¿Debemos ir más lejos en la "*extensión*" del convenio arbitral a los no signatarios? Una perspectiva francesa

Alexis Mourre* y Valentine Chessa**

Principia No. 11–2024 pp. 77-91

Resumen: El presente artículo analiza el enfoque francés sobre la extensión del convenio arbitral a no signatarios, a propósito del caso Kabab-Ji c. Kout Food. Desde una perspectiva doctrinal y comparada, se explica cómo la jurisprudencia francesa –siguiendo la línea de Dow Chemical– privilegia la eficacia del arbitraje mediante una interpretación autónoma del convenio y la presunción de consentimiento derivada de la participación en el contrato principal. Este método, basado en las règles matérielles, contrasta con la posición inglesa, más formalista y dependiente del consentimiento contractual expreso.

Abstract: This article analyzes the French approach to the extension of the arbitration agreement to non-signatories, with reference to the *Kabab-Ji v. Kout Food* case. From a doctrinal and comparative perspective, it explains how French jurisprudence–following the line established in *Dow Chemical*–favors the effectiveness of arbitration through an autonomous interpretation of the agreement and a presumption of consent derived from participation in the main contract. This method, based on the *règles matérielles*, contrasts with the English approach, which is more formalistic and dependent on express contractual consent.

Palabras Claves: Arbitraje internacional | Extensión del convenio arbitral | No signatarios.

Keywords: International Arbitration | Extension of the Arbitration Agreement | Non-Signatories.

* Socio fundador, Mourre Chessa Le Lay Arbitration.
** Socia fundadora, Mourre Chessa Le Lay Arbitration.

Sumario: I. Introducción, II. El caso Kout Food, III. ¿De dónde viene la aplicación del derecho francés?, IV. ¿Una validez y eficacia propias?, V. Requisito de consentimiento?, VI. Paradojas y malentendidos

I. Introducción

Con la reciente decisión en el caso *Kabab-Ji c. Kout Food*[1], las cortes francesas han ofrecido un nuevo ejemplo de la visión francesa sobre la separabilidad del convenio arbitral y su "*extensión*" a no signatarios basada en la presunción de consentimiento derivada de su participación en la negociación o en la ejecución del contrato principal. Este caso –que una vez más[2] resultó en decisiones opuestas en Francia y el Reino Unido– proporciona una bienvenida oportunidad para reflexionar sobre la naturaleza de los principios establecidos por el derecho francés y sobre algunos de los malentendidos que aun rodean su aplicación.

II. El caso Kout Food

Kabab-Ji SAL ("Kabab-Ji") es una compañía libanesa que opera una cadena de restaurantes de comida libanesa y del medio oriente. En 2001, Kabab-Ji firmó un Acuerdo de Desarrollo de Franquicia ("FDA") con la compañía Kuwaití Al-Homaizi Foodstuff Company ("AHFC"), según el cual AHFC operaría restaurantes bajo la franquicia Kabab-Ji por diez años. La apertura de cada local de la franquicia requería que las partes suscribieran un contrato específico. El FDA contenía una "*No oral modification clause*" que determinaba que el contrato sólo podía ser modificado por escrito. También especificaba que la ley aplicable sería la ley inglesa y contenía un convenio arbitral estipulando la aplicación de las reglas arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI") y la sede en París.

Luego de la restructuración de AHFC, se estableció una nueva compañía holding llamada Kout Food Group ("KFG"). Kabab-Ji aceptó la creación de KFG, en la medida en que ello no afectase los términos y condiciones de los acuerdos suscritos con AHFC. KFG no remplazó formalmente AHFC como parte contratante, pero asumió algunas de las obligaciones de ésta última bajo el FDA, como las de designar al personal y gestionar los restaurantes. Al hacer esto, KFG no expresó formalmente su volun-

[1] Corte de Apelación de París, 23 de junio de 2020, n° 17/22943, Kout Food Group c. Kabab-Ji, JDI, n° 1, enero de 2021, p. 151, nota J. B. Racine; Corte de Casación francesa, 28 de septiembre de 2022, n° K20-20.260, Kout Food Group c. Kabab-Ji.

[2] Como ocurrió previamente en la saga Dallah: Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, 20 de julio de 2009, Dallah Real State and Tourism Holding Company c. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan, [2009] EWCA 755; Corte Suprema del Reino Unido, 3 de noviembre de 2010, Dallah Real State and Tourism Holding Company c. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan, [2010] UKSC 46; Corte de Apelación de París, 17 de febrero de 2011, Government of Pakistan – The Ministry of Religious Affairs c. Dallah Real State and Tourism Holding Company.

tad de adherirse al FDA, pero tampoco formuló reserva alguna al respecto. El plazo del FDA concluyó y las partes no llegaron a un acuerdo para renovarlo, lo cual condujo a Kabab-Ji a iniciar un arbitraje por resolución abusiva. Kabab-Ji decidió presentar su solicitud de arbitraje sólo contra KFG, y no contra AHFC. KFG objetó no ser parte del FDA y tener ninguna obligación en base al convenio arbitral contenido en dicho contrato.

El tribunal arbitral eventualmente decidió que KFG había devenido como parte del FDA y del convenio arbitral. Al hacerlo, el tribunal arbitral aplicó la ley francesa. El razonamiento del tribunal arbitral se basó en la participación de KFG en la ejecución del FDA. Por lo tanto, el tribunal arbitral entró a conocer el litigio en cuanto al fondo y dictó un laudo en contra de KFG.

