

---

# III Concurso de Investigación sobre Medios Alternativos de Solución de Conflictos CEDCA

1er lugar. Extensión del acuerdo arbitral al no-signatario.

Autor: Dickar Bonyuet Lee

Mención de honor: Obligaciones positivas de protección en el arbitraje de inversión. Autor: Manuel Andrés Casas

**C**omo ya se ha hecho costumbre, en el mes de junio de 2013 se llevó a cabo la premiación del III Concurso de Investigación del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), con el auspicio institucional de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Comité de Arbitraje de VenAmCham. Resultó galardonado en la categoría de profesionales en 1er lugar el trabajo titulado “Extensión del acuerdo arbitral al no-signatario”, presentado por el Abg. Dickar Bonyuet Lee. Se decidió otorgar mención de honor al trabajo del Abg. Manuel Andrés Casas: “Obligaciones positivas de protección en el arbitraje de inversión. Se declaró desierto el premio en la categoría de estudiantes.

Los abogados Luis Guillermo Govea, Ramón Alvins, Carlos Eduardo Acedo, Víctor Hugo Guerra, Luis Fraga Pittaluga y Pedro Planchart Pocaterra fueron los miembros del jurado calificador. En las líneas siguientes se resume, en breve reseña, el contenido esencial de los trabajos ganadores. El concurso constituye una simple muestra del compromiso del CEDCA para seguir impulsando la labor de aquellos que dedican su tiempo a nutrir este campo de la ciencia jurídica.

## **1.1er lugar. Extensión del acuerdo arbitral al no-signatario.**

**Autor: Dickar Bonyuet Lee**

El trabajo galardonado con el 1er lugar del Concurso, tiene como eje central el tema de la extensión del acuerdo arbitral a terceros no signatarios, el cual es abordado desde dos aspectos:

- > Desarrollo doctrinario y teórico del tema;
- > Estudio casuístico, orientado a examinar el tratamiento jurisprudencial (extranjero) de esta problemática.

Primeramente, el autor inicia reconociendo el carácter contractual del acuerdo arbitral, lo cual conduce a afirmar, sin lugar a dudas, la obligatoriedad de su cumplimiento por parte de los signatarios. No obstante, ese mismo nivel de certeza no lo alcanza la postura de quienes sostiene la posibilidad de extender ese

acuerdo a partes que no sean firmantes del mismo. Esas partes, que nominalmente pueden ser terceros, pueden actuar en un proceso en virtud de un acuerdo arbitral, pese a no ser nombrados o designados en el contrato principal, ni en el acuerdo de arbitraje.

Al entender que este asunto revela a una naturaleza sustantiva, y no adjetiva, los árbitros, frente a la ausencia de determinación del derecho aplicable al acuerdo arbitral, suelen dar respuesta a la extensión del acuerdo arbitral a terceros acudiendo a lo establecido en el derecho del foro (lugar del arbitraje).

Atendiendo a la existencia o no del consentimiento del no-signatario de someterse al arbitraje, y a las implicaciones de la conducta contractual de los intervinientes en la relación jurídica, se puede subsumir el tratamiento que los diversos ordenamientos jurídicos del mundo le otorgan a esta temática en alguna de las teorías que se describen a continuación:

**1. Aceptación tácita o consentimiento implícito:** partiendo del grado de intervención del tercero en el contrato principal o de su cercanía con los signatarios, se colige la aceptación tácita o presunta del acuerdo arbitral. Jurisprudencialmente se ha entendido que entre las acciones que hacen presumir esta aceptación se encuentran:

- > La participación directa en las negociaciones del contrato principal,
- > La ejecución de los pagos con motivo de dicho acuerdo,
- > La identidad de responsables de ambas empresas, entre otras.

**2. Alter ego o levantamiento del velo corporativo:** basándose en razones de equidad, se alega la vinculación del no-signatario al contrato, dado que la cercanía con una de las partes testimonia sobre la existencia de una unidad de titularidad e intereses, y cuya separación jurídica formal podría obedecer a fines fraudulentos. A través del levantamiento del velo

---

corporativo se cesa la separación legal, y se descubre la unidad material solapada entre las empresas, con lo cual ambas se consideran firmantes del acuerdo arbitral.

3. Grupo societario: implica analizar un grupo de sociedades, y descifrar su actuación como una unidad económica única, lo cual favorecería la extensión del acuerdo a todas las empresas que lo conforman, independientemente de que sólo una de ellas lo haya firmado, siendo que exhibieron un rol relevante en la celebración, ejecución o rescisión del convenio principal.

4. Estoppel o teoría de los actos propios: teniendo la buena fe como fundamento, esta teoría señala la posibilidad de que el tercero no-signatario pueda invocar a su favor lo establecido en el acuerdo arbitral, con base en que la contraparte, firmante del contrato, tiene prohibido contrariar su conducta previa desconociendo el contenido del acuerdo de arbitraje, invocando la no participación del tercero en su concreción.

Ahora bien, a fin de dar una visión un tanto más práctica al tema y observar el tratamiento jurisprudencial que se le ha dado, se pasa a revisar el Caso *Dallah Vs. Gobierno de Pakistán* (en lo adelante el Gobierno); donde, por una parte, se tienen a los tres niveles de la Cortes de Reino Unido negándose a reconocer el laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), sobre la base de la falta de intervención del Gobierno en el acuerdo arbitral, y por la otra, la Corte de Apelaciones de París que, fundado en los mismo hechos, dictaminó en sentido contrario.

## HECHOS PRINCIPALES

En 1995 la compañía *Dallah* y el Gobierno firmaron un Memorándum de Entendimiento para emprender un proyecto para prestación de servicios de alojamiento de peregrinos. Al año siguiente el Gobierno promulga las Ordenanzas Nros VII, XLIX y LXXXI donde se crea un Trust, y se perpetua su continuidad. Es con ese Trust que *Dallah* firma en 1996 un Convenio para la provisión de viviendas para los peregrinos, bajo las condiciones negociadas con el Gobierno. Asimismo, en dicho pacto se incluía una cláusula arbitral que fijaba como competente a la CCI en París, pero no demarcaba el derecho aplicable.

En 1998 cesa la existencia del Trust, y *Dallah* invoca la cláusula arbitral contra el Gobierno, lo cual da como resultado tres Laudos Arbitrales:

- > En el primero de ellos se declara que el Gobierno se debía someter al arbitraje como alter ego del Trust,
- > En el segundo laudo parcial se centran en el tema de la responsabilidad del Gobierno.
- > Y el último dictamen arbitral, se condena al Gobierno a un pago pecuniario a favor de *Dallah*.

## CORTES DE REINO UNIDO Y CORTE DE APELACIONES DE PARÍS

Ante la solicitud de ejecución del laudo en Reino Unido, el Gobierno solicita a la Corte Superior anular la orden de ejecución alegando que Pakistán no era parte de los Convenios sino el Trust, siendo ambos entes jurídicos independientes, y que la validez del arbitraje debía ser revisada por la jurisdicción del Estado donde fue dictado, a saber, Francia.

Los tribunales de Reino Unido se negaron a ejecutar el laudo a favor de *Dallah*, alegando que el Gobierno no era parte signataria del Convenio y por ende no se encontraba obligado por el acuerdo de arbitraje, a tenor de la legislación del lugar donde fue dictado el laudo. Con base en estas decisiones favorables, el Gobierno solicita a la Corte de Apelaciones de París la anulación de los laudos arbitrales.

De cara a esta demanda, la Corte entra a analizar si el Gobierno era verdaderamente o no parte del Convenio, y arriba a la conclusión de que si se atiende al actuar del Gobierno en las etapas pre-contractuales, y a la participación activa del mismo durante toda la ejecución, se debe afirmar necesariamente que la intención del Gobierno era la de ser una parte dentro de la transacción económica, afirmando que la creación del Trust era un mero formalismo. Por tanto, desestima la solicitud del Gobierno y emite una sentencia condenatoria en su contra.

El autor del trabajo descrito estima que lo que lleva a ambas jurisdicciones a decisiones opuestas es la forma de interpretación del test de intención, siendo que la de Reino Unido exigía como única prueba la manifestación expresa del Gobierno de afirmar su vinculación al arbitraje, y la de Francia, tomando una posición más liberal, tomó en cuenta factores contextuales relacionados al acuerdo arbitral y al convenio inicial.

## II. Mención de honor: Obligaciones positivas de protección en el arbitraje de inversión.

**Autor: Manuel Andrés Casas.**

Como es ampliamente conocido, los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (TBIs) constituyen mecanismos encuadrables dentro del Derecho Internacional Público, usados por los Estados para incentivar la inversión extranjera por medio del ofrecimiento de un conglomerado de garantías jurídicas de protección de dichas inversiones; siendo común que las controversias surgidas de estos escenarios se diluciden frente a tribunales arbitrales.

La obligación principal que posee el Estado en este tipo de acuerdos es de carácter negativo, es decir, de abstenerse de realizar acciones que puedan lesionar las inversiones circunscritas en el Tratado.

---

Sin embargo, esa inhibición se ve completada con un compromiso de orden positivo que es la de brindar plena protección y seguridad física a las propiedades de los inversionistas extranjeros, frente a acciones de terceras personas.

Esta dualidad de obligaciones contenida en los TBIs es lo que invita al autor del trabajo premiado con la mención honorífica a asimilarlos con los Convenios sobre Derechos Humanos, planteándose así la interrogante sobre la posibilidad de establecer un diálogo jurisprudencial entre los tribunales de la CIADI y la Corte Europea de Derechos Humanos (CrEDH), siendo que ambas instancias se enfrentan a la dilucidación de casos donde el Estado asume obligaciones que perfilan un carácter positivo y negativo al mismo tiempo.

La temática planteada, es abordada por el autor desde tres niveles fundamentales:

- > El primero, basado en el análisis de las obligaciones positivas de protección en el Derecho Internacional en general y en el arbitraje de inversión;
- > El segundo, centrado en el tratamiento que la CrEDH ha dado a las obligaciones positivas de protección;
- > Y por último, un examen sobre la posibilidad de establecer el mencionado diálogo jurisprudencial entre ambos organismos.

En este sentido, luego de la revisión de casos emblemáticos en la materia como el *Asian Agricultural Products Ltd. Vs Sri Lanka*, el *American Manufacturing & Trading, Inc. Vs República del Zaire*, *Wena Hotels Ltd. Vs República Árabe de Egipto*, entre otros; se concluye que las obligaciones positivas de protección simbolizan obligaciones de medios y no de resultados, por lo cual no configuran un supuesto de responsabilidad objetiva para el Estado receptor de la inversión. Asimismo, se erigen como patrones de protección absolutos que deben analizarse con independencia de los ofrecidos a otros inversionistas, y a través de estándares calificados de debida diligencia que supera al modelo normal desarrollado por el derecho internacional general.

Ahora bien, con relación al tratamiento otorgado por la CrEDH a las obligaciones positivas de protección, resulta insoslayable detenerse en los criterios que ha desarrollado para demarcar su alcance y naturaleza, siendo posible agruparlos en dos grandes categorías:

1. Obligación positiva de adaptación legislativa: la Corte plantea que la principal obligación que recae en cabeza del Estado es la de garantizar la vigencia de los derechos prescritos en la Convención Europea, mediante al adaptación de su ordenamiento jurídico a los estándares ahí desarrollados.

2. Determinación del conocimiento Estatal de la amenaza o afectación: la Corte ha generado varias pautas para lograr determinar el momento preciso en el que surge efectivamente el deber del Estado de satisfacer esa obligación positiva; siendo esos criterios los siguientes: a) cuando es informado sobre la situación de riesgo o amenaza; b) cuando está al tanto de la existencia de acciones generalizadas de terceros que ponen en riesgo los intereses de los inversionistas; c) cuando sabe que la actuación de particulares presenta riesgos que le son conexos; d) cuando entiende que una práctica puede ser peligrosa, con base en experiencias similares anteriormente desarrolladas.

### **POSIBILIDAD DE DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL**

A fin de comprobar la posibilidad de “exportar” ciertos criterios empleados por la CrEDH para establecer el alcance de las obligaciones positivas nacidas en el marco de los TBIs, se requiere iniciar descartando los criterios que son comunes entre ambos organismos, y aquellos que chocan con la naturaleza fundamental de la CIADI, y por tanto no serían adaptables.

Es por ello que se considera que los criterios que plausiblemente pueden ser objeto de diálogo jurisprudencial, son aquellos relativos al conocimiento por parte del Estado de una afectación o situación de riesgo. Es así como el autor no duda en ratificar la posibilidad de aplicar el criterio relativo al conocimiento contextual por experiencias previas o comparadas en el marco del arbitraje de inversión.

Sin embargo, juzga dificultosa la concreción de este diálogo jurisprudencial, basado en el carácter vago de estas obligaciones positivas, en su escaso tratamiento doctrinario y en la aversión de instituciones jurisdiccionales a precisar su alcance y naturaleza.

Por último, cierra su análisis atribuyendo estos obstáculos a la marcada medida que han mostrado las instituciones jurisdiccionales internacionales, al momento de bosquejar los supuestos que, materializados en la realidad, son generadores de responsabilidad estatal. Eso obra en contra de la seguridad jurídica, puesto que los particulares no tienen certeza de las situaciones en las cuales pueden obtener un dictamen favorable frente al Estado, en un caso de arbitraje de inversión o en un supuesto donde se controvierta un tema relativo a los Derechos Humanos.

Cindy Di Felice  
Dirección de Análisis e Información