherente entre sus acciones pasadas con las futuras.

Así, este principio es aplicado a la materia arbitral y en específico al tema concerniente a la cláusula o compromiso arbitral, en el sentido de que un ente jurídico que se ha visto beneficiado y/o ha sido partícipe activo en la ejecución del contrato que contiene el pacto arbitral, no puede, posteriormente, aducir ser parte ajena al mismo y pretender no ser parte de un proceso arbitral por no haber suscrito el pacto arbitral; por tanto, cuando una parte no signataria esgrime como defensa una falta de legitimación activa y pasiva en virtud de la no suscripción del pacto arbitral, se evidencia una falta grave al principio de buena fe que debe revestir todo proceso arbitral.

Adhiriéndome a la opinión de Alfredo Bullard en el caso de la extensión de la cláusula arbitral a las partes no signatarias, en este contexto y con un caudal probatorio sólido, coincido que un Tribunal Arbitral puede llegar a estimar que las no signatarias se encuentran obligadas a los pactos arbitrales contenidos en los basales, en virtud de la participación activa en la ejecución del objeto del contrato basal, su manifiesta voluntad de adherirse al basal y su interés por beneficiarse directa o indirectamente del objeto del mismo; es decir, si la no signataria negoció, celebró, ejecutó o terminó el contrato basal, no puede ir en contra de sus propios actos y escudarse en la falta de suscripción de un pacto arbitral¹².

En este sentido, un precedente importante generado en la CCI es el caso No. 9517 con laudo de 30 de noviembre de 1998; en el cual, el respectivo Tribunal Arbitral sostuvo que para el caso de que una parte no designada en un contrato pueda valerse de la cláusula arbitral que el contrato contiene, debe decidirse a la luz de las circunstancias bajo las cuales se celebró el contrato, de la relación societaria y fáctica, de la intención real de las partes en relación con los derechos de los no signatarios para participar del acuerdo arbitral, y del alcance y las circunstancias bajo las cuales los no signatarios se involucraron en la ejecución del contrato y en la controversia que surgió del mismo¹³.

Y por tanto, el fundamento del alcance subjetivo del acuerdo arbitral a partes no signatarias puede presentarse cuando hay consentimiento implícito y se materializa a través de la doctrina de los actos propios (*Estoppel*).

5. Arbitrabilidad subjetiva

Este principio se ocupa de valorar la intención de las partes al firmar la cláusula arbitral y la ejecución del contrato que la contiene, principio que se encuentra íntimamente ligado a los citados de buena fe, *pacta sunt servanda* y *Estoppel*; y para el caso de analizar la extensión de una cláusula arbitral a una parte no

¹² En su particular estilo Alfredo Bullard lo explica de manera didáctica “*la obligación de arbitrar surge cuando la mano derecha se ha comportado aceptando las consecuencias del contrato y luego la mano izquierda pretende negar el carácter vinculante del convenio arbitral referido al contrato que la mano derecha aceptó*”. Véase en BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana”. *Op. cit.* p.116.

¹³ Véase GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. *Op cit.* p. 133 y 134.

signataria, un Tribunal Arbitral deberá desentrañar a la luz del caudal probatorio que se le presente, la intención que tuvieron las partes signatarias y no signatarias al negociar, celebrar, ejecutar y terminar el contrato que contiene la cláusula arbitral, así como las acciones y omisiones de cada una para la consecución del objeto del contrato basal¹⁴.

En este contexto, considero que en un arbitraje comercial sí se debe tener en cuenta la intención que mostraron todas las partes al firmar el contrato con cláusula arbitral de someter las controversias derivadas de este; así como también, la interrelación y en su caso dependencia entre las demandadas signatarias y no signatarias, y si estas indudablemente conocían la existencia de la cláusula arbitral, así como el grado de participación en la ejecución del contrato basal y su objeto, para con ello, determinar la posibilidad de hacer extensivo el pacto arbitral a partes no signatarias¹⁵.

En efecto, un Tribunal Arbitral que conozca de una controversia en la que hayan sido demandados partes no signatarias, a la luz del principio de arbitrabilidad subjetiva –si así lo solicitan las Demandantes– puede considerar la intención de todos los partícipes de una relación comercial al negociar, celebrar, ejecutar y terminar el contrato que contiene el pacto arbitral, desentrañando si las no signatarias de una u otra forma pactaron, consintieron, utilizaron, colaboraron, rentabilizaron, participaron, administraron y/o se adhirieron al contrato basal¹⁶.