En este punto, Kabab-Ji intentó ejecutar el laudo en el Reino Unido, mientras que KFG inició un procedimiento de anulación en Francia.

En tanto que la ejecución del laudo fue denegada en el Reino Unido[3], las cortes francesas se negaron a anular el laudo. La Corte de Apelación de París, en síntesis, decidió que:

i. La competencia del tribunal arbitral se debe establecer con base en todos los elementos fácticos y legales que permitan determinar el alcance del convenio arbitral;

ii. Según una regla material del arbitraje internacional, la existencia y validez del convenio arbitral es legalmente independiente del contrato subyacente en el que se encuentra contenida;

iii. El tribunal arbitral correctamente aplicó la ley francesa, siendo la ley de la sede, para decidir sobre su propia competencia;

iv. La existencia y validez del convenio arbitral debe ser analizada por el juez sin referirse a ninguna ley nacional, basándose en la intención de las partes y las circunstancias del caso;

v. El hecho de que el FDA estuviera sometido a Derecho inglés y su cláusula de "*No oral modification*" son insuficientes para establecer la intención de las partes de someter el convenio arbitral a la ley inglesa, o para apartarse de las reglas aplicables en la sede escogida por las partes; y, finalmente,

vi. Un convenio arbitral internacional:

"a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle et leurs activités

[3] Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, 18 de junio de 2020, [2020] EWCA Civ. 6; Corte Suprema del Reino Unido, 27 de octubre de 2021, [2021] UKSC 48.

font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage dont elles connaissent l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait"[4].

El 28 de septiembre de 2022, la Corte de Casación francesa[5] confirmó la decisión de la Corte de Apelación de París y declaró que:

> "7. en vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficacité s'apprécient sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique, á moins que les parties aient expressément soumis la validité et les effets de la convention d'arbitrage elle-même à une telle loi.
>
> 8. Ayant souverainement retenu que le choix du droit anglais comme loi régissant les contrats ainsi que la stipulation selon laquelle il était interdit aux arbitres d'appliquer des règles qui contrediraient les contrats, ne suffisaient pas à établir la commune volonté des parties de soumettre l'efficacité de la convention d'arbitrage au droit anglais, par dérogation aux règles matérielles du siège de l'arbitrage expressément désigné par les contrats, et que la société KFG ne rapportait la preuve d'aucune circonstance de nature à établir de manière non équivoque la volonté commune des parties de désigner le droit anglais comme régissant l'efficacité, le transfert ou l'extension de la clause compromissoire, la cour d'appel a, sans dénaturation, légalement justifié sa décision d'apprécier l'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage, non pas au regard du droit anglais, mais au regard des règles matérielles du droit français en matière d'arbitrage international"[6].

---

[4] Traducción libre: "tiene una validez y eficacia propia, tal que la cláusula se debe extender a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en cualquiera de las disputas que puedan surgir del mismo, siempre que se determine que su posición contractual y sus actividades hagan presumir que aceptaron la cláusula arbitral, cuya existencia y alcance conocían, aunque no fueran signatarias del contrato que contenía dicha cláusula arbitral".

[5] Corte de Casación francesa, 28 de septiembre de 2022, n° K20-20.260, Kout Food Group c. Kabab-Ji.

[6] Traducción libre: "7. En virtud de una regla material del derecho de arbitraje internacional, la cláusula compromisoria es legalmente independiente del contrato principal que la contiene directamente o por referencia, y su existencia y eficacia se aprecian, bajo las reglas imperativas del derecho francés y del orden público internacional, según la común voluntad de las partes, sin que sea necesario referirse a una ley estatal, a menos que las partes hayan sometido expresamente la validez y los efectos de la propia cláusula arbitral a tal ley estatal.

8. Habiendo considerado que la elección de la ley inglesa como ley aplicable a los contratos, así como la cláusula según la cual los árbitros estaban impedidos de aplicar reglas que contradigan los contratos, no fueron suficientes para establecer la voluntad común de las partes de someter la eficacia del convenio arbitral al Derecho inglés, en derogación de las reglas materiales de la sede del arbitraje expresamente designada en los contratos, y que KFG no aportó la prueba de ninguna circunstancia que permitiera establecer de manera inequívoca la voluntad común de las partes de designar al Derecho inglés como rectora de la eficacia, la transferencia o la extensión de la cláusula arbitral, la Corte de Apelación, sin incurrir en desnaturalización, justificó legalmente su decisión de valorar la existencia y eficacia del convenio arbitral, no a la luz del Dere-

III. ¿De dónde viene la aplicación del derecho francés?

A primera vista, este resultado puede parecer extraño. Estamos frente a un contrato sometido a Derecho inglés, que prevé que toda modificación al mismo debe constar por escrito y, sin embargo, se decidió que una parte había consentido implícitamente al convenio arbitral con base en las reglas del derecho francés. Para poder entender este resultado es necesario hacer un breve repaso histórico de la evolución del derecho francés al respecto.

