



Extensión de la cláusula arbitral a terceros y sus efectos

Tesina de la carrera de Derecho.

Diciembre del 2023

José Enrique Guajardo Lamatta

Profesor guía: Gabriel Marín Mery

A mi familia, por su constante apoyo y empuje para seguir adelante
A mis amistades, por ayudarme a ver la vida y las cosas con otros ojos

Quod quisque possit, nisi tentando nesciat.

[No se puede saber de lo que cada uno es capaz si no se pone a prueba.]

Publilius Syrus

TABLA DE CONTENIDOS

Tabla de Contenidos	2
Tabla de Abreviaturas	4
Abstract:	5
I. Introducción.....	5
II. El arbitraje y algunos conceptos clave	6
1. Institución	6
2. Clausula arbitral o convención de arbitraje.....	7
2.1 Convención de Arbitraje LACI.....	7
2.2 El contrato de Compromiso y la cláusula Compromisoria	8
2.3 Efectos	9
3. Los terceros	10
3.1 Terceros absolutos y relativos.....	10
3.2 Relevancia de la distinción en cuanto a sus efectos	11
4. Estado de la discusión.....	11
III. Respuesta al problema.....	13
1. La distinción entre terceros absolutos y relativos	13
2. La teoría del Grupo de Empresas	15
3. La teoría de los actos propios o del estoppel.....	17
4. El levantamiento del Velo Corporativo.....	18
5. Referencia al principio competencia-competencia	19
6. Síntesis	20
IV. Análisis Jurisprudencial	21

1.	Laudo CAM Rol N° 2765-2016.....	21
2.	Laudo CAM Rol N°1341-2011.....	24
3.	Sentencia Corte Suprema Rol N°33.368-2020	26
4.	Sentencia Corte Suprema Rol N°50.356-2020	27
5.	Criterios jurisprudenciales observados	29
V. Conclusiones		30
Bibliografía:.....		32

TABLA DE ABREVIATURAS

Item	Abreviatura
Ley 19. 971 sobre arbitraje comercial ternacional	LACI
Código Civil	CC
Código de Procedimiento Civil	CPC
Código Orgánico de Tribunales	COT
Constitución Política de la Republica	CPR
Excelentísima Corte Suprema de Justicia	CS
Ilustrísima Corte de Apelaciones	CA
Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (Cámara de Comercio de Santiago)	CAM
<i>Opus Citatum</i>	Op. Cit.
<i>Locus Citatum</i>	Loc. Cit.
<i>Ibidem</i>	Ibid.
P.	Página
PP.	Páginas

ABSTRACT:

El objeto de la tesina tiene por objeto determinar si un tercero, que no ha sido signatario de un compromiso o cláusula compromisoria, puede quedar sujeto o no a los efectos de un arbitraje, especialmente lo relativo al laudo arbitral y la eventual ejecución del mismo.

Defendemos la postura que si resulta posible que un tercero no signatario de una convención arbitral pueda afectarle los efectos de ese arbitraje.

Derecho Privado – Arbitraje – Clausula Arbitral – Extensión a terceros de la cláusula arbitral - Levantamiento del Velo Corporativo

The purpose of this investigation is to determine if a third party that has not signed an arbitration agreement can be subject or not to the effects of said arbitration process, with the main focus being the enforcement of the arbitral award against that third party

We are defending the side that thinks that it is possible that a third party that has not signed an arbitration agreement can be affected by said arbitration effects

Private Law – Arbitration - Arbitration Clause – Extension of Arbitration Clause to non-signatories or third parties – Lifting of the Corporate Veil

I. INTRODUCCIÓN

Como se ha expresado, nuestro propósito es determinar si un tercero, que no ha sido signatario de un compromiso o cláusula compromisoria, puede quedar sujeto o no a los efectos de un arbitraje.

En este trabajo, se defenderá la postura que si resulta posible que un tercero no signatario de una convención arbitral pueda verse afectado por los efectos de ese arbitraje.

Nos parece relevante escribir sobre este tema por dos razones: primero porque a nivel internacional en la práctica arbitral se han afianzado ciertos modos y teorías para solucionar la problemática planteada, por lo que una revisión de aquellos y su aplicación en Chile resulta del todo útil. Una segunda razón atiende a la problemática que subyace al tema central de la investigación, relacionada con principios de justicia, en que por determinadas situaciones fáctica la aplicación estricta de la ley nos lleva a situaciones derechamente injustas.

Atendido lo anterior, analizaremos brevemente al arbitraje como institución y algunas ideas relevantes, que luego contrastaremos con lo postulado por la doctrina y lo resuelto por la jurisprudencia

II. EL ARBITRAJE Y ALGUNOS CONCEPTOS CLAVE

1. INSTITUCIÓN

El arbitraje, como mecanismo de resolución de conflictos, ha tenido gran relevancia en la actualidad, tanto a nivel interno y externo. En el plano externo, la utilización del arbitraje ha estado influenciada por el desarrollo y masificación del comercio internacional, sumado a la necesidad de los comerciantes de resolver eventuales conflictos jurídicos que surgen de sus actividades y el avance de la legislación en materia de derecho internacional privado¹.

También creemos que resulta del todo inconveniente que, existiendo este modo de resolución de conflictos, una controversia naturalmente internacional sea resuelta por la justicia estatal del país de una de las partes, la que para su contrincante puede ser completamente desconocida a nivel legislativo, consuetudinario, lingüístico y otras, alterando el balance e igualdad que podría existir al momento de enfrentar tales conflictos bajo una normativa de carácter internacional que considera tales factores.

A nivel interno, el auge del arbitraje se debe, principalmente, por las ventajas que presenta en comparación con la justicia ordinaria, atendida la celeridad y especialidad para abordar el conflicto, lo que es reconocido por la doctrina².

Lo anterior puede quedar más claro con un ejemplo, respecto a la celeridad, existe la posibilidad que las partes en un arbitraje acuerden sujetarse a las reglas de un procedimiento sumario para materias que ordinariamente se tramitan en un procedimiento de lato conocimiento, dando así una solución al problema más rápida. Lo mismo puede decirse respecto a la especialidad, a modo de

¹Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. (Nueva York, 1958); Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Panamá, 1975); Ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre arbitraje comercial internacional (1985) y su reglamento (1976); En Chile la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional (2004).

² ROMERO, Alejandro y DIAZ, José Ignacio, El arbitraje interno y comercial internacional, Editorial Lexisnexis, Santiago, 2007, p. 3 “La flexibilidad y rapidez, frente a la lentitud que presenta la justicia estatal; el arbitraje posee una capacidad intrínseca para ser organizado con el objetivo de dar una respuesta rápida a los conflictos jurídicos (...) [y] la mayor posibilidad de designar como árbitros a personas que cuentan con mayor experiencia o conocimiento, especialmente en materias de alta complejidad técnica”; Véase VASQUEZ PALMA, María; AYLWIN, Patricio.

ejemplo, es posible que el árbitro que las partes determinen tenga mayor experticia técnica en el asunto controvertido, sin que por ello se este desmereciendo a la justicia ordinaria o que esta ultima entregue una justicia de “menor nivel”.

A diferencia de la justicia ordinaria, la autonomía de la voluntad tiene un rol fundamental en el arbitraje, puesto que determina la competencia del árbitro, ya que el acuerdo de las partes, manifestado en una convención de arbitraje, constituye una verdadera condición *sine qua non* para que el árbitro pueda conocer del conflicto³.

Lo anterior amerita una referencia a la distinción entre arbitraje voluntario y forzoso, la principal diferencia está en como se constituye la sede arbitral y las materias que pretende conocer, de modo que, en el arbitraje voluntario, el acuerdo de las partes y que la materia que intentan resolver no sea de arbitraje prohibido o forzoso es de vital importancia. La situación en el arbitraje forzoso es distinta, al legislador no le importa si las partes quieren o no llevar una determinada materia a arbitraje, de ahí el carácter de forzoso, para ciertas materias la ley ha determinado que sean resueltas por un árbitro, como por ejemplo la partición de bienes o la liquidación de una sociedad conyugal.

Aclarada la diferencia entre arbitraje forzoso y voluntario, con el fin de delimitar el alcance de este texto, es menester mencionar que la problemática planteada no resulta aplicable para casos de arbitraje forzoso, ya que la voluntad de las partes y quienes tienen tal carácter es más estricto.

2. CLAUSULA ARBITRAL O CONVENCION DE ARBITRAJE

La cláusula arbitral es el vocablo que mayormente se utiliza para referirse al acuerdo de voluntades por el cual las partes someten el conocimiento de un asunto litigioso a un tercero imparcial denominado árbitro. Este sometimiento implica dos cosas: la exclusión del conocimiento del asunto a los tribunales ordinarios de justicia y la entrega de competencia al árbitro para conocer y resolver el asunto.