6. Teoría del Grupo de Sociedades

La falta de un acuerdo arbitral firmado “solemnemente” por alguna demandada dentro de un proceso arbitral no debería ser una justificación para que esta se sustraiga del mismo, si la parte demandante puede acreditar que existen hechos, relaciones jurídicas, principios y obligaciones que las vinculan incontrovertiblemente con los pactos arbitrales y el contrato que las contiene, en especial si participó en su negociación, celebración, ejecución y/o terminación; supuesto que se robustece si hay partes relacionadas y/o alguna de las

¹⁴ Al respecto me sumo a la opinión de Jean Marguerat quien considera que “independientemente de la forma legal utilizada, en definitiva, la cuestión que se plantea habitualmente es si las partes, considerando sus acciones objetivamente y basándose en la buena fe comercial, entendieron que una entidad determinada era parte a la cláusula arbitral o no”. Véase MARGUERAT, Jean. “Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes”. En *Arbitraje Comercial Internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*. COLLANTE GONZALEZ, Jorge Luis; CREMADES, Anne-Carole (dirs.). 1^a ed. Lima: Palestra Editores, 2012. p.97-120.

¹⁵ Precedente relevante es el caso de Alkatel, emitido por la Corte de Casación Francesa mediante sentencia de 27 de marzo de 2007; en el que la Corte concluyó en cuanto a la objeción de la jurisdicción arbitral opuesta por las demandadas que la cláusula arbitral puede extenderse a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral y las controversias que puedan surgir de dicho contrato; pues ello implicaba que todas las partes tenían conocimiento de dicha cláusula y que era su intención quedar vinculadas por ella –arbitrabilidad subjetiva–. Véase GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. Op cit. p. 121.

¹⁶ Véase GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. Op cit. pp. 99 y 100.

demandadas signatarias pertenece al mismo grupo económico de una no signataria, y más aún, si una es controladora de la otra¹⁷.

Me adhiero a la definición que Jean Marguerat hace de grupo de sociedades y la correspondiente extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias e integrantes de un grupo societario común, destacando para este autor que un elemento decisivo de la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias con fundamento en esta teoría, es la común intención de ser vinculadas al contrato que contiene el pacto arbitral, afirmando que la pertenencia a un grupo de compañías es un factor que coadyuva a determinar dicha intención¹⁸.

Y también comparto el criterio de Irina Gedwillo respecto a la teoría del grupo de sociedades, quien considera que cuando dos o más sociedades forman parte de un grupo que tienen una unidad económica única y un gobierno unificado, todas deben considerarse alcanzadas por el acuerdo arbitral; ello independientemente de las distintas personalidades jurídicas de cada una de las sociedades del grupo. A su vez, afirma que la existencia de un grupo de sociedades es un factor económico objetivo que debe ser ponderado por los Tribunales Arbitrales para determinar su jurisdicción, sin considerar las distintas personalidades jurídicas dentro del grupo¹⁹.

Resulta muy útil invocar precedentes arbitrales importantes respecto a la extensión del pacto arbitral a partes no signatarias, pues con ellos se han sentado las bases para hacer procedente la aplicación de la teoría del grupo de

¹⁷ En el mismo sentido véase BURGHETTO, María B. “El sistema de arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)”, en ETCHEVERRY, Raúl A.; HIGHTON, Elena I. (dirs.). *Resolución alternativa de conflictos*. Tomo 1 Arbitraje. 1^a ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p.415-472.

¹⁸ Jean Marguerat considera que “(...) un grupo de compañías puede ser descrito como una unidad económica con una dirección integrada, más allá de las personalidades legales de las compañías que pertenecen al grupo. Se privilegia la realidad económica a la organización jurídica para extender la cláusula arbitral a compañías del grupo que no la han firmado, pero que han participado en la conclusión, ejecución o terminación del contrato, cuando esto corresponde a la intención común de todas las partes en el contrato. La idea es que las compañías que pertenecen a grupos, normalmente quieren un modo eficiente centralizado de resolución para todos sus litigios relativos a una misma transacción. Existen dos condiciones para establecer dicha intención: primero un papel activo del tercero no firmante en la ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral; segundo, una presunción de que el tercero no firmante conocía la cláusula arbitral (...). Una cláusula arbitral en un contrato internacional tiene una validez y una efectividad propias, de tal manera que la cláusula debe ser extendida a partes implicadas directamente en la ejecución del contrato y en cualquier litigio sobre el contrato, si ha sido establecido que sus respectivas situaciones y actividades hacen nacer la presunción de que conocían la existencia y el alcance de la cláusula arbitral, y sin respecto del hecho que hayan o no firmado el contrato que contiene el convenio arbitral (...). Interpretándola correctamente, la doctrina del grupo de compañías es un modo de aplicar los principios ya aceptados de agencia y del consentimiento implícito para arbitrar en un contexto de transacciones comerciales modernas entre varias partes, de manera que los verdaderos objetivos e intenciones de las partes queden establecidos, y así entendida, esta teoría única (porque se aplica específicamente a convenios arbitrales y no a otros convenios) tiene la ventaja de evitar litigios paralelos que frustren la eficacia del arbitraje (...).” Véase MARGUERAT, Jean. “Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes”. En *Arbitraje Comercial Internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*. COLLANTE GONZALEZ, Jorge Luis; CREMADES, Anne-Carole (dirs.). 1^a ed. Lima: Palestra Editores, 2012. p.97-120.

¹⁹ Véase GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. Op.cit p.134 y 135.

sociedades en arbitrajes comerciales en los que la norma aplicable a la cláusula arbitral lo permita.

CCI, N° 2375.- En este añojo precedente que data del año 1975, el Tribunal Arbitral concluyó que sin considerar la independencia formal que se deriva de la constitución de personas jurídicas separadas, el concepto de grupo se define a partir de una única unidad económica que depende de una autoridad común²⁰.

CCI, N° 4131.- Celebre arbitraje conocido por el nombre de las partes, "Dow Chemical c. Isover Saint Gobain", arbitraje en el que el tribunal arbitral aceptaron la legitimación y por tanto la competencia e inclusión al pacto arbitral a dos sociedades no firmantes del acuerdo arbitral. Esto, bajo el criterio de que "*la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron*". Dow Chemical se inconformó contra el laudo y presentó recurso de anulación, la Corte de Apelaciones de París emitió la sentencia de 21 de octubre de 1983 y confirmó el laudo del Tribunal Arbitral de la CCI con fundamento en que, aunque la sociedad controlante no había firmado los contratos que contenían cláusula arbitral, en los hechos había sido parte de tales contratos. Además, señaló que la doctrina del grupo de sociedades referida como el fundamento del laudo era aplicable de conformidad con los usos y costumbres mercantiles²¹.

²⁰ En este mismo sentido, Roque Caivano considera que "hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de "terceros", que por alguna razón pueden considerarse "asimilados a las partes" Véase en CAIVANO, Roque J. "Arbitraje y grupos de sociedades. extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario". Disponible en http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf

²¹ Cabe destacar que los tribunales franceses han aplicado la teoría de grupo de sociedades en otras decisiones, en el mismo sentido fueron resueltos los casos CCI N° 4972 en el que se resolvió que la cláusula firmada por la sociedad controlante puede ser extendida a sus subsidiarias, así como en los casos CCI N° 5721 y 5730 en el que se determinó si la cláusula firmada por la subsidiaria podía ser extendida a la controlante; por otro lado, también destaca la decisión de la Corte de Apelaciones de París en el cao *Sponsor Ab* (1986), *Société Ofer Brother* (1989). En este sentido Escobar Vázquez resalta que *la consagración de la teoría de la unidad económica del grupo parece encontrarse en las palabras que siguen a continuación, y que hacen referencia al uso del comercio internacional que la noción del grupo de sociedades constituye. Señala expresamente la sentencia que: "un grupo de sociedades posee, a pesar de la personalidad jurídica distinta perteneciente a cada una de éstas, una realidad económica única que el tribunal arbitral debe tener en cuenta cuando resuelve sobre su propia competencia, en aplicación del artículo 13 o del artículo 8 del Reglamento de la CCI."* Estas palabras adquieren aún más relevancia al final de la sentencia, por el hecho de que las mismas son inspiradas en "regla material no estatal, deducida únicamente de la lex mercatoria (...)" Véase ESCOBAR VÁZQUEZ, Teresita de Jesús. "Extensión de la cláusula arbitral en la doctrina de los grupos de sociedades". En *Revista Jurídica Universidad Americana*. Vol. 3. Noviembre, 2012. p.119-171. Consultado el 28/03/2018 en file:///C:/Users/jorge/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/176-Texto%20del%20artículo-607-1-10-20170906.pdf En el mismo sentido GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. Op.cit p.136 y 137.