El marco legal francés sobre el consentimiento implícito está basado conceptualmente en una construcción de la jurisprudencia relativa a la separabilidad del convenio arbitral. La primera decisión emblemática fue en *Gosset*[7], en el que la Corte de Casación estableció el principio de que, en un contexto internacional, el convenio arbitral es legalmente autónomo respecto del contrato que lo contiene. Por tanto, según este mecanismo, la invalidez o nulidad del contrato principal no afectaría la validez del convenio arbitral, y los árbitros mantendrían su competencia (*compétence-compétence*) para decidir la disputa independientemente de que se alegue la nulidad del contrato. Este principio fue reafirmado y desarrollado en *Dalico*[8], así como en subsiguientes decisiones de la Corte de Casación, tales como en *Uni-Kod*[9].

La jurisprudencia luego evolucionó con el objetivo de evitar la aplicación de disposiciones legales nacionales que limitasen la posibilidad de las partes para acordar convenios arbitrales antes de que

cho inglés, sino de acuerdo con las reglas materiales del derecho francés en materia de arbitraje internacional".

[7] Corte de Casación francesa, 1° civ., 7 de mayo de 1963, Ets Raymond Gosset c. Carapelli, JDI, 1964, p. 83, nota de J. Bredin; JCP, 1963, t. II 13405, nota de B. Goldman; Bull. Civ., 1963, p. 545, nota de J. Robert; RCDIP, 1963, p. 615, nota de H. Motulsky; Rev. Arb., 1963, p. 60, nota de Ph. Francescakis. Publicado también en Écrits. Ètudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz Jur., 1974, t. II, p. 340.

[8] Corte de Casación francesa, 1° civ., 20 de diciembre de 1993, Municipalité de Khoms El Mergeb c. Dalico, Rev. Arb., 1994, p. 116, nota de H. Gaudement-Tallon; JDI, 1994, p. 432, nota de E. Gaillard y p. 690, nota de E. Loquin; RCDIP, 1994, p. 663, nota de P. Mayer. La Corte decidió que: "Mais attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique" (Traducción libre: "Pero considerando que, en virtud de una regla material del derecho internacional del arbitraje, la cláusula arbitral es legalmente independiente del contrato principal en el que está incluida o al cual se refiere y, en la medida en que no se afecte ninguna regla imperativa de derecho francés o del orden público internacional, su existencia y validez depende de la común voluntad de las partes, sin que sea necesario referirse a una ley estatal").

[9] Corte de Casación francesa, 1° civ., 30 de marzo de 2004, Société Uni-Kod c. Société Ouralkali, RTD, 2004, p. 443, nota de E. Loquin; JCP, 2004, 10132, nota de G. Chabot; Rev. Arb., 2005, p. 959, nota de Ch. Seraglini; JDI, 2006, p. 126, nota de S. Bollée.

surgiera la disputa. En *Galakis*[10], la Corte de Casación estableció una regla sustantiva (*règle matérielle*) según la cual la prohibición impuesta a las entidades públicas para suscribir convenios arbitrales sólo aplicaba para los arbitrajes domésticos y no para el arbitraje internacional[11]. El principio de que el convenio arbitral es totalmente autónomo, tanto respecto del contrato principal como de cualquier ley aplicable, fue confirmado por la misma corte en *Hecht*[12], y por la Corte de Apelación de París en *Menicucci*[13]. Los decretos de 1980[14], 1981[15] y 2011[16], que han reformado el arbitraje francés, han codificado esta jurisprudencia.

La aplicación de estos principios a la cuestión de saber si una parte no signataria puede verse obligada por un convenio arbitral, y en qué condiciones, es lo que ha dado origen a la jurisprudencia sobre la que se basan las decisiones judiciales en *Kout Food*. En *Dow Chemical*[17], la Corte de Apelación de París decidió, por la primera vez, en el marco de un grupo de compañías, que podía determinarse que un no signatario había aceptado implícitamente un convenio arbitral con base en su comportamiento. Desde entonces, varias decisiones consideraron a no signatarios como partes del convenio arbitral con base en su participación en la negociación o en la ejecución del contrato principal[18]. La regla así es-

[10] Corte de Casación francesa, 1° civ., 2 de mayo de 1966, Trésor public c. Galakis, JCP, 1966, n° 14, p. 798, nota de P. Ligneau; JDI, 1966, p. 648, nota de P. Level; RCDIP, 1967, p. 553, nota de B. Goldman; Dalloz Jur., 1966, p. 575, nota de J. Robert.

[11] Como explican Fouchard, Gaillard y Goldman, en este caso, la Corte Suprema francesa "abandonó el método de conflicto de leyes" para evaluar la validez de la cláusula arbitral. E. Gaillard and J. Savage (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, p. 319.

[12] Corte de Casación francesa, 1° civ., 4 de julio de 1972, Hecht c. Société Buisman's, RCDIP, 1974, p. 82, nota de P. Level; JDI, 1972, p. 843, nota de B. Oppetit; Ph. Francescakis, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire, après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation", Rev. Arb., 1974, p. 89.

[13] Corte de Apelación de París, 13 de diciembre de 1975, Menicucci c. Mahieux, JDI, 1977, p. 106, nota de E. Loquin; Rev. Arb., 1977, p. 147, nota de Ph. Fouchard; RCDIP, 1976, p. 506, nota de B. Oppetit.