2.1 CONVENCION DE ARBITRAJE LACI

El artículo 7° N°1 de esta ley lo define como:

“(...) 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

³ ROMERO, Alejandro y DIAZ, José Ignacio. Loc., Cit

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”.

Destacamos el comentario de ROMERO y DÍAZ respecto a las formalidades del acuerdo contenido en el N°2 del mismo artículo: “Esta regulación tiene como primer efecto lograr una desformalización en el acuerdo de arbitraje, atendiendo más a la manifestación de voluntad de las partes que a la forma de los actos jurídicos donde ella se plasma”.⁴

Es un ejemplo claro de la modernización del arbitraje y la consagración de nuevos principios que flexibilizan la institución para su mejor aplicación en la actualidad, tanto a nivel nacional como internacional.

Muestra de esta desformalización se encuentra, por ejemplo, en lo que la doctrina ha denominado independencia de la cláusula arbitral, que consiste en aquellos casos donde un contrato que incluye una cláusula arbitral es declarado nulo, pero la cláusula arbitral por si sola mantiene su validez.

2.2 EL CONTRATO DE COMPROMISO Y LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

Hemos dicho antes que en el arbitraje voluntario el acuerdo de las partes es de vital importancia, considerando aquello, es necesario revisar la forma en que las partes acceden a la justicia arbitral.

Una caracterización somera del contrato de compromiso y la cláusula compromisoria puede lograrse al comparar ambas figuras, ya que, en la primera, las partes someten un asunto litigioso actual a la decisión de un árbitro determinado, mientras que, en la segunda, las partes no designan a un árbitro determinado, sino que acuerdan que un asunto litigioso debe ser resuelto por un árbitro, cuyo nombramiento es efectuado con posterioridad a la celebración de esta cláusula compromisoria.

Algunos autores⁵ las califican como “la piedra angular del arbitraje”, siendo utilizado su análisis como argumento para postular la naturaleza contractual del arbitraje, discusión que no será tratada en este texto.

⁴ ROMERO, Alejandro y DIAZ, José Ignacio. Op. cit., p. 29.

⁵ Romero, Alejandro y DÍAZ, José Ignacio; VÁSQUEZ PALMA, María, entre otros.

Por último, nos parece relevante los comentarios en torno a la ambigüedad de ambos conceptos que realiza VÁSQUEZ PALMA “No obstante la importancia y trascendencia que reviste este elemento dentro del arbitraje, lo cierto es que la terminología “convenio o contrato arbitral” no es ni ha sido utilizada en el derecho arbitral chileno en el plano interno (...) lo que existe es una aproximación a esta noción a partir de los vocablos “compromiso” y “cláusula compromisoria”.⁶

2.3 EFECTOS

La regulación de las distintas especies de cláusulas arbitrales no está unificada del todo, existiendo en el COT la regulación del juez árbitro, en el CPC el procedimiento arbitral y en la reciente LACI elementos modernos del arbitraje.

La doctrina distingue entre efectos positivos y negativos. El primero consiste en la posibilidad que tiene una parte en una cláusula arbitral determinada de obligar a la otra a resolver el asunto litigioso ante un juez árbitro y el segundo apunta a excluir a las partes de promover el conocimiento del asunto a la justicia ordinaria, a menos que de común acuerdo concurren a ella.⁷

Además, existen otros efectos de la cláusula arbitral relacionados a una posterior sentencia, como por ejemplo, el de litispendencia y el de cosa juzgada respecto a la controversia fallida, que a raíz de estos último, genera una mayor vinculación entre el laudo arbitral y con el órgano jurisdiccional estatal, que esta facultado para hacer ejecutar lo juzgado por un árbitro.

Como mencionamos en los títulos anteriores, otro efecto de la cláusula arbitral es determinar, al menos en principio, quienes van a ser partes en el arbitraje inicialmente, sin perjuicio de que, como veremos mas adelante, existan formas de involucrar a terceros no signatarios o comparecientes de una cláusula arbitral. Atendido aquello, es necesario establecer la tercería en el arbitraje como ultimo concepto relevante para la investigación.

⁶ VÁSQUEZ PALMA, María, Tratado de arbitraje en Chile arbitraje interno e internacional, Legal Publishing, Santiago, 2018. p. 336” ; “Insólitamente, compromiso y cláusula compromisoria no son los únicos vocablos empleados para referirse al acuerdo arbitral, otras disposiciones aluden a un término totalmente diferente a estos, como es la expresión de “pacto compromisorio”. p. 342; “debemos ser enfáticos en señalar que esta carencia y lo equivoco de los vocablos empleados en la normativa existente sobre la materia, provocan que el acuerdo arbitral se muestre como uno de los aspectos del arbitraje donde la insuficiencia o mala técnica legislativa se presenta con mayor claridad y determinación, hecho que influye negativamente en el correcto entendimiento de la institución arbitral en su conjunto”. p. 343.

⁷ ROMERO, Alejandro y DIAZ, José Ignacio. Op. cit., p. 34

3. LOS TERCEROS

Como hemos sostenido hasta ahora, uno de los efectos de la cláusula arbitral es establecer quiénes van a ser las partes en el arbitraje, sin embargo, como ya planteaba Ihering con el “cielo de los conceptos jurídicos”, la realidad a veces escapa de la estricta aplicación del derecho y existe la posibilidad que personas que no comparecieron formalmente a esa cláusula o no sean partes de una relación contractual determinada, se vean involucrados en el proceso arbitral.

Dicho de otro modo, quienes no han comparecido formalmente en la cláusula arbitral podrían verse involucrados por el peso de la realidad material o fáctica que subyace a la cláusula sobre la que se discuta, sorteando el efecto que tiene la cláusula de fijar las partes en el arbitraje.

Así por ejemplo, una empresa matriz podría verse acarreada a un juicio arbitral originado por la aplicación de una cláusula arbitral a la que no compareció, por el incumplimiento contractual de una de sus filiales que si había comparecido con otra empresa, si es la matriz quien en los hechos administra o maneja esta filial.

3.1 TERCEROS ABSOLUTOS Y RELATIVOS

Es necesario distinguir entre terceros absolutos y relativos o, siguiendo la clasificación que hace VÁSQUEZ, entre terceros reales y aparentes, de esta forma: los terceros absolutos o reales son aquellos que como en cualquier otra relación contractual no pueden ser involucrados y no se intenta forzar su participación en el arbitraje pues no tienen ninguna relación fáctica ni jurídica en él. En cambio, los terceros relativos o aparentes son aquellos que no comparecen formalmente o no están incluidos en la cláusula arbitral, pero que por distintas razones, en los hechos son verdaderas partes de las relaciones contractuales que incluyen la cláusula.⁸

VÁSQUEZ agrega que normalmente se llegará a su determinación por un imbricado juego contractual en que se superponen y/o conectan diversos contratos, cláusulas arbitrales, referencias, subrogaciones, entre otros, de manera que su delimitación entrañara necesariamente una labor de depuración e interpretación de los actos jurídicos involucrados⁹. En otras palabras, recae en la

⁸ VÁSQUEZ PALMA, María. Op. Cit., p. 777-778 “El convenio arbitral solo produce efectos entre las partes que lo convinieron. Los terceros carecen, por regla general, de legitimación para concurrir a un proceso que le es ajeno, a menos que la decisión arbitral les afecte en su calidad de tales”.

⁹ VÁSQUEZ PALMA, María. Op. Cit., p 779.

interpretación contractual la determinación de la calidad de parte que una persona pueda tener en un arbitraje, llevada a cabo por el mismo árbitro o la justicia ordinaria.

3.2 RELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN EN CUANTO A SUS EFECTOS

El efecto mas importante para el tercero absoluto es que no interviene en el arbitraje y sus efectos tampoco lo alcanzan como si fuera parte. En cambio, para el tercero relativo la situación es distinta, al no estar incluido en la cláusula arbitral pero si relacionado en los hechos con alguna de las partes, es posible su inclusión por alguno de los modos que analizaremos a continuación.

Aquí uno podría preguntarse ¿qué pasaría si este tercero no quiere ser parte del arbitraje? esa negativa es lo que denominamos el “problema de la tercería” que se presenta al momento de emplazar al tercero, que no tiene interés en ser parte de un arbitraje que no lo beneficia, puesto que éste puede defenderse, oponiendo excepciones que tiene por objeto excluirlo de la contienda, por ejemplo, fundado en razón de la falta de competencia del árbitro respecto a su persona al no haber comparecido en la cláusula arbitral.

4. ESTADO DE LA DISCUSIÓN

Partiendo desde la base que el arbitraje y sus efectos recaerán solo sobre las partes que en una relación contractual específica lo hayan establecido expresa y voluntariamente, un sector de la doctrina plantea que no se puede extender el acuerdo de arbitraje a terceros no signatarios, salvo ciertas excepciones contenidas en el Código Civil y relacionadas a casos en que no se trata de terceros no signatarios propiamente tal. Los autores que defienden dicha tesis son ROMERO SEGUEL, DIAZ VILLALOBOS y AYLWIN AZÓCAR, entre otros.