CCI, N° 5103.- En este caso el Tribunal Arbitral determinó que “*se cumplen las condiciones que llevan a reconocer la unidad del grupo económico, ya que todas las sociedades que lo componen tienen la misma participación, tanto real como aparente, en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen por sobre el de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones económicas internacionales exige que se tome en cuenta esa realidad económica y que todas las sociedades del grupo respondan conjunta y solidariamente por las deudas de las que ellas, directa o indirectamente, sacaron provecho*”. En efecto, el Tribunal Arbitral resolvió que las sociedades que componían el grupo económico tenían la misma participación, tanto real como aparente en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecían por sobre el de cada una de ellas.

CCI, N° 6000.- En abono del precedente “*Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*”, en este caso el Tribunal Arbitral concluyó que es ampliamente reconocido bajo los usos del comercio internacional que cuando una compañía que es parte de un grupo de sociedades firma un contrato que contiene una cláusula arbitral las otras compañías del grupo que se encuentran involucradas en la ejecución y/o recisión de dicho contrato están obligadas por la cláusula arbitral en él contenida, a menos que la voluntad común de las partes excluya esa extensión²².

CCI Nº 7604 y Nº7610.- En estos casos se resolvió que “*la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestren la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente*”. A estos precedentes se suman los casos CCI No. 4972, No. 5721 y No. 5730 en los que los Tribunales Arbitrales han resuelto que el acuerdo arbitral firmado por la sociedad controlante puede ser extendido a sus subsidiarias y viceversa, es decir extenderse de las subsidiarias a la entidad controladora bajo el mismo principio de unidad económica²³.

Así las cosas, queda de manifiesto que existen precedentes arbitrales en los que se ha resuelto aceptar la teoría del grupo de sociedades para extender la cláusula arbitral a partes no signatarias, considerando que quedan sometidas al acuerdo arbitral en virtud de que pertenecen al mismo grupo económico, así como por el rol que asumieron en la celebración y ejecución de los contratos y

²² El Art. 1(9), Usos y Prácticas, de los principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (2004), describe que las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. “Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales” (2004). <http://www.av-asesores.com/upload/334.PDF>; en este sentido, Irina Gedwillo considera que las Incoterms constituyen un ejemplo característico de usos comerciales acordados. Véase en GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. Op.cit p.187.

²³ En este mismo sentido véase MARGUERAT, Jean. “Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes”. En *Arbitraje Comercial Internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*, COLLANTE GONZALEZ, Jorge Luis; CREMADES, Anne-Carole (dirs.). 1^a ed. Lima: Palestra Editores, 2012. p.97-120.

de la común intención de todas las partes (aún las no signatarias) para la ejecución del contrato.

Y en consecuencia, un Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta si en el caso que arbitra existe una especial relación entre partes signatarias y no signatarias, si pertenecen a un mismo grupo económico y/o societario, quién es el beneficiario controlador del grupo de sociedades y que actividades desplegaron para la ejecución del contrato basal y la consecución del objeto del contrato.

En este contexto, Bernardo M. Cremades sostiene que “*la competencia de los árbitros para conocer del asunto concreto deriva y aparece definida por los términos en que se encuentre expresada la cláusula compromisoria. De modo que, figurando como firmantes de la misma unas sociedades determinadas, las facultades decisorias del tribunal se circunscriben, en principio, a dichas entidades, con independencia de que formen parte de un grupo o empresa multinacional. Si la otra parte contratante está interesada, en que el arbitraje se extienda a compañías integrantes del grupo, que no han firmado el contrato, habrá de probarse su efectiva participación contractual y por ende la aceptación, si quiera tácita, de la cláusula arbitral*”; es decir, para este autor la cláusula arbitral permite, incorporar a diversas partes a una disputa arbitral, bastando la aceptación tácita de la no signataria al intervenir y participar en la ejecución del contrato en la que se establece la cláusula arbitral, lo cual da lugar a que, la mencionada cláusula no debe ser interpretada de manera tal que restrinja la participación de diversas empresas de un mismo grupo económico; es decir, no debe ser interpretada tan restrictivamente, sino que debe ser interpretada de manera amplia de tal modo que los entes que puedan llegar a tener interés en la solución de una controversia arbitral puedan acudir a ella²⁴.