[14] Artículo 18 del Decreto n° 80-354 del 14 de mayo de 1980, aplicable al arbitrage doméstico: "Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence". (Traducción libre: "Cuando una disputa que ha sido atribuida a un tribunal arbitral en virtud de una convención de arbitraje es interpuesta ante una corte estatal, esta debe declararse incompetente. Si el tribunal arbitral no ha sido aún constituido, la corte también debe declararse incompetente salvo que el convenio arbitral sea manifiestamente inválido. En ambos casos, la corte no declarará de oficio que carece de competencia").

[15] Artículo 1458 del Decreto n° 81-500 del 12 de mayo de 1981, aplicable al arbitraje internacional, el cual contiene el mismo texto que el Artículo 18 del Decreto n° 80-354.

[16] Decreto n° 2011-48 del 13 de enero de 2011.

[17] Corte de Apelación de París, 21 de octubre de 1983, Société Isover-Saint-Gobain c. Sociétés Dow Chemical et autres, Rev. Arb., 1984, p. 98.

[18] Corte de Apelación de París, 20 de abril de 1988, Société Clark International Finance c. Société Sud Matériel Service et autre, Rev. Arb., 1988, p. 557; Corte de Apelación de París, 14 de febrero de 1989,

tablecida, tal como fue formulada por la Corte de Casación en *ABS*[19], es que: "*l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter*"[20].

IV. ¿Una validez y eficacia propias?

Es de destacar que un año antes de *ABS*, la Corte de Casación utilizó un lenguaje diferente en *Jules Verne*[21] al referirse al "*principio de validez*" del convenio arbitral en vez de a una "*validez y eficacia propias*". Como notaron algunos autores[22], este lenguaje no puede interpretarse en el sentido de que cualquier convenio arbitral deba, por principio, considerarse válido. Ello no tendría sentido pues el convenio arbitral, como cualquier otro acuerdo, no puede ser válido *in abstracto*. Más bien, el lenguaje utilizado en *ABS* y *Jules Verne* debe interpretarse de la misma manera, es decir, en el sentido de que el convenio arbitral está sujeto a un régimen legal propio, diferente del régimen aplicable al contrato principal. Esto es lo que los tribunales franceses decidieron en *Kout Food*[23].

La idea de un régimen legal autónomo del convenio arbitral tiene profundas implicaciones, que no siempre han sido bien comprendidas. El convenio arbitral, de hecho, no solo está sometido a un régimen legal propio, distinto del aplicable al contrato principal – consecuencia del principio de completa autonomía establecido por la jurisprudencia francesa desde *Gosset* y *Galakis* -, sino que, además, dicho régimen legal tiene una naturaleza específica, diferente de la del derecho común de los contratos, pues es de naturaleza doble, tanto sustantiva como procesal.

El convenio arbitral, como cualquier otro contrato, tiene un régimen sustan-

Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co ltd et autres, Rev. Arb., 1989, p. 691; Corte de Apelación de París, 28 de noviembre de 1989, Compagnie tunisienne de navigation (Cotunav) c. Société Comptoir commercial André, Rev. Arb., 1990, p. 675.

[19] Corte de Casación francesa, 1° civ., 27 de marzo de 2007, Alcatel Business Systems (ABS) c. société Amkor Technology et autres, Rev. Arb., 2007, p. 785.

[20] Traducción libre: "el efecto de la cláusula de arbitraje internacional se extiende a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y los litigios que puedan resultar del mismo".

[21] Corte de Casación francesa, 1° civ., 7 de junio de 2006, Copropriété maritime Jules Verne et autre c. American Bureau of Shipping et autre, Rev. Arb., 2006, p. 945, nota de E. Gaillard; JDI, 2006, p. 1384, nota de A. Mourre; JCP, 2006, I, 187, n° 7, p. 2100, nota de Ch. Seraglini.

[22] C. Seraglini y J. Ortscheidt, Droit de L'Arbitrage Interne et International, LGDJ, 2019, 2da Ed., p. 546.

[23] Corte de Apelación de París, 23 de junio de 2020, ibid.: "Mais, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle et leurs activités font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait." (Traducción libre: "Sin embargo, la cláusula arbitral contenida en un contrato internacional tiene una validez y eficacia propias, de tal manera que debe extenderse a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que puedan resultar del mismo, en la medida en que se establezca que su situación contractual y sus actividades hagan presumir que aceptaron la cláusula arbitral cuya existencia y alcance conocían, aunque no fueran signatarias del contrato que la contiene").

tivo propio, que determina cómo debe ser suscrito, su duración, los casos en los que es nulo y cómo puede terminarse. La especificidad del convenio arbitral, sin embargo, es que además se configura según objetivos de naturaleza puramente procesal, dirigidos a asegurar la eficacia del proceso arbitral y la concentración de la disputa ante el tribunal arbitral. Como veremos en seguida, la consecución de estos objetivos procesales debe pagarse mediante el precio de la ambigüedad. Y con la ambigüedad vienen las malinterpretaciones.

V. ¿Requisito de consentimiento?

La ambigüedad se refleja en el debate semántico sobre el término "*extensión*" utilizado por los tribunales franceses. Para Bernard Hanotiau[24], por ejemplo, el uso de este término por los tribunales es equivocado: no puede producirse una "*extensión*" de un convenio arbitral a una parte que, desde un principio, ya lo aceptó. Y esto, por supuesto, es correcto. Como es bien conocido, la ley francesa no exige ningún requisito de forma para celebrar un convenio arbitral. Por lo tanto, una persona o una entidad que haya aceptado implícitamente dicho convenio es parte del mismo, al igual que cualquier signatario. En el universo del consentimiento contractual, el término "*extensión*" es, en consecuencia, inapropiado para describir el mecanismo legal que permite identificar a los individuos o entidades que hayan consentido implícitamente al convenio arbitral.