Estos autores plantean que la competencia del tribunal arbitral sólo alcanza a las personas que concurrieron a su constitución, con ciertas excepciones que explicaremos. Estos autores se enfocan en el aspecto formal-procesal del acuerdo de arbitraje y no en la relación material que subyace y da lugar a la problemática planteada.

AYLWIN plantea 2 excepciones en relación a los artículos 651 y 656 del Código de Procedimiento Civil. La primera guarda relación con los asuntos que le corresponde conocer al juez partidor, que debe ser un árbitro por tratarse de una materia de arbitraje forzoso, en la que se entrega competencia sobre cuentas de los albaceas, comuneros y administradores de una comunidad, siempre que estos voluntariamente quieran someterlo a su fallo.

La segunda dice relación con la posibilidad que tienen los terceros acreedores, con derechos que hacer valer sobre los bienes comprendidos en la partición, de concurrir al partidor y éste no podría excusarse de conocer, ni las partes de la partición oponerse a su incorporación, porque con la sola intervención de ese tercero acreedor queda ampliada la competencia del árbitro.

Si bien Aylwin descarta que las partes comparecientes puedan obligar a un tercero no signatario a someterse al arbitraje también incluye la posibilidad de que ese tercero pueda intervenir en el arbitraje al que no ha comparecido formalmente con la condición de que su incorporación sea voluntaria y aceptada por las partes que sí comparecieron a la cláusula arbitral y se someta a las condiciones existentes del arbitraje.

El problema con ese planteamiento es que en la práctica cuando se busca incorporar a un tercero no signatario no suele tener la voluntad o el interés de participar en un arbitraje que probablemente lo va a perjudicar y va a oponerse por todos los medios.

ROMERO y DÍAZ también parten desde la base que el arbitraje y sus efectos sólo afecta a las partes que concurren al acuerdo arbitral, pero agregan como situaciones de excepción la sucesión procesal en el arbitraje y la subrogación de derechos.

El primer caso está pensado en que ya establecidas las partes de un arbitraje, con la concurrencia de ellas en la cláusula arbitral, el demandante o demandado desaparece, al fallecer por ejemplo, y otra persona pasa a ocupar su lugar en el arbitraje. Los autores lo denominan sucesión procesal o cambio de partes y para que tenga lugar deben cumplirse dos requisitos, el primero es que el proceso está iniciado y el segundo es que el proceso no haya terminado por sentencia firme, por lo que con la desaparición de una de las partes otra tomaría su lugar en el arbitraje y no siendo signatario de la cláusula arbitral en principio, podría participar del arbitraje.

El segundo es el de la subrogación de derechos, donde un tercero que no compareció como parte en el contrato donde se incluye la cláusula arbitral la hace valer a su favor, los autores ejemplifican este caso en situaciones donde compañías de seguro en cumplimiento de contratos de seguro, subrogan al asegurado en sus derechos contra un tercero.

La otra postura que denominamos no formalista plantea que es posible extender el acuerdo de arbitraje a terceros no signatarios, y que para tal efecto existen distintas formas de lograrlo. De tal forma que la extensión de la cláusula arbitral es posible bajo dos enfoques: el primero de aquellos es el que busca ignorar o hacer caso omiso de la personalidad jurídica o corporativa y el segundo que

busca encontrar o descubrir el consentimiento de una parte que no comparece formalmente a la cláusula arbitral, pero está vinculada en los hechos con una de las partes.

III. RESPUESTA AL PROBLEMA

La doctrina ha intentado solucionar este problema desde distintas perspectivas, ofreciendo varias alternativas para que los operadores jurídicos puedan decantarse por alguna de ellas. De esta forma en la presente investigación nos enfocamos en los siguientes argumentos y teorías que permiten extender el acuerdo de arbitraje a terceros no signatarios: (1) la distinción entre terceros absolutos y relativos; (2) la teoría del grupo de empresas; (3) la teoría de los actos propios o *estoppel*; (4) la teoría del levantamiento del velo corporativo; y (5) el principio *kompetenz-kompetenz*.

1. LA DISTINCIÓN ENTRE TERCEROS ABSOLUTOS Y RELATIVOS

VÁSQUEZ PALMA ha dicho que un tercero absoluto en realidad nunca podría ser parte de un proceso arbitral por no verse afectado en los hechos que dan lugar al arbitraje, pero en cambio un tercero relativo que no comparece al acuerdo arbitral pero si está en la relación sustantiva-material podría eventualmente transformarse en parte, ya sea voluntaria o forzosamente¹⁰.

Del mismo modo, en Ecuador la autora ANA MARÍA LARREA propone la distinción entre partes originarias y partes sucesivas, “entendiendo por las primeras a todo sujeto que, desde la presentación de la demanda tiene el carácter de actor o demandado; y por las segundas a aquellas que, siendo terceros en la relación procesal nacida como consecuencia de la demanda, no lo son en la relación sustancial que se encuentra litigiosa y que, por tal razón, tienen la posibilidad de convertirse en “partes”, voluntaria o forzosamente en algún momento en la vida del proceso”¹¹.

De manera similar al sistema procesal de Chile, la calidad de parte no responde a una exigencia de fondo, más bien a una exigencia formal que la autora en comentario expone claramente. Basta la mera presentación de la demanda para adquirir la calidad de parte y en el arbitraje la mera comparecencia en la cláusula arbitral otorga la calidad de parte, pero como se ha expuesto, no bastaría con alegar que no se ha

¹⁰ VÁSQUEZ PALMA, María. Supra 8

¹¹ LARREA, Ana María, “Comparecencia de terceros en un proceso Arbitral” En: Revista Jurídica. Facultad de Jurisprudencia y ciencias sociales y políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Ecuador, Volumen 28, 2010. pp. 35 a 48. p. 37.

comparecido a la cláusula arbitral para evitar sus efectos cuando en la relación material que da origen al arbitraje está involucrada.

A lo anterior LARREA agrega que “la intervención del tercero debe ser autorizada, en definitiva por los árbitros, quienes en su condición de dirimientes imparciales, están en capacidad de calificar el interés directo en la controversia, que invoca el compareciente, el cual deberá justificarse suficientemente a criterio de éstos, a efectos que, mediante providencia, acepten, rechacen o condicionen la intervención del tercero dentro del proceso”¹².

Por último, agrega además que la Ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre arbitraje comercial internacional le entrega al juez árbitro facultades amplias, con las que podría eventualmente incluir a este tercero en el arbitraje.

En ese mismo orden de ideas WILLIAM PARK habla de las “*less-than-obvious parties*” [Partes menos que obvias] y plantea que: “El término “no signatario” mantiene su utilidad para lo que puede denominarse “partes menos que obvias” en una cláusula arbitral: siendo aquellos individuos y entidades que nunca lo establecieron formalmente, pero que aún así deberían ser parte del arbitraje bajo las circunstancias relevantes de una relación comercial”¹³.

También expone PARK la tensión que existe entre dos principios cuando un árbitro busca incorporar a un tercero no signatario al arbitraje: “el de la naturaleza consensual (contractual) del arbitraje y el de la efectividad práctica en la ejecución del laudo al vincular a personas relacionadas, llevadas al límite, cada principio apunta en una dirección opuesta”¹⁴.

¹² LARREA, Ibid., p. 43

¹³ PARK, William, “*Non-signatories and International Contracts: An arbitrator’s Dilemma*” En: Public Law & Legal Theory, Boston University School of Law., Estados Unidos Paper N° 17-27, 2008. Páginas 2 – 43. Página 9 “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” Bajo el mismo punto el autor también agrega que la terminología de terceros no signatarios podría generar problemas en que podría llegar a verse afectada la validez de un acuerdo arbitral por la falta de su escrituración “The label does little harm if invoked merely for ease of expression, to designate someone whose right or obligation to arbitrate may not be self-evident. Nevertheless, the expression remains potentially misleading, suggesting that a lack of signature in itself reduces the validity of an arbitration agreement.” [“La terminología no afecta si es invocada como una expresión para designar a quien el derecho u obligación de sujetarse al arbitraje puede no ser evidente. Sin embargo, la expresión se mantiene potencialmente engañosa, sugiriendo que la falta de escrituración por sí misma reduce la validez de un acuerdo arbitral”. Traducción libre del autor.]

¹⁴ Ibid. p.4 “For arbitrators, motions to join non-signatories create a tension between two principles: maintaining arbitration’s consensual nature, and maximizing an award’s practical effectiveness by binding related persons. Pushed to the limit of their logic, each goal points in an opposite direction.” [“Para los árbitros, las mociones de incluir a terceros no signatarios crea una tensión entre dos principios el de la naturaleza contractual del arbitraje y el de la efectividad práctica en la ejecución del laudo al vincular a personas relacionadas, llevadas al límite, cada principio apunta en una dirección opuesta”]

Considerando lo anterior, autores nacionales e internacionales que proponen como solución al problema la revisión a la calidad de partes de los involucrados en un proceso arbitral, comparten la idea que estos individuos o entidades al estar relacionados en los hechos sin comparecer formalmente al acuerdo arbitral podrían incluirse como partes del mismo.

También razonan sobre la base que el concepto de parte hay que entenderlo no en el sentido estrictamente procesal que se adquiere sin importar la relación material, sino que más bien tomarlo en referencia a la participación o presencia en la relación material que pueda tener una determinada persona en el negocio que da lugar al arbitraje.

Por último, CHOMALÍ advierte que de ser llevada a cabo sin fundamentar adecuadamente la inclusión de esos terceros al arbitraje, involucra un riesgo de alejarse de lo pactado formalmente por las partes en los contratos que incluyen la cláusula arbitral, dilatando el inicio del arbitraje con incidentes de incompetencia¹⁵.

2. LA TEORÍA DEL GRUPO DE EMPRESAS

El origen de esta teoría está vinculado al caso de Dow Chemicals y el subsiguiente fallo al establecer que “independiente de la personalidad jurídica de cada uno de sus miembros, un grupo de compañías constituye una realidad económica única (*une réalité économique unique*) que el Tribunal Arbitral debe tener presente a la hora de determinar el alcance de su jurisdicción”¹⁶.

De esta forma esta teoría establece que “apartándose de la independencia formal de las diversas personas jurídicas que forman una misma estructura empresarial, los efectos de un acuerdo arbitral expresamente aceptado por ciertas compañías de un grupo corporativo se pueden extender a otras

¹⁵ CHOMALÍ, Juan Luis. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones, rol 10.171-2015: Revisitando la posibilidad de incluir terceros no signatarios a un arbitraje. En: Revista De Derecho Aplicado LLM UC. Santiago, 2021. p. 13

¹⁶ Laudo Interlocutorio del Caso CCI 4131, Dow Chemicals c. Isover Saint Gobain, 1982. Extracto disponible en: <https://www.trans-lex.org/204131>. “Considering that it is indisputable — and in fact not disputed — that DOW CHEMICAL COMPANY (USA) has and exercises absolute control over its subsidiaries having either signed the relevant contracts or, like DOW CHEMICAL FRANCE, effectively and individually participated in their conclusion, their performance, and their termination”; “Considering that irrespective of the distinct juridical identity of each of its members, a group of companies constitutes one and the same economic reality (**une réalité économique unique**) of which the arbitral tribunal should take account when it rules on its own jurisdiction subject to Article 13 (1955 version) or Article 8 (1975 version) of the ICC Rules.”; “Considering, in particular, that the arbitration clause expressly accepted by certain member of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise”

compañías integrantes de ese grupo en razón de su rol en la negociación, ejecución o terminación del contrato base y de conformidad con la intención común de las partes del proceso”¹⁷

Lo que se entiende por grupos empresariales puede variar dependiendo del cuerpo normativo que se revise, así en el ámbito laboral es aquella integrada “por diversos sujetos jurídicos, cada uno formalmente independiente y revestido de personalidad jurídica propia y diferenciada, pero que sin embargo actúan bajo una dirección económica común, originando una separación entre la realidad material y las formas jurídicas”¹⁸.

En materia comercial, la ley 18.045 sobre el mercado de valores, contiene regulación relacionada a los grupos empresariales y en su artículo 96 las define como “el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten”.

Por lo anterior, la determinación del consentimiento tácito o implícito que pueda determinarse respecto de una determinada empresa al momento de suscribir un convenio arbitral toma un rol fundamental. Así LABBE agrega que “no basta con que la sociedad no signataria pertenezca al grupo de empresas para entender que es parte en el contrato que otra sociedad del mismo haya pactado. Es decir, la extensión de los efectos de la cláusula compromisoria contenida en dicho contrato no puede llevarse a cabo de manera automática por ese solo hecho, ya que implicaría desconocer arbitrariamente la pluralidad e independencia jurídica que existe entre los componentes del grupo (...) lo que se busca, tomando como presupuesto la unidad económica en el grupo, es el consentimiento implícito de ser parte de la relación contractual”¹⁹.

En otras palabras, esta teoría propone que si en una cláusula arbitral donde comparece una compañía vinculada a otras entidades del mismo grupo empresarial, esa otra compañía del mismo grupo

¹⁷ SINISTERRA PÁE, Laura. Algunos apuntes sobre la teoría del grupo de compañías como fundamento para la extensión del pacto arbitral a no signatarios. En: Revista de Derecho Privado. Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia. N°44, Volumen 2, 2010. p. 8

¹⁸ AYLWIN CHIORRINI, Andrés y ROJAS MIÑO, Irene. “Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídico laborales en el Derecho Comparado” En: Revista Ius Et Praxis, Universidad de Talca, Chile. Volumen 11, N°2, 2005. p. 198

¹⁹ LABBÉ, Juan Pablo. “La extensión del acuerdo de arbitraje a terceros aparentes en el arbitraje comercial internacional: Análisis de algunas teorías.” En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Chile, Volumen 25, N°2 2018. p. 220

que tiene personalidad jurídica distinta y no ha suscrito el contrato donde se incluye la cláusula arbitral, si puede ser incluida voluntaria o forzosamente al proceso arbitral ya iniciado por la existencia de esta voluntad tácita o implícita.

En la práctica, termina siendo una exigencia probatoria de la parte que busca incluir a esa compañía que no ha suscrito el contrato principal o ha comparecido a la cláusula arbitral, y una labor del árbitro el determinar la participación o no de esa empresa de determinado grupo empresarial en la situación fáctica que da lugar al arbitraje.

3. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS O DEL ESTOPPEL

Esta institución proviene del Derecho Romano, bajo el adagio del *Venire contra factum proprium non valet*, a pesar de sus diversas formulaciones se ha entendido como elemento central de esta institución que no es admisible otorgar efectos jurídicos a una conducta de una persona que se plantea en contradicción flagrante con un comportamiento propio anterior.²⁰

BORDA la define en los siguientes términos: “La teoría de los actos propios constituye una regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria respecto del propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”²¹.

De lo anterior la doctrina ha establecido tres presupuestos que deben verificarse para poder aplicar esta teoría, primero que un sujeto realice una conducta jurídicamente relevante y eficaz que suscite la confianza de un tercero, segundo que el mismo sujeto tenga una pretensión o realice otra conducta que siendo lícita en si misma, es objetivamente contradictoria con la conducta inicial perjudicando a la contraparte y tercero que el sujeto que realiza ambas conductas sea el mismo o se trate del mismo centro de interés.

Para incluir a terceros no signatarios, esta teoría se basa en que la primera conducta del agente contiene el consentimiento implícito de verse afectado por los efectos de la cláusula arbitral, por lo cual

²⁰ TALCIANI CORRAL, Hernán. “La raíz histórica del adagio “venire contra factum proprium non valet”, En: *Venire contra factum proprium*, Cuadernos de Extensión Jurídica N°18, CORRAL, Hernán (edit.), Universidad de los Andes, Chile, 2010. p. 19. Agrega el autor otras formulaciones como *Nemo contra factum proprium potest* y *Venire contra proprium factum nulli conceditur*.

²¹ BORDA, Alejandro. “La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina”, En: *Venire contra factum proprium*, Cuadernos de Extensión Jurídica N°18, CORRAL, Hernán (edit.), Universidad de los Andes, Chile, 2010. p. 35.

una vez verificada la intención de ser parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, no sería posible que posteriormente alegara la tercería para no ser alcanzado por los efectos de ese arbitraje.

Por el contrario, autores como LYON PUELMA²² plantean que la extensión de la cláusula arbitral a estos terceros no signatarios no debería surgir como una lectura o búsqueda de la voluntad implícita de las partes, más bien como una sanción o castigo por actuar con dolo o vulnerar el principio de buena fe en las operaciones contractuales que incluyen cláusulas arbitrales, mediante las contradicciones que dan lugar a la teoría de los actos propios.

No estamos de acuerdo con lo que postula el autor respecto a que la extensión de la cláusula arbitral sea producto de una sanción al dolo o vulneración a la buena fe por parte de una de las partes, ya que esto último implicaría una gravosa carga probatoria para la parte que intenta incluir a ese tercero no signatario al arbitraje, además de abrir la posibilidad de que al momento de denunciar estas prácticas o actuaciones dolosas del tercero, el interesado quede vulnerable a una acusación por calumnias.

4. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

El fundamento de esta teoría está en el uso fraudulento abusivo de la de la personalidad jurídica y con su aplicación se busca desconocer la personalidad jurídica de algún ente que no comparece como signatario en una cláusula arbitral, pero es en realidad un alter ego de la parte que sí comparece, dándose así una prioridad a la relación material y económica subyacente

LÓPEZ DÍAZ define esta institución como “Aquella técnica judicial, en virtud de la cual es lícito a los tribunales, en ciertas ocasiones, ignorar o prescindir de la forma externa de la persona jurídica, para con posterioridad, penetrar en su interior a fin de “develar” los intereses subyacentes que se esconden tras ella y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el velo de la personalidad (...)”²³.

Para que tenga aplicación LÓPEZ establece dos requisitos, el primero es que exista una presunción o apariencia de abuso de la personalidad, es decir “un mal uso o un uso indebido de la normativa de la persona jurídica, con la intención de evadir cargas u obligaciones imputables a los miembros de dicha entidad”²⁴, n este caso al tratarse de una institución extraordinaria puede ser denunciado por las partes de

²² LYON PUELMA, Alberto. “Crítica a la doctrina del acto propio: ¿Sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?” En: Venire contra factum proprium, Cuadernos de Extensión Jurídica N°18, CORRAL, Hernán (edit.), Universidad de los Andes, Chile, 2010. pp. 59-68 p. 62.

²³ LÓPEZ DÍAZ, Patricia. La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica. LexisNexis, Santiago, 2003. p. 64.

²⁴ LÓPEZ DIAZ, Ídem p. 81.

una relación contractual o jurídica determinada mediante una acción en la que se describen los hechos que constituyen la instrumentalización de la personalidad jurídica o por el mismo juez actuando de oficio cuando esté sospeche que la personalidad jurídica ha sido utilizada instrumentalmente²⁵.

El segundo requisito es que se haya efectivamente constituido la personalidad jurídica o se haya simulado su constitución, dado que a través de una sociedad simulada también es posible realizar fraudes y causar perjuicio a terceros²⁶.

De esta forma, utilizando la teoría del levantamiento del velo corporativo, es posible extender los efectos de la cláusula arbitral a las personas, jurídicas o naturales, que están detrás de esta “sociedad fantasma” que formalmente comparece como parte signataria de la cláusula, pero en los hechos no se hace responsable o busca evadir sus obligaciones.

5. REFERENCIA AL PRINCIPIO COMPETENCIA-COMPETENCIA

El principio tiene su origen en Alemania bajo el nombre kompetenz-kompetenz y en Chile está consagrado en el artículo 8 y 16 de la ley 19.971 y consiste en la posibilidad que tiene el juez árbitro una vez puesta en su esfera de competencia la resolución de un asunto litigioso, de resolver el mismo sobre su propia competencia. Así el artículo 16 establece que:

“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”.

En otras palabras, este principio faculta al juez árbitro para decidir sobre su propia competencia en la revisión de un conflicto determinado ante el cuestionamiento de su competencia por una de las partes, cuestionamiento que usualmente tiene el fin de obstaculizar y dilatar la substanciación de la causa.

Como hemos explicado antes, la competencia del árbitro está dada de manera excepcional a partir del acuerdo de voluntades de las partes que extrae de los tribunales ordinarios el conocimiento de un

²⁵ Ídem, p. 82.

²⁶ Ídem, p. 86.

asunto litigioso, por eso la competencia del árbitro es limitada a solo resolver lo entregado por las partes mediante una cláusula arbitral., de ahí viene la relevancia de este principio.

De lo anterior se desprende que determinada las partes en la cláusula arbitral, el problema de su extensión a terceros no signatarios, se transforma en un tema de competencia del árbitro, en palabras de LABBÉ “(...) Ante la eventual alegación de incompetencia del árbitro por no estar ellos [Los terceros aparentes] comprendidos dentro del ámbito subjetivo sobre el cual el compromisario ejerce su jurisdicción, se producirá un incidente que tendrá que resolverse en el mismo arbitraje, sin que este deba detenerse, o incluso ser resuelto en la sentencia definitiva”²⁷.

6. SÍNTESIS

Hasta aquí hemos revisado algunas teorías y propuestas doctrinales para extender los efectos de una cláusula arbitral a terceros no signatarios.

Podemos clasificar estas teorías en dos grupos, el primero de aquellos es el que busca ignorar o hacer caso omiso de la personalidad jurídica o corporativa y el segundo grupo busca encontrar o descubrir el consentimiento implícito de una parte que no comparece formalmente a la cláusula arbitral.

Así, la teoría del levantamiento del velo corporativo queda dentro del primer grupo, teniendo como fin ignorar la personalidad jurídica, cumpliendo una serie de requisitos, cuando se utiliza para defraudar a terceros y permitir alcanzar a quienes se esconden detrás de la personalidad jurídica.

Por otro lado, la teoría del grupo de empresas, la teoría de los actos propios y la distinción entre terceros absolutos y relativos se enmarca en el segundo grupo del consentimiento implícito. Las teorías de este grupo redirigen de una forma u otra la discusión a si el tercero que busca ser incluido en la disputa arbitral es en realidad una parte o no del mismo según el consentimiento que haya manifestado durante algún momento del iter contractual²⁸.

²⁷ LABBÉ, Juan Pablo, Op., Cit. p. 229

²⁸ Esto no se detalla expresamente en este trabajo, pero cabe mencionar que no cualquier actuación de una parte a lo largo del iter contractual la hace parte y es un elemento que debe ser analizado caso a caso.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Existiendo diversas posibilidades al momento de fallar sobre la extensión de la cláusula arbitral a terceros, examinamos algunas sentencias que se manifiestan al respecto de las propuestas doctrinales ya expuestas.

1. LAUDO CAM ROL N° 2765-2016²⁹

Se resumen como hechos en esta sentencia que la Sociedad XX1 S.A. y el señor XX2, dedujeron demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato contra la Sociedad ZZ1 Limitada y su Sociedad Matriz ZZ2 S.A., invocando la cláusula arbitral contenida en un contrato de prestación de servicios, suscrito únicamente entre la Sociedad XX1 y la Sociedad ZZ1

Las demandadas opusieron excepción la falta de jurisdicción y competencia absoluta del Tribunal Arbitral, tanto respecto del demandante señor XX2, como de la demandada ZZ2, fundada en que el contrato que contenía la cláusula arbitral había sido suscrito únicamente por las sociedades XX1 y ZZ1, agregando que el señor XX2 y la sociedad ZZ2 serían terceros extraños a la misma, no pudiendo extenderse la cláusula arbitral a quienes no la han suscrito.

Por su parte, los demandantes afirmaron que la cláusula arbitral le era aplicable tanto al señor XX2 como a la sociedad ZZ2. En cuanto al señor XX2, señalaron que la cláusula arbitral debía extenderse a él, desde que el contrato en que se contiene la cláusula estipulaba una serie de derechos y obligaciones establecidas en su consideración y, asimismo, porque el señor XX2 sería la persona a través de la cual se prestarían los servicios contratados.

Respecto de la sociedad ZZ2 señalaron que por ser la matriz de la sociedad ZZ1, suscriptora del contrato, sería entonces la entidad con la que realmente se habría contratado, sin perjuicio de que apareciera suscribiendo el contrato una de sus filiales (sociedad ZZ1).

Así, la parte demandante invoca como argumentos para la extensión de la cláusula arbitral la estipulación en favor de un tercero, el levantamiento del velo corporativo, y la teoría del grupo de empresas.

²⁹ Laudo Arbitral del CAM Rol N° 2765-2016, dictado por Esteban Ovalle, Noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2018/SEP/docs/2765%20EOVALLE%20VF.pdf>.

El fallo se enfoca en verificar si en las hipótesis invocadas por el demandante el consentimiento está presente o no, porque tiene como premisa que la inclusión de esta parte no signataria sin su consentimiento infringe el *pacta sunt servanda* y el efecto relativo de los contratos.

Desde el considerando sexto al décimo se mencionan los modos de inclusión que en este texto denominamos “formalista”, con excepción del noveno que hace mención a la sucesión por causa de muerte.

El considerando décimo primero se refiere a la presunción o asentimiento tácito que “supone un tercero no signatario de un convenio arbitral que podría quedar vinculado al mismo si de su comportamiento se revela que su intención ha sido someterse a arbitraje. (...) este supuesto respeta el efecto relativo de los contratos, desde que el tercero manifiesta su voluntad en orden a asumir los efectos de la cláusula de manera tácita”³⁰.

El considerando décimo tercero se refiere a la teoría de los actos propios o el *estoppel* y “dice relación con un tercero que se ha beneficiado de un contrato que contiene una cláusula arbitral, no siendo admisible que con posterioridad se resista a que se le aplique la misma porque implicaría una contradicción respecto de sus propios actos (*non-venire contra factum proprium*). La extensión de la cláusula arbitral a este tercero no signatario se funda en la necesidad de un actuar coherente y consecuente, castigando el proceder contradictorio en base al principio de buena fe”³¹

Además, agrega que “Lo protegido son las legítimas expectativas que el actuar del no signatario genera en las partes del contrato. Así, habiéndose aprovechado del contrato no puede desdecirse de la obligación de concurrir a arbitraje arguyendo no ser signatario. Se ha postulado que la extensión de la cláusula arbitral a un tercero no signatario, fundada en estas razones, exige comprobar que el no signatario se benefició directamente del contrato no bastando un beneficio meramente indirecto, y para ello el beneficio debe tener relación directa con el contrato principal”³²

El considerando décimo quinto se refiere a la teoría del grupo de empresas, “podrían quedar todas o algunas de las sociedades afectas a un pacto arbitral, sin limitar su aplicación únicamente a la sociedad del grupo que la haya suscrito. Procedería por ejemplo, si han intervenido en la celebración,

³⁰ Laudo arbitral 2765-2016 Op., Cit. Considerando N°11

³¹ Laudo arbitral 2765-2016 Op., Cit. Considerando N°13.

³² Ibidem

ejecución, o terminación del negocio, de manera que se deduzca que su intención ha sido formar parte del pacto arbitral (...).³³

También hace referencia al fallo de Dow Chemicals y agrega que “(...) en esta hipótesis no existe una vulneración a la necesidad del consentimiento de todas las partes de una cláusula arbitral, por cuanto éste se presta de manera tácita: la sociedad no suscriptora debe haber participado activa e individualmente de alguna de las etapas del iter contractual y develarse que la intención común de las partes supone que la no signataria consintió o quiso formar parte del contrato, al menos de la cláusula arbitral”³⁴.

Finalmente, el considerando décimo séptimo plantea que “en consecuencia, en todos los casos expuestos precedentemente, en los que se ha extendido la aplicación de una cláusula arbitral a terceros no signatarios, no existe vulneración del pacta sunt servanda ni del efecto relativo de los contratos pues todas dichas hipótesis suponen que quienes son afectados por una cláusula arbitral han, ya explícita o tácitamente, ya en el acto de la suscripción de la cláusula o con posterioridad, ya de buena o mala fe, consentido de alguna manera en ella”³⁵.

El tribunal arbitral al fallar rechazó la excepción de falta de jurisdicción y competencia absoluta presentada en su contra, resolviéndose entonces que el señor XX2 sí era parte de la cláusula arbitral

Se dispuso que, aun no siendo signatario del contrato en que se contenía la cláusula arbitral, sí era parte de esta última. Se señaló que, por lo demás, el señor XX2, a través de sus propios actos manifestó su consentimiento en orden a aceptar dichas estipulaciones, al haber participado, no sólo de la negociación y celebración del contrato, sino también de su ejecución, asumiendo los derechos y obligaciones que en consideración a él se establecieron. Se resolvió que, en cualquier caso y conforme a los artículos 1560 y ss. del Código Civil, el señor XX2 era una genuina parte del contrato o al menos de su cláusula arbitral.

Este fallo deja de manifiesto que la extensión de la cláusula arbitral a terceros es posible y destacamos su relevancia práctica a efectos de reconocer y plasmar en el laudo distintas teorías y posibilidades que la doctrina ha aportado para llevar a cabo la extensión. Además se puede identificar la importancia del aspecto factico al momento de llevar a cabo la extensión, y como esto vinculado a

³³ Laudo arbitral 2765-2016 Op., Cit. Considerando N°15.

³⁴ Ibidem

³⁵ Laudo arbitral 2765-2016 Op., Cit. Considerando N°17

principios de justicia y equidad permiten sortear el obstáculo de la comparecencia cuando se parte desde la base de la estricta aplicación de la cláusula arbitral.

Sin embargo, nos parece que la sentencia podría haber establecido en mayor detalle el modo de realizar la extensión según alguna de las teorías que hemos planteado o que la misma sentencia toma en consideración, de tal modo, que habiendo fallado en base a la teoría de los actos propios, el juzgador no explica los presupuestos para la aplicación de tal teoría y solo se limita a mencionar que la extensión se da a propósito del resguardo a la buena fe y no como una sanción al dolo.

2. LAUDO CAM ROL N°1341-2011³⁶

Se resumen como hechos en esta sentencia que XX interpuso demanda en contra de ZZ, solicitando el pago de una suma de \$588.744.000, más intereses y costas, en razón de una pretendida estipulación a su favor contenida en un contrato de promesa de compraventa de acciones celebrado entre TR y ZZ. XX invoca la aplicación de una cláusula arbitral contemplada en la sección 15.10 del Contrato, argumentando que dicha cláusula sería plenamente eficaz a su respecto, en concordancia con lo señalado por la doctrina nacional y comparada.

ZZ opuso a la demanda de XX las excepciones de incompetencia del Tribunal Arbitral e ineptitud del libelo. ZZ alega que este Árbitro carece de competencia para conocer de la demanda interpuesta por XX, pues esta última ha invocado una cláusula arbitral contenida en un contrato del cual no es parte.

Expone en el considerando tercero que: “a diferencia de lo alegado por ZZ, las hipótesis de extensión aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia no se reducen únicamente a situaciones en que el tercero ha pasado a ocupar la posición jurídica de una de las partes originarias del contrato o comparte con ellas una misma estructura económica o empresarial. En efecto, la extensión de la cláusula arbitral también ha sido referida a terceros que reclaman un derecho sustantivo con fuente en el contrato principal, como ocurre precisamente en la estipulación a favor de otro”³⁷.

Hasta aquí el laudo reconoce algunos modos de extender la cláusula arbitral a terceros, como la subrogación procesal o la teoría del grupo de empresa y se enfoca en la estipulación en favor de

³⁶ Laudo Arbitral del CAM Rol N° 1341-2011, dictado por Enrique Barros Bourie, Agosto del 2011. Disponible en: <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2020/06/1341-EBARRO-VF.pdf>.

³⁷ Laudo Arbitral 1341-2011 Op., Cit., Considerando N°3

otro. Además, agrega que “el fundamento de esta interpretación radica en que el derecho del tercero tiene por fuente el contrato y no puede ser comprendido ni aplicado fuera del ámbito en que ha sido convenida la estipulación. En consecuencia, el ejercicio de ese derecho ha de sujetarse naturalmente a las mismas condiciones convenidas por las partes para el resto del negocio, incluyendo la aplicación de la cláusula arbitral, a menos que del mismo contrato se desprenda una intención inequívoca de las partes en el sentido contrario”³⁸.

El considerando quinto contiene la decisión del juez árbitro en torno a la determinación de si XX es o no un tercero y establece que “en consecuencia, este Árbitro estima que XX no es un tercero ajeno a la cláusula arbitral contenida en la sección 15.10, pues alega poseer un derecho sustantivo que tiene por fuente el mismo contrato al que dicha cláusula accede. Por esta razón, la excepción de incompetencia planteada por ZZ será rechazada”³⁹.

Esta sentencia sirve para demostrar dos cosas: la primera de ellas que la determinación de la calidad de tercero que tenga un sujeto en un caso particular es una exigencia probatoria y debe ser resuelta por el árbitro si es presentado ante él como una excepción de incompetencia, lo segundo, es que intentar extender la cláusula arbitral a terceros mediante la argumentación de la estipulación en favor de otro termina por transformarse en una búsqueda del consentimiento implícito que tenían las partes al momento de celebrar la estipulación.

Por último, destacamos que en el laudo el juez árbitro también reconoce la existencia de otros modos de extender la cláusula arbitral a terceros no signatarios, expresando que no solo consisten en los modos que planteamos como aquellos postulados por la doctrina que denominamos formalista en esta investigación.

En este fallo también puede identificarse, que el aspecto factico que subyace a la relación contractual, termina siendo relevante para la extensión de la cláusula y no puede ser ignorado, a pesar que el tercero tenga o no interés en ser incluido al arbitraje, puede ser incorporado por su participación con el fin de no llegar a resultados injustos por la aplicación estricta de la cláusula.

A pesar de lo anterior, creemos que la sentencia no se hace cargo de conceptos como la independencia de la cláusula arbitral o el principio competencia-competencia, ambos relevantes para

³⁸ Ídem

³⁹ Op., Cit. Laudo Arbitral del CAM Rol N° 1341-2011 Considerando N°5

el caso, ya que la fundamentación del juzgador es precisamente hacer suyos los principios modernos de la practica arbitral y extender la cláusula según su propia facultad como juez competente.

3. SENTENCIA CORTE SUPREMA ROL N°33.368-2020⁴⁰

En este caso la CS rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de una sentencia dictada por la CA de Santiago, que confirmó el fallo de primera instancia, que acogió una excepción de incompetencia deducida por el Banco Itaú, sustentada en la cláusula arbitral contenida en el contrato, cuya nulidad se pide.