En este contexto, la unidad y la vinculación económica entre las partes es un elemento toral que un Tribunal Arbitral debe valorar al momento de determinar la legitimación tanto activa como pasiva, la arbitrabilidad de la controversia planteada y la procedencia de las prestaciones reclamadas, en virtud de la vinculación económica entre las demandadas signatarias y las no signatarias respecto al objeto del contrato y los demás contratos relevantes involucrados en el objeto del basal; porque de esta vinculación económica dimana la extensión del pacto arbitral a las no signatarias²⁵.

²⁴ En el mismo sentido Alfredo Bullard considera que “*si la parte que se pretende traer a arbitraje ejecutó en parte o el total de las obligaciones, podrá ser traída al arbitraje*” Véase en BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “*¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana*”. *Op. cit.* p.112.

²⁵ Cabe destacar el precedente asentado por la Corte de Casación Francesa en la sentencia del 30 de marzo de 2004 en el caso “Uni-Kod Vs. OuralKali” y otras compañías rusas en las que en el primer contrato se pactó cláusula arbitral bajo el auspicio de la CCI, hubo un segundo contrato sin cláusula arbitral para el financiamiento para la compra de materia prima, Uni-Kod se opuso a la arbitrabilidad del segundo contrato en virtud de que la cláusula arbitral según ellos no podía extenderse al segundo contrato, la CCI determinó que sí se extendía la cláusula arbitral y en la ejecución del laudo la Corte de Apelaciones de París confirmó la procedencia del laudo y concluyó que la cláusula arbitral era separable del primer contrato; toda vez que ambos contratos eran inseparables desde el punto de vista de la viabilidad económica de la operación. En este mismo sentido GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. 1^a ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011. p.119 Y 120.

7. Fraude a la luz de la Teoría del Grupo de Sociedades

Este es el extremo de la teoría del grupo de sociedades para calificar y sancionar a un conjunto de sociedades interrelacionadas que tras haber participado en la ejecución de un contrato con cláusula arbitral, una o varias sociedades afines se benefician indebidamente y a costa de terceros que participaron en la consecución del objeto del contrato basal; pero con el agravante, de que los miembros del grupo de sociedades desplegaron una conducta ilícita al orquestar de común acuerdo un daño patrimonial en perjuicio de sus “socios” en el contrato basal para obtener un beneficio directo o indirecto del controlador final; y en este contexto, al surgir la disputa arbitral, las partes no signatarias del grupo se excepcionan del proceso arbitral argumentando la falta de suscripción del acuerdo arbitral²⁶.

Ante un proceso arbitral con estas características, un Tribunal Arbitral debe ser sumamente cauteloso y analítico y exigir un estándar probatorio alto, pero si las demandantes acreditan la voluntad fraudulenta y orquestada por el grupo de sociedades para obtener un lucro indebido anteponiendo el interés del grupo al interés común del objeto del contrato basal, bien puede considerar la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias; al respecto, me adhiero a la opinión de MORI y GALUCCIO quienes consideran que “*nos encontramos ante la presencia de sociedades que conforman un mismo grupo económico, pero que a su vez actúan como una única sociedad, con una sola voluntad de fraude. Es decir, es la propia formación o utilización de sociedades vinculadas, con el fin de evadir obligaciones contractuales, la que nos permite inferir un consentimiento al arbitraje (...). Es la conducta de dichas empresas de “fachada” que al colaborar con la defraudación y consentir la misma implica, al amparo del principio de buena fe, reconocer que deben quedar vinculadas por los efectos de sus actos de mala fe. En este sentido, el consentimiento a arbitrar se deriva no de su intención declarada de someterse a arbitraje, sino de su intención de mala fe de contribuir conscientemente a tratar de sustraer al obligado de las consecuencias del arbitraje que conocía. En esa medida dichas empresas no signatarias deben entenderse como partes propiamente dichas en el arbitraje. No sólo por formar parte del mismo grupo económico y responder a una única voluntad común, sino principalmente porque de manera consiente contribuyeron a evadir los efectos del contrato y del pacto arbitral a él vinculado*”²⁷.