La compatibilidad del mecanismo francés de "*extensión*" con la naturaleza contractual del arbitraje y el principio fundamental del consentimiento ha sido, empero, puesta en duda por algunos autores[25]. Y quizás acertadamente.

En apariencia, el mecanismo de "*extensión*" del derecho francés parece respetar el principio del consentimiento pues se basa en una presunción. Este mecanismo, como se aplicó en *Kout Food*, tiene un alcance específico. No es utilizado para determinar la competencia en caso de cesión del contrato principal o de las obligaciones sustantivas subyacentes[26], ni tampoco en caso de una sucesión de personalidades jurídicas, como en el caso de una fusión-adquisición. Más bien, la presunción aplica cuando la "*situación contractual*" del no signatario y sus "*actividades*" llevan a presumir su aceptación del convenio arbitral.

Sin embargo, el término "*extensión*" utilizado por los tribunales franceses parece sugerir un mecanismo de *atracción* del convenio arbitral para entidades o individuos que no tenían la intención de vincularse por este, en vez de una aplicación de dicha cláusula basada en el consentimiento. Jean Pierre Ancel se refirió

[24] B. Hanotiau, "Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues - An Analysis", Journal of International Arbitration, 2001, vol. 18, pp. 255.
[25] Nota de J. B. Racine, ibid.; S. Brekoulakis, "Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-Signatories", Journal of International Disputes Settlement, 2017, n° 8, p. 610.
[26] En este caso se considera que el convenio arbitral sigue al contrato o a las obligaciones que fueron cedidas.

al "*effet mobilisateur*" o al "*expansionnisme*" del convenio arbitral[27]. Otro autor se refirió al "*rayonnement*" de la cláusula[28], como una estrella que ilumina objetos espaciales normalmente ajenos a su órbita: la cláusula se aplica no solo a aquellos que la aceptaron sino también, de forma dinámica, a todos aquellos que, de una u otra manera, han estado implicados en su negociación o ejecución. Como notó Stavros Brekoulakis, esta atracción nos lleva muy cerca de prescindir del requisito de consentimiento[29]. Esto, quizás, es el *non-dit* de la ley francesa de arbitraje.

En *ABS*, la Corte de Casación se refirió a una doble presunción según la cual, primero, la implicación del no signatario en la negociación o ejecución del contrato llevó a presumir que tuvo *conocimiento* del convenio arbitral y, segundo, que este conocimiento permitió suponer una *aceptación* del convenio arbitral. En *Kout Food*, el razonamiento es, de cierta forma, simplificado: se presume directamente que hubo aceptación. Más allá de que la formulación es más clara en *Kout Food*, el razonamiento es el mismo.

También se ha señalado que las circunstancias fácticas sobre las que se ha aplicado esta doble presunción, en muchos casos, tienen una conexión débil con el propio contrato[30]. Sorprendentemente, sin embargo, desde la referida jurisprudencia, no hay un solo caso de arbitraje internacional en el que una corte francesa haya aceptado un argumento contra esta presunción cuando los hechos le permiten aplicarla. Tampoco pareciera que las decisiones de las cortes se hayan comprometido en esfuerzos significativos en discutir sobre la intensidad de la implicación del no signatario en la vida del contrato, y para explicar por qué esta implicación fue tal que podía llevar a presumir que el no signatario tenía conocimiento del convenio arbitral y que lo aceptó.

La base conceptual del mecanismo francés basado en la presunción también puede ser considerada un poco frágil. ¿Por qué alguien que participa en la ejecución de una obligación contractual necesariamente debería saber que el contrato suscrito por el deudor de dicha obligación contiene un convenio arbitral y, más aún, conocer los detalles de dicho convenio? Se ha sugerido que, al ser el

[27] J. P. Ancel, "L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire", Droit international privé : travaux du Comité Français de droit international privé, año 11, 1991-1993, p.75.
[28] X. Delpech, "La Cour de cassation favorable à un fort rayonnement de la clause compromissoire", Dalloz, 2016.
[29] S. Brekoulakis, ibid., p. 610. El autor propone una "teoría unificada para los no signatarios" en la cual "la base teórica para considerar que los no signatarios tienen derechos u obligaciones en un arbitraje debe bascular del concepto de consentimiento al concepto de disputa. Bajo la teoría propuesta, lo que importa no es si el no signatario puede demostrar su consentimiento al arbitraje, sino que pueda demostrar que está inextricablemente implicado en la disputa objeto del arbitraje" (traducción libre).
[30] C. Seraglini y J. Ortscheidt, ibid., p. 706.

arbitraje el medio normal para resolver las disputas del comercio internacional, se puede presumir que cualquiera que esté involucrado en el comercio internacional debe conocer la existencia de un convenio arbitral en un contrato internacional[31]. Esta presuposición, sin embargo, es insuficiente, pues no explica qué nivel de implicación es necesario para tratar a un actor periférico como verdadera parte de un contrato. Stavros Brekoulakis afirma que la razón de ser del mecanismo presuntivo es que "*un convenio arbitral requiere 'menos consentimiento' o por lo menos evidencia de consentimiento para obligar a una parte no signataria*"[32]. Como veremos a continuación, la explicación para la presunción no es que para aceptar el convenio arbitral se requiera un nivel inferior de consentimiento. La explicación se encuentra, más bien, en la naturaleza procesal de la "*extensión*".

VI. Paradojas y malentendidos

Como fue señalado por Emmanuel Gaillard, el método francés de "*règles matérielles*" y su aplicación al mecanismo presuntivo de extensión se caracteriza por un objetivo y un método[33]. El objetivo es asegurar la eficacia del arbitraje al facultar a los árbitros para atraer dentro de su competencia a la disputa en todos sus aspectos y con todos sus verdaderos actores. El método es mirar a la realidad económica de la disputa más allá de los acuerdos contractuales y las estructuras corporativas establecidas por las partes. En otras palabras, el derecho francés, al abordar cuestionares jurisdiccionales, se fija en el convenio arbitral y no el contrato principal: en la etapa de jurisdicción es irrelevante saber si una parte tuvo la intención de obligarse a través del contrato principal para determinar si el convenio arbitral debe "*extendérsele*". Esto explica por qué la "*No oral modification clause*" en el contrato principal del caso *Kout Food* – el FDA – fue considerada irrelevante por el juez francés para confirmar la competencia arbitral.

La corte inglesa decidió que, como KFG no podía ser parte del FDA, tampoco podía ser parte del convenio arbitral incluido en dicho contrato. Esto, desde la perspectiva de la corte inglesa, fue el final de la historia tanto en cuanto a la competencia como en cuanto al fondo: no solo no hay competencia, sino que tampoco hay fundamento contractual para actuar contra esta compañía. El derecho francés, sin embargo, procede de manera completamente diferente: no se enfoca en el contrato principal para determinar la competencia; si lo hiciera, tendría que aplicar la ley aplicable al con-

[31] J. B. Racine, ibid., p. 166.

[32] Original en inglés: "An arbitration agreement requires 'less consent' or at least evidence of consent to become binding upon a non-signatory party" S. Brekoulakis, Third Parties in International Commercial Arbitration, OUP, 2010, p. 186.

[33] E. Gaillard, "Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (les enseignements de l'affaire Kout Food)", Rev. Arb., 2020, p. 701-726.

trato, que en *Kout Food* era la ley inglesa. Y la razón de ello es simple: al analizar la competencia, el derecho francés no está interesado en establecer quien es una parte real del contrato principal.

Aquí viene la paradoja y el malentendido. La paradoja es que, una vez que el tribunal arbitral decide que un no signatario implícitamente aceptó el convenio arbitral, puede perfectamente luego decidir, sin contradecirse, que este mismo no signatario *no* es parte del contrato principal. Esto no es lo que el tribunal arbitral hizo en *Kout Food*, pero es algo que hubiera podido hacer. En el contexto de procedimientos bifurcados, por ejemplo, es claramente posible que un tribunal arbitral con sede en París primero emita un laudo parcial bajo el derecho francés en el que admita su competencia respecto de un no signatario, para luego aplicar otra ley en su laudo final y decidir que el no signatario que atrajo al arbitraje, en definitiva, no es parte del contrato principal.

Esto, sin embargo, es solo una paradoja aparente. El contrato principal y el convenio arbitral son, de hecho, contratos separados, sometidos a regímenes diferentes. Y el convenio arbitral, a diferencia del contrato principal subyacente, tiene naturaleza jurisdiccional y un régimen procesal específico. No obstante, como cualquier contrato procesal, el convenio arbitral no se suscribe en *a vacuum*. Su objetivo sigue siendo permitir la resolución de las disputas que surjan del contrato principal. Por tanto, aunque las cortes francesas lo traten como un contrato separado con un régimen procesal específico, cuando llega el momento de determinar si hubo consentimiento implícito, éstas deben mirar el contrato principal. Volvemos entonces al contrato principal. ¿A dónde nos lleva esto? A lo siguiente: al determinar la competencia bajo derecho francés, los árbitros y las cortes no *aplican* el contrato, sino que más bien *observan* al mismo y las circunstancias que lo rodean. En esta extraña zona gris de *non-dit*, el convenio arbitral no se "*extiende*" al no signatario porque hay pruebas de que este realmente consintió al mismo: este consentimiento es una ficción[34]. Tampoco el fundamento de la extensión es, desde luego, que el no signatario consintió al contrato principal. El consentimiento al convenio arbitral no está ni en uno ni en otro de estos supuestos. Un autor calificó esto como un "*misterio*"[35]. La clave de este misterio es que el convenio arbitral no es un contrato ordinario, sino un acuerdo de procedimiento, al mismo tiempo, está sujeto a reglas diferentes de aquellas aplicables al contrato principal y es un accesorio de este. Esta naturaleza procesal permite flexibilizar las reglas aplicables a la cláusula hacia el específico obje-

[34] E. Silva Romero, "Legal Fictions in the Language of International Arbitration", Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours, 2022, vol. 425, p. 309.
[35] C. Seraglini y J. Ortscheidt, ibid., p. 706.

tivo procesal que ella persigue. "*Extenderla*", por lo tanto, solo requiere que el no signatario haya *de alguna manera* entrado en la esfera contractual, sin necesidad de estar vinculado por el contrato principal. Se trata esencialmente de una investigación fáctica conducida según los principios del derecho francés.

La desconexión conceptual entre la adhesión implícita al convenio arbitral y el consentimiento al contrato principal que lo contiene ha preocupado, desde hace tiempo, a algunos autores franceses[36]. También ha dado origen a la equivocada idea de que, una vez que el árbitro decide que tiene competencia con respecto de un no signatario, se considerará que este no signatario está vinculado por el contrato principal.

En un debate que tuvo lugar en 1992 en el Comité Francés de Derecho Internacional Privado, Pierre Mayer[37] opinó: "*je ne suis pas persuadé qu'il y ait* [en el análisis sobre la competencia] *un intérêt là non plus à distinguer la clause compromissoire et le contrat*"[38], y que "*il ne s'agit jamais* [...] *de faire participer quelqu'un à une procédure d'arbitrage sans le tenir pour partie au contrat lui-même*"[39]. Este comentario fue a la raíz del problema: si no hay razón para distinguir entre el contrato principal y el convenio arbitral a efectos del consentimiento, ¿por qué entonces la competencia no debe ser valorada con arreglo a la misma ley que aplica al contrato principal?

Jean Pierre Ancel[40], el padre – en muchos aspectos – de la jurisprudencia francesa sobre la competencia basada en el consentimiento implícito, respondió lo siguiente: "*est-ce que ce sont des tiers* [a la cláusula]*? Non ; mais, est-ce qu'il suffit de dire que ces personnes sont des parties au contrat ? là je me permets de ne pas être tout à fait d'accord. Quand le juge est saisi par une partie qui dit : « Moi, justement je n'ai pas souscrit cette convention d'arbitrage, donc, je ne suis pas partie », il va peut-être répondre : « Si, vous avez été en quelque sorte partie parce que vous avez été impliqué dans l'exécution du contrat ». Mais dire d'emblée que c'est une partie au contrat, cela me paraît quand même très difficile*"[41].

[36] P. Mayer, "Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire", Rev. Arb., 1998, p. 359; C. Seraglini y J. Ortscheidt, ibid. p. 533; S. Bollée, "Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence Dalico et la portée de l'article IX de la Convention européenne de Genève", JDI, Clunet, 2006, n° 1, p. 1.

[37] J. P. Ancel, ibid., p. 112.

[38] Traducción libre: "Yo no estoy convencido de que haya un interés en distinguir el convenio arbitral del contrato principal".

[39] Traducción libre: "no se trata nunca [...] de hacer participar a alguien en un procedimiento de arbitraje sin considerarlo parte del contrato mismo".

[40] J. P. Ancel, ibid., p. 113.

[41] Traducción libre: "es que son terceros [a la cláusula]? No; pero ¿es suficiente decir que estas personas son partes del contrato? Aquí yo me permito no estar enteramente de acuerdo, cuando el juez es interpelado por una parte que afirma: «Yo, precisamente, nunca he suscrito este convenio arbitral, por tanto, yo no soy parte », el juez tal vez responderá: « si, usted ha sido de alguna manera parte, pues ha estado implicado en la

La respuesta de Jean Pierre Ancel es interesante por al menos dos razones.

Primero, al decidir si un no signatario es parte del convenio arbitral, el juez en efecto evalúa si el no signatario ha *de alguna manera* sido parte del contrato principal. Pero ¿qué significa haber sido *de alguna manera* una parte contractual? Una posible forma de entenderlo puede ser que el juez realice un examen *prima facie*, como el que hace el juez llamado a conocer el fondo de un litigio ante una objeción a su competencia basada en la existencia de un convenio arbitral, y donde, como en Francia, se aplique el efecto negativo del principio *compétence-compétence*: si hay una probabilidad de que el convenio arbitral sea aplicable, el juez debe declinar su competencia. Pero hay una diferencia fundamental entre la investigación que hace el juez de la anulación o el tribunal arbitral y aquella llevada a cabo por el juez llamado a conocer del caso en el fondo: la decisión de los primeros es en realidad final y tiene efecto de *res judicata*, mientras que la del último no lo es pues su valoración de la competencia será remitida a los árbitros salvo que la cláusula sea manifiestamente nula o inaplicable.

Otra manera de afrontar el problema sería utilizar la noción de la oponibilidad, como fue propuesta en el debate de 1992 por Berthold Goldman[42]. El convenio arbitral sería oponible a los no signatarios con base en su implicación en la negociación o ejecución del contrato, sin necesidad de decir que son partes del mismo. De cierta forma, no se trataría ya de una cuestión de competencia. Pero la dificultad con esta teoría es precisamente que la cuestión en juego es la competencia y que cualquier apreciación de la competencia, y el sometimiento a los poderes jurisdiccionales del tribunal arbitral que ella implique, supone que la parte en el arbitraje esté vinculada por el convenio arbitral. Esta es la razón por la que la jurisprudencia no se ha desviado, al menos formalmente, del principio según el cual la presunción, salvo que sea refutada – y hemos visto que ello nunca ha ocurrido – conduce a una decisión de que el no signatario es, en efecto, parte del convenio arbitral.