El considerando quinto, sexto y séptimo de este fallo hacen referencia al principio competencia-competencia y la autonomía de la cláusula arbitral, al exponer que: “Consta de la cláusula vigésimo primera del contrato de arrendamiento cuya nulidad se solicita que las partes estipularon que: (...). De lo expuesto resulta indiscutible que las partes pactaron una cláusula compromisoria, radicando así la competencia para conocer de una demanda de nulidad o validez del contrato en un juez árbitro. Si bien el recurrente plantea que un árbitro no puede conocer de la nulidad de un contrato que contiene la fuente de la que emana de su competencia, su alegación se contrapone a dos principios que recoge la doctrina, conocidos como “Kompetenz-Kompetenz” y autonomía del convenio arbitral, los que comparten un objetivo común: dotar de máxima eficacia al procedimiento arbitral”⁴¹.

“Que el principio “Competencia-competencia” implica que debe ser el propio árbitro quien debe resolver los conflictos derivados del convenio arbitral, incluida la posible alegación de nulidad del contrato del cual puede formar parte el pacto arbitral y aun de este último, lo que se resume en la idea de que el árbitro tiene competencia para revisar su propia competencia.”⁴².

Refiriéndose al reconocimiento de este principio en nuestro país, señala que “la jurisprudencia normalmente permite que el árbitro pueda pronunciarse sobre la existencia o nulidad del contrato en que se inserta materialmente el pacto arbitral, pero no cuando lo que se discute es la existencia o nulidad del acuerdo arbitral mismo (...) Añade que debido a lo anterior se podría señalar que en el estadio arbitral domestico se reconoce este principio a medias (...)”⁴³

⁴⁰ Sentencia Corte Suprema Rol N°33.368-2020, Caratulado MORGADO CON ITAÚ CORPBANCA (O), Abril del 2020

⁴¹ Sentencia Corte Suprema Rol N°33.368-2020, Considerando N°5

⁴² Sentencia Corte Suprema Rol N°33.368-2020, Considerando N°6

⁴³ Ídem

Del mismo modo, el considerando séptimo hace referencia a lo planteado por la doctrina, “que sobre esta materia el profesor PATRICIO AYLWIN reconoce la autonomía de la convención de arbitraje, pues afirma que, aunque la convención de arbitraje supone otra relación jurídica, esto significa que no tiene los caracteres de un acto accesorio, destinado a seguir siempre la suerte de otro principal. Por el contrario, sostiene que la convención de arbitraje es un acto autónomo, que tiene existencia y validez por sí mismo, independientemente de la relación jurídica que ocasiona el litigio que se somete a juicio de árbitros (...)”⁴⁴.

Podemos desprender de esta sentencia la recogida y aplicación que han tenido estos principios del arbitraje en la práctica jurisprudencial de nuestro máximo tribunal, de cuya aplicación depende en ciertos casos la extensión de la cláusula arbitral a terceros, lo que se ve reflejada en la idea que la disputa sobre quien es parte o no en un arbitraje queda sujeta a la competencia del mismo tribunal arbitral, lo que fue detallado anteriormente⁴⁵.

Por último, el considerando octavo cierra la discusión sobre la autonomía de la cláusula arbitral y falla que: “(...) de lo expuesto es posible afirmar que la nulidad del acto jurídico que se impugna se refiere a la naturaleza del mismo, pero no se extiende a la cláusula arbitral contenida en él, y, como se ha venido analizando, dicha cláusula es un contrato autónomo, independiente de la relación jurídica o instrumento que la contiene, de manera que los supuestos vicios de los que podría adolecer el contrato de arrendamiento, no se extienden a la validez de la cláusula compromisoria, resultando ser competente para conocer de la acción intentada el juez arbitro”⁴⁶.

4. SENTENCIA CORTE SUPREMA ROL N°50.356-2020⁴⁷

En esta sentencia la CS invalidó de oficio la sentencia dictada por la CA de Santiago que revocó la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, dictando sentencia de reemplazo y acogiendo en lo apelado la de primera instancia.

Como hechos el considerando primero de la sentencia de reemplazo establece que “en el presente caso se ha deducido demanda de ineficacia por inexistencia en razón de la falta de consentimiento en la cláusula arbitral contenida en una “Orden de visita N° 11.859” suscrita el 18 de julio de 2013 por el

⁴⁴ Sentencia Corte Suprema Rol N°33.368-2020, Considerando N°7

⁴⁵ Supra, N° 26.

⁴⁶ Sentencia Corte Suprema Rol N°33.368-2020, Considerando N°7

⁴⁷ Sentencia Corte Suprema Rol N° 50.365-2020, Caratulado “OCQUETEAU MORENO DANIEL CON EL BARRIO PROPIEDADES S.A.(O)”, Mayo del 2020

demandante XX, y en subsidio, la de nulidad absoluta del mencionado documento por falta de un consentimiento eficaz, o bien, si aquellas fuesen rechazadas la nulidad relativa por existir fuerza o error. (...)”⁴⁸.

El análisis de esta sentencia dice relación con la importancia que tiene el consentimiento al momento de suscribir cláusulas arbitrales y como el consentimiento otorgado por las mismas partes en actos jurídicos distintos puede ser válido para extender o aplicar una cláusula arbitral.

“(…) Al efecto, tal como se indica en la sentencia de primera instancia⁴⁹, la orden de vista constituye la fuente de obligaciones y derechos para el corredor de propiedad y, en este caso, para el comprador del inmueble a que ella se refería, desde que prestó su consentimiento puro y simple con la firma estampada en el documento, a lo que siguió la celebración del contrato de compraventa el 11 de noviembre de 2014 (...)”⁵⁰

Segundo: “Que, el consentimiento así prestado en la orden de visita, incumbe necesariamente al contenido de la cláusula de arbitraje, cuyo alcance debe determinarse en relación al contrato de compraventa suscrito por el actor, y que es demostrativo de una de las hipótesis que al efecto contiene dicho documento. (...)”⁵¹

Tercero: “(…) Resulta así evidente que el demandante pretende, por la vía de sostener la falta de voluntad en la suscripción del acto, revisar el contenido e hipótesis de la mencionada cláusula arbitral, cuestión propia del ejercicio interpretativo de los contratos (...) sin embargo, cualquiera sea la estructura o nombre dado por los interesados a dicho acto, claramente no abarca únicamente una autorización de ingreso al inmueble, sino también al desarrollo de un servicio de corretaje de propiedades, todo lo cual fue aceptado por el demandante, tanto en cuanto al pago de la comisión por

⁴⁸ Sentencia de reemplazo, CS Rol N° 50.365-2020, Considerando N°1.

⁴⁹ Considerando N° 15 sentencia rol C-16281-2015 17° Juzgado Civil de Santiago. “Decimo Quinto: Que sin perjuicio que la existencia de tal documento no debe ser desconocida por el actor, por haber sido suscrito por él, no es menos ciertos que este niega su eficacia y por ende su alcance, cuestión que no deja de llamar la atención a esta falladora, puesto que el señor XX manifestó su voluntad de forma expresa a través de su firma puesta en la orden de vista, documento que por sus especiales características y clausulas, constituye como ya se esbozó, la fuente de obligaciones y derechos para el corredor y el comprador, aceptando con ella todas las declaraciones expresadas en el documento, incluidas principalmente la del pago para la comisión y el arbitraje para la solución de cualquier conflicto(...)”.

⁵⁰ Ídem, Sentencia de reemplazo, CS Rol N° 50.365-2020.

⁵¹ Sentencia de reemplazo, CS Rol N° 50.365-2020, Considerando N°2

intermediación que surge con la celebración del contrato de compraventa respectivo, como en cuanto a la cláusula arbitral.(...)”⁵².

De este fallo se desprende que el consentimiento es un factor relevante en determinar si una persona es o no parte de un arbitraje, y que del consentimiento tácito o explícito que pueda manifestar en otros actos jurídicos podría ser eventualmente incluido en un juicio arbitral.

Como mencionamos al principio, las modernas prácticas comerciales de la actualidad incluyen una serie de actos jurídicos y contratos que entrelazados o no, buscan cumplir o satisfacer intereses en los cuales comúnmente los interesados incluyen cláusulas arbitrales que solucionen de manera expedita los problemas suscitados entre distintas partes.

5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES OBSERVADOS

En el análisis de estas sentencias vemos la importancia que tiene la autonomía de la voluntad en el marco del arbitraje voluntario, tan así, que en todas las sentencias que hemos analizado el juez ha fallado a favor de mantener vigente o forzar el cumplimiento de la cláusula arbitral. En algunos casos para incluir a terceros no signatarios de la cláusula al arbitraje o hacer que aquellas que plantean la inexistencia de la cláusula sean parte del arbitraje.