En efecto, los elementos torales que deben materializarse para poder considerar la configuración de este tipo de fraudes son la pertenencia a un mismo grupo económico, la intención de obtener una ventaja indebida con base en la

²⁶ En este mismo sentido Irina Gedwillo considera que el acuerdo arbitral puede extenderse a partes no signatarias con fundamento en los principios generales del derecho. “*Así un supuesto de fraude puede originar situaciones en las que el acuerdo arbitral sea extendido a partes no signatarias. También esa extensión puede tener fundamento en la aplicación del principio de buena fe y apariencia, los usos mercantiles internacionales, la teoría del grupo de sociedades, los principios de eficacia procesal, la teoría de la incorporación por referencia y la interrelación de los contratos*”. Véase GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. Op.cit p.134.

²⁷ Véase en MORI BREGANTE, Pablo; GALUCCIO TONDER, Giuseppe. “La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias”. En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. el arbitraje desde otra perspectiva*. 1^a ed. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 140 y 141.

“alineación” de los intereses del grupo societario por encima del proyecto en común del basal, el conocimiento previo de la cláusula arbitral, la intención de “zafarse” de un procedimiento arbitral por parte de las no signatarias y un daño patrimonial y un nexo causal acreditado.

En este contexto y coincidiendo con Alfredo Bullard, las partes no signatarias de un pacto arbitral, bajo el principio de *pacta sunt servanda*, no deberían poder desobligarse ni desvincularse de las cláusulas arbitrales pactadas en el contrato basal, criterio que se complementa con los principios de inevitabilidad del arbitraje, separabilidad del pacto arbitral y competencia de la competencia; máxime si estamos en presencia de un fraude en el cual las demandadas tanto signatarias como no signatarias fueron utilizadas por su controladora para ejecutar un daño patrimonial a la demandante, para posteriormente en el procedimiento arbitral, las no signatarias opongan la excepción de falta de legitimación pasiva.

Bullard expone un ejemplo por demás útil e ilustrativo de este tipo de fraudes: “(...) si una empresa de un grupo económico transfiere a otra empresa del mismo grupo un activo importante para defraudar una deuda derivada de un contrato sujeto a un pacto arbitral, puede derivarse de la intención de defraudar de la empresa que recibe el bien estaba tratando de evadir los efectos de una relación jurídica obligatoria. Su simple conducta y el consentir a la defraudación, implica, en buena fe, reconocer que debe quedar vinculada por los efectos de sus actos. Así esa empresa debe entenderse como parte en un arbitraje, porque conscientemente contribuyó al intento de evadir los efectos del contrato y del pacto arbitral a él vinculado. El consentimiento se deriva no de su intención declarada de someterse a arbitraje, sino de su intención de contribuir conscientemente a tratar de sustraer al obligado de las consecuencias del arbitraje que conocía”²⁸. Coincido con Bullard en que en este ejemplo la extensión de las cláusulas arbitrales a las partes no signatarias debe operar, pues al pretender rehuir del arbitraje lo hacen de mala fe, en complicidad con los demás miembros de su grupo de sociedades y en acatamiento a las instrucciones del ente que las controla.

Ahora bien, ante la gravedad del supuesto planteado, el Tribunal Arbitral que conozca de este tipo de controversias en las que deba determinar si se materializó un ilícito civil de este tipo, y considerar por ello, sujetar a su competencia y jurisdicción a una parte no signataria, debe exigir un estándar probatorio alto en el que el conocimiento previo del pacto arbitral y la participación activa de la no signataria sea incuestionable; en consecuencia, el consentimiento de la no signataria al pacto arbitral en estos supuestos se materializa con la conciencia de que existe un pacto arbitral y la participación activa y determinante en la ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral y en la consecución del objeto contractual con base en los principios de

²⁸ Véase en BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana”, en BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. el arbitraje desde otra perspectiva*. 1^a ed. Lima: Palestra Editores, 2016, p.102, 108 y 109.

buenas fechas, pacta sunt servanda, arbitrabilidad subjetiva y teoría del grupo de sociedades²⁹.

En resumen, el grupo societario que indebidamente o dolosamente se beneficie directa o indirectamente de su participación en la ejecución de los basales que tienen cláusula arbitral, no se le debe permitir que se excuse a sus filiales del arbitraje arguyendo que no son partes signatarias, en el caso de que es por ellas y con ellas que el “grupo de sociedades relacionadas” ejecutó una serie de actos para materializar un ilícito beneficio con un flagrante conflicto de interés y en perjuicio de un tercero ajeno al grupo de sociedades que en su momento se asoció con estas para lograr el objeto del contrato que contiene el pacto arbitral.

8. Conclusión

La extensión del pacto arbitral con base en esta teoría debe aplicarse cuando la norma aplicable a la cláusula arbitral lo permita y en un arbitraje las codemandadas que signatarias son partes relacionadas con las no signatarias, y todas han pretendido beneficiarse directa o indirectamente del objeto del contrato o los contratos que contienen los pactos arbitrales.

9. BIBLIOGRAFÍA:

BULLARD G. A. (2016) “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana”. En A. BULLARD (editor). *Litigio arbitral. el arbitraje desde otra perspectiva*. 1^a ed. Lima: Palestra Editores.

BURGHETTO, María B. “El sistema de arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)”, en ETCHEVERRY, Raúl A.; HIGHTON, Elena I. (dirs.). *Resolución alternativa de conflictos*. Tomo 1 Arbitraje. 1^a ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p.415-472.

CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. Disponible en http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf

CONEJERO ROOS, Cristian. “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general”, en CONEJERO ROOS, Cristian; HIERRO HERNANDEZ-MORA, Antonio; MACCHIA, Valeria; SOTO COAGUILA, Carlos (coord.). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. 1^a ed. Colombia: Legis Editores, 2009, p.57-110.

²⁹Al respecto, Alfredo Bullard considera que “es una participación de tal naturaleza que de ella se deriva una relevancia significativa en los hechos o asuntos que terminan siendo objeto de arbitraje. La conducta debe generar la sensación clara que (...) permitir evadir sus consecuencias sería consentir una conducta fraudulenta. Por ejemplo, si la subsidiaria fue la que ejecutó las obligaciones asumidas por la principal, que era la que había firmado el pacto arbitral, la primera queda sometida al pacto arbitral porque sin su participación el contrato no se habría ejecutado. En consecuencia su participación fue determinante” Véase en BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana”. *Op. cit.* p.112.

ESCOBAR VÁZQUEZ, Teresita de Jesús. "Extensión de la cláusula arbitral en la doctrina de los grupos de sociedades". En *Revista Jurídica Universidad Americana*. Vol. 3. Noviembre, 2012. p.119-171. Consultado el 28/03/2018 en file:///C:/Users/jorge/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/176-Texto%20del%20art%C3%A1culo-607-1-10-20170906.pdf

FRIEDLAN, Paul; LLANO ODDONE, Rafael E. *Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales*. 1^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. 1^a ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. "El que toma el botín, toma la carga: la solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros". En *Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de Terceros en el Arbitraje*. Anuario Latinoamericano del Arbitraje, Instituto Peruano del Arbitraje, No. 2, Septiembre de 2012, p. 113 et seq. Ensayo disponible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje

MARGUERAT, Jean. "Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes". En *Arbitraje Comercial Internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*. COLLANTE GONZALEZ, Jorge Luis; CREMADES, Anne-Carole (dirs.). 1^a ed. Lima: Palestra Editores, 2012. p.97-120.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *La independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje doméstico e internacional*. 1^a ed. Lima: Palestra Editores, 2016.

MORI BREGANTE, Pablo; GALUCCIO TONDER, Giuseppe. "La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias". En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. el arbitraje desde otra perspectiva*. 1^a ed. Lima: Palestra Editores, 2016.

SILVA ROMERO, Eduardo "El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad". Véase en http://limaarbitration.net/LAR4/Eduardo_Silva_Romero.pdf

SUAREZ ANZORENA, C. Ignacio. "Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional". En *Revista Internacional de Arbitraje*. N°2, Universidad Sergio Alboreda: Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, enero-junio 2005.

VON WOBESER, Claus. *La Incorporación por Referencia*. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., "PAUTA", número 58, Enero 2009, Número ISSN: 1870-2082. Págs. 30 a 42.