La teoría de "*de alguna manera*", por tanto, no es más que la confirmación de que el mecanismo de extensión presuntivo consiste en una evaluación, basada en una investigación fáctica y según la *règle matérielle* francesa, de que el no signatario ha, *de alguna manera*, participado en la negociación o ejecución del contrato principal. Si tal es el caso, entonces la extensión opera como una ficción legal de consentimiento.

El segundo punto interesante invocado por Jean Pierre Ancel en 1992 es que,

ejecución del contrato », Pero decir desde un principio que es una parte en el contrato me parece muy difícil".

[42] J. P. Ancel, ibid., p. 110.

una vez que se establece la competencia con base en la doctrina de la "*extensión*", esta decisión jurisdiccional no necesariamente implica que el no signatario deba, en el fondo, ser considerado una verdadera parte en el contrato. En *Kout Food*, por ejemplo, este último análisis tuvo que ser realizado bajo el derecho inglés y tuvo que tomar en cuenta los efectos de la "*No oral modification clause*". El tribunal arbitral de *Kout Food* concluyó que KFG devino parte del contrato con base en la existencia de una novación. Esta fue la conclusión de una investigación sustantiva llevada a cabo según el derecho inglés que de ninguna manera puede ser considerada como corolario de la decisión jurisdiccional basada en las *règles matérielles* francesas. Y, por supuesto, los tribunales franceses no tenían nada que decir sobre esta cuestión sustantiva, pues su examen se limita a la competencia y no se extiende al fondo. Al contrario, la corte inglesa, que aplicó la metodología inversa – donde la determinación jurisdiccional está sujeta al análisis sustantivo sobre si KFG había devenido una verdadera parte del contrato – tuvo que considerar esta cuestión de fondo. Sus conclusiones sobre el análisis contractual – que no coincidieron con las del tribunal arbitral – resultaron en la denegación de la ejecución del laudo en el Reino Unido, mientras que en París se rechazó la anulación.

No es la intención de los autores decir que el método francés es correcto y que el inglés está equivocado. Cada uno se basa en premisas intelectuales profundamente divergentes. El enfoque inglés es intelectualmente defendible pues fundamentalmente se apoya en la premisa lógica de que uno no puede aceptar el convenio arbitral sin haber aceptado el contrato principal que lo contiene: el contrato principal y la ley aplicable al mismo ejercen una *vis attractiva* sobre el convenio arbitral que es un accesorio del mismo. El método francés, sin embargo, tiene su propia coherencia: es, antes que nada, consistente con la doctrina de la autonomía del convenio arbitral y asegura que las cuestiones de competencia no serán resueltas de acuerdo con la *lex contractus*, sino con la ley de la sede. Y de hecho, es dudoso que existan mejores razones para aplicar la ley del contrato que la de ley de la sede escogida por las partes, mucho más próxima al convenio arbitral. Y como notó Emmanuel Gaillard[43], el enfoque francés también evita las complejidades e incertidumbres derivadas de la aplicación del método de conflicto de leyes. Pero sobre todo, cumple un objetivo virtuoso, que es el de asegurar que todos los aspectos de la disputa se encuentren ante el árbitro, permitiéndole tener la más amplia – y por tanto más precisa – visión de la disputa. Prescindir en la práctica del principio de consentimiento en la fase de jurisdicción sería ciertamente inaceptable si la teoría del consentimiento implícito fuese aplicada al contrato principal,

[43] E. Gaillard, ibid.

en vez de solo al convenio arbitral. Mas, como dijimos antes, esto sería un malentendido: la ley francesa no considera que el consentimiento implícito al convenio arbitral trae como consecuencia que el no signatario esté obligado por el contrato principal. Por tanto, una vez que decide que tiene competencia sobre un no signatario, el tribunal arbitral mantiene la libertad de decidir, en el fondo, que ese mismo no signatario no es parte del contrato principal.

¿Sería deseable, para disipar los malentendidos que el método francés puede generar, ir más lejos y admitir abiertamente la naturaleza ficticia del consentimiento implícito? Como Ibrahim Fadlallah y Dominique Hascher escribieron sobre *Dow Chemical*: "*La référence à la volonté s'explique pour respecter le fondement contractuel de l'arbitrage, mais n'est plus que cosmétique, car la volonté est induite quasi automatiquement de faits objectifs*"[44]. La Corte Europea de Derechos Humanos, sin embargo, aclaró que la compatibilidad del arbitraje con el artículo 6(1) de la Convención Europea sobre Derechos Humanos se fundamenta en su naturaleza consensual[45]. Prescindir de ella podría por lo tanto abrir una vía impredecible para recurrir contra los laudos. La ley francesa de arbitraje tendrá que continuar entonces viviendo en la zona gris. Pero como dijo una vez el Cardinal de Retz: "*on ne sort de l'ambiguïté qu'à son détriment*".

[44] I. Fadlallah y D. Hascher, Les grandes décisions de la jurisprudence française, Dalloz, 2019, p. 113 (traducción libre: "la referencia hecha al consentimiento puede explicarse por la voluntad de ser consistente con la naturaleza contractual del arbitraje, pero es solo cosmética, pues el consentimiento se infiere casi automáticamente de hechos objetivos.").

[45] Suda c. the Czech Republic, No. 1643/06, 28 de octubre de 2010; Tabbane c. Switzerland, n° 41069/12, 1 de marzo de 2016. A. Mourre, "Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme", Gazette du Palais, 2000, n° 337, p. 16.