Esto no es incompatible con la postura que defendemos, si bien la extrema rigidez de la aplicación o lectura de una cláusula arbitral puede llevar a resultados injustos, tampoco podemos ignorar el valor que tiene la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, precisamente por ser uno de los factores que *prima facie* configura la sede arbitral.

Dicho lo anterior, no podemos ignorar las diferencias que existen en las sentencias analizadas, de esta forma, las primeras dos corresponden a fallos dictados por jueces árbitros precisamente en casos donde lo que se busca es incorporar al arbitraje a un tercero no signatario y en ambas el criterio para admitir la inclusión es la situación material que subyace a la relación jurídica, usando distintos modos de los analizados en esta investigación, pero efectivos para cada caso.

Respecto a las sentencias de la CS, que el tribunal máximo reconozca y aplique plenamente los principios del arbitraje como el de competencia-competencia no es algo menor, porque deja

⁵² Sentencia de reemplazo, CS Rol N° 50.365-2020, Considerando N°3

establecida la posibilidad de que otros tribunales fallen en la misma línea y se mantenga un desarrollo jurisprudencial, nutrido de las ideas que reciben aplicación a nivel internacional.

Nuestra opinión al respecto, como adelantamos al inicio, es que es perfectamente posible la inclusión de terceros al arbitraje, y en aquellos casos donde se oponga el tercero, que recaiga en las facultades del árbitro el resolver sobre el estado de parte que pueda o no tener ese tercero. Tampoco se trata de ignorar por completo el contenido o alcance de la cláusula arbitral, pero si extender su aplicación para no dejar fuera de la sede arbitral a personas o entidades que en los hechos son partes de la relación jurídica que da lugar a la disputa.

Considerando lo anterior, parece ser que la formula para que el juzgador que se encuentre en una situación como la planteada en este texto, pueda extender la cláusula a terceros es la siguiente:

(1) Que exista una cláusula arbitral valida que dé lugar a la disputa arbitral; (2) Que exista en la disputa una persona, natural o jurídica, que no habiendo comparecido formalmente a la cláusula arbitral, tenga en los hechos relación con cualquiera de las partes que se enfrentan en el arbitraje ; (3) Que esta relación en los hechos sea significativa, en el entendido de que un posible fallo que en principio no lo involucra va a afectarle directamente - el pago de una indemnización a una empresas filial por ejemplo- ; (4) Que la parte que busca incorporar a este tercero pruebe la relación material que alega ; (5) Que como resultado de los pasos anteriores, el árbitro elija el modo que mas se acomode al caso para incorporar al tercero, es decir, no vamos a intentar aplicar el levantamiento del velo corporativo cuando el caso puede ser mejor resuelto por la teoría de los actos propios.

V. CONCLUSIONES

1. El desarrollo del arbitraje a nivel internacional como fuente por excelencia de resolución de conflictos para operaciones comerciales a gran escala ha hecho necesario el desarrollo de nuevas formas y teorías para asegurar la efectividad de las contiendas arbitrales.

2. En Chile, la dictación de la ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional ha permitido que algunos principios, teorías y propuestas doctrinales que surgieron a propósito del desarrollo del arbitraje internacional, tengan aplicación o un modo de aplicarse en el ordenamiento jurídico interno, especialmente la consagración del principio “kompetenz-kompetenz” y la autonomía de la cláusula arbitral.

3. Los efectos principales de la cláusula arbitral tal como la hemos entendido en este texto, es que aquellos con la calidad de partes se ven afectados por el laudo arbitral, y para su ejecución

deben recurrir a las normas procesales pertinentes, ya que aprovechamos para recordar, en Chile el juez árbitro no siempre está facultado para hacer ejecutar lo fallado y se debe recurrir por este punto a los tribunales ordinarios de justicia.

4. Si bien una parte de la doctrina que denominamos formalista plantea que la extensión de la cláusula arbitral sólo puede ser excepcional, no escapa del hecho que ciertas situaciones prácticas hacen necesaria su extensión para asegurar la efectividad del proceso arbitral y que por ello otra parte de la doctrina que denominamos no formalista ha propuesto maneras distintas de incluir a un tercero no signatario a la contienda arbitral.

5. Si bien existen diversos modos de extender la cláusula arbitral a terceros, nos hemos enfocado en esta investigación en la distinción entre terceros absolutos y relativos, la teoría del grupo de empresas, la teoría de los actos propios o estoppel y la teoría del levantamiento del velo corporativo, todas abarcadas con cierta detención para que los operadores jurídicos especializados tengan opciones con las cuales dar solución al problema de la terceraía

6. Como se aprecia del análisis jurisprudencial, parece haber en general una aceptación, explícita o por derivación de principios, tanto por parte de la Corte Suprema y los tribunales arbitrales de teorías y principios del arbitraje que fueron expuestas en esta investigación, la mayoría con mención a los casos en que procede una extensión a la cláusula arbitral, sus consecuencias y las motivaciones para llevarla a cabo. Además de poner sobre la mesa la importancia del consentimiento al tratarse de casos de arbitraje voluntario y el carácter contractual que suele tomar.

7. Creemos por lo anterior, que es perfectamente posible la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios en los casos que así sea menester y que tal extensión debe ser determinada por el juez arbitro competente, cobrando especial relevancia el principio “kompetenz-kompetenz”, tratándose desde la óptica de las partes una cuestión probatoria que debe ser presentada al árbitro de manera incidental.

BIBLIOGRAFÍA:

AYLWIN CHIORRINI, Andrés y ROJAS MIÑO, Irene. “Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídico laborales en el Derecho Comparado” En: Revista Ius Et Praxis, Universidad de Talca, Chile. Volumen 11, N°2, 2005. Páginas 197-225

AYLWIN, Patricio, El juicio arbitral, Editorial el imparcial, Santiago, 1943

BORDA, Alejandro. “La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina”, En: Venire contra factum proprium, Cuadernos de Extensión Jurídica N°18, CORRAL, Hernán (edit.), Universidad de los Andes, Chile, 2010. Páginas 35-55

CHOMALÍ, Juan Luis. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones, rol 10.171-2015: Revisitando la posibilidad de incluir terceros no signatarios a un arbitraje. En: Revista De Derecho Aplicado LLM UC. Santiago. 2021

LABBÉ, Juan Pablo. “La extensión del acuerdo de arbitraje a terceros aparentes en el arbitraje comercial internacional: Análisis de algunas teorías.” En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Chile, Volumen 25, N°2 2018. Páginas 201-236

LARREA, Ana María, “Comparecencia de terceros en un proceso Arbitral” En: Revista Jurídica. Facultad de Jurisprudencia y ciencias sociales y políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, Volumen 28, 2010. páginas 35 a 48

LÓPEZ DÍAZ, Patricia. La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica. LexisNexis, Santiago, 2003.

LYON PUELMA, Alberto. “Crítica a la doctrina del acto propio: ¿Sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?” En: Venire contra factum proprium, Cuadernos de Extensión Jurídica N°18, CORRAL, Hernán (edit.), Universidad de los Andes, Chile, 2010. Páginas 59-68 p. 62.

PARK, William, “Non-signatories and International Contracts: An arbitrator’s Dilemma” En: Public Law & Legal Theory, Boston University School of Law., Estados Unidos Paper N° 17-27, 2008. Páginas 2 – 43

ROMERO, Alejandro y DIAZ, José Ignacio, El arbitraje interno y comercial internacional, Editorial Lexisnexis, Santiago, Primera edición, 2007.

SINISTERRA PÁE, Laura. “Algunos apuntes sobre la teoría del grupo de compañías como fundamento para la extensión del pacto arbitral a no signatarios”. En: Revista de Derecho Privado. Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia. N°44, Volumen 2, 2010. Páginas 1-32

TALCIANI CORRAL, Hernán. “La raíz histórica del adagio “venire contra factum proprium non valet”, En: Venire contra factum proprium, Cuadernos de Extensión Jurídica N°18, CORRAL, Hernán (edit.), Universidad de los Andes, Chile, 2010. Páginas 19-33

VÁSQUEZ PALMA, María, Tratado de arbitraje en Chile arbitraje interno e internacional, Legal Publishing, Santiago, 2018.

Jurisprudencia Citada

Sentencia Corte Suprema Rol N°33.368-2020, Caratulado MORGADO CON ITAÚ CORPBANCA (O), Abril del 2020

Laudo Arbitral del CAM Rol N° 1341-2011, dictado por Enrique Barros Bourie, Agosto del 2011.

Sentencia Corte Suprema Rol N° 50.365-2020, Caratulado “OCQUETEAU MORENO DANIEL CON EL BARRIO PROPIEDADES S.A.(O)”, Mayo del 2020.

Laudo Arbitral del CAM Rol N° 2765-2016, dictado por Esteban Ovalle, Noviembre de 2017

Laudo Arbitral del CAM Rol N° 1341-2011, dictado por Enrique Barros Bourie, Agosto del 2011.