

LA VINCULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A LOS NO SIGNATARIOS ¿SUSTANCIA O PROCEDIMIENTO?

Jesús Córdova Schaefer
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Egresados

El presente estudio aborda los arbitrajes con extensión del convenio arbitral a un no signatario en nuestro país, esto es, la cuestión relativa a la aplicación de las reglas del proceso civil para la participación de terceros en el arbitraje.

Para ello, se identifica que la regulación establecida en el Código Procesal Civil no se condice con la naturaleza del arbitraje y por ello no responde a su flexibilidad inherente. De igual forma, a diferencia de lo que ocurría con la Ley de Arbitraje anterior, la nueva norma que regula el arbitraje, es decir, el Decreto Legislativo 1071, es autonormativa, por lo cual no tienen sustento las posiciones de aquellos que persisten en que la intervención del no signatario sea a través de la figura del litisconsorcio regulada en el Código Procesal Civil.

La consecuencia o hipótesis que se demuestra en esta investigación es que el artículo 14 de la Ley de Arbitraje no requiere un sustrato procesal, debido a que existen requisitos que la propia norma establece para su aplicación. Esos requisitos difieren absolutamente de la lógica que regula la participación de terceros en el proceso civil.

1. El Lecho de Procusto y la Aplicación Supletoria del Código Procesal Civil

En la mitología griega, se cuenta de un personaje llamado Procusto, quien vivía en Ática (Kundmüller 2011) y se dedicaba a hacer fechorías, pero también daba alojamiento y hospedaje en su vivienda a los extranjeros. Se dice que Procusto a cada huésped o viajero solitario que recibía lo invitaba a descansar en un lecho de hierro y en la noche el invitado era acoplado al tamaño o dimensión de dicho lecho. Para ello, Procusto amputaba, cortaba o cercenaba los pies o la cabeza del viajero, si este resultaba ser más grande que el lecho y, en otras situaciones, procedía a alargar las extremidades del invitado a tal punto que lo descoyuntaba si el lecho era más grande. Se cuenta, además, que siempre modificaba el tamaño de la cama para que nunca fuera del mismo tamaño que el viajero.

Muchas veces, a efectos de explicar una situación o conceptual un objeto nuevo se realiza una comparación con otro objeto conocido, para que el interlocutor o lector pueda comprender de qué se está hablando.

El lenguaje puede resultar insuficiente para describir detalladamente un objeto, más aún si este es desconocido completamente por quien describe tal objeto, por eso, quien define tratará de recurrir a sus conceptos previamente aprehendidos para explicar un objeto desconocido.

Al respecto, resulta ilustrativo lo indicado por De Trazegnies Granda al comentar que el cronista Juan de Matienzo, cuando quiso en 1567 describir las llamas de ese Perú descubierto pocas décadas antes, no encontró mejor forma de hacerlo que considerarlas ovejas: «Llaman los naturales a las ovexas, llamas [...]. Su talle, es del tamaño de asnillos, crecidos de piernas y anchos de barriga; tira su pescuezo y talle a camello. Las Cabezas son largas (...), pero, a pesar de todas esas diferencias, no son sino ovejas de Castilla de “características especiales”» (2003: 32).

En el derecho, sucede con frecuencia que para definir una institución jurídica o su naturaleza jurídica, los juristas recurren a otras instituciones jurídicas similares. Pero en ese intento de definir un objeto a partir de otro, se pierden aspectos que pueden ser trascendentes en el concepto. Tal es el caso de la naturaleza jurídica del arbitraje; tanto contractualistas como procesalistas explican al arbitraje desde su propio campo de estudio y dan al arbitraje una naturaleza contractual o procesal, respectivamente (Córdova Schaefer 2013: 33).

En esta investigación, no se considera que el arbitraje tenga una naturaleza procesal. El arbitraje es diferente de ella y tiene sus propias reglas de juego. Así, si se piensa que es posible aplicar al arbitraje ciertas reglas del proceso civil, como es el caso de la intervención del no signatario, se estaría dejando de lado la aplicación propia de las instituciones arbitrales desarrolladas en la jurisprudencia arbitral, las cuales en el fondo utilizan los principios del derecho contractual.

Sin embargo, una visión contractualista del arbitraje a veces también resulta insuficiente, cuando se trata temas como el class action en el arbitraje (Strong 2012), llamada también class arbitration o arbitrajes de inversión, en los que no existe un convenio arbitral suscrito entre las partes.¹

Ahora bien, el uso de determinadas instituciones recogidas en el Código Procesal Civil no es más que un efecto del lecho de Procusto aplicado al arbitraje, porque trata de cortar o cercenar la aplicación de las instituciones, principios, usos y costumbres en materia arbitral para acomodarlo en ese lecho procesal, en donde los procesalistas se sentirán cómodos con las reglas procesales del Código Procesal Civil y descoyuntarán las reglas arbitrales.

Veamos en el siguiente punto cómo se ha desarrollado esta relación de amor y odio entre las reglas del proceso civil y las del arbitraje (Santistevan de Noriega 2002; Pérez-Rosas Pons 2007).

¹ Cabe comentar que existen supuestos en los que se puede recurrir a un arbitraje sin contar necesariamente con un convenio arbitral (denominado también *arbitration without privity*), es el caso, por ejemplo, de los contratos que se encuentran en el ámbito de un tratado de inversión bilateral (BIT) (Paulsson 1995; Bullard González 2006). Este último señala que «ni siquiera la “contractualización” marca el último límite. Han aparecido una serie de tratados internacionales que han ido incluso más allá de lo imaginable para un fanático del arbitraje. Estos tratados nos traen el “arbitraje sin convenio” (*arbitration without privity*), en el que el Estado queda sujeto a un sistema arbitral sin firmar cláusula arbitral con el inversionista que lo solicita, simplemente porque un tratado le abre esa puerta. El caso más conocido es el del sistema CIADI que permite, a través de los llamados tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, que un inversionista que se sienta afectado por un acto del Estado reclame arbitralmente la responsabilidad que corresponde. Así, habrá contratos administrativos, incluso contratos de concesión, cuyas controversias serán arbitrales, a pesar de que dichos contratos carezcan de cláusula arbitral. O más aún, se arbitrará con el Estado a pesar de que no exista ni siquiera un contrato».

1.1. Las reglas del arbitraje versus Las reglas del proceso civil

Si se revisa la historia de la regulación del arbitraje en el Perú, podríamos darnos cuenta de que su estructura jurídica legal ha variado constantemente. Y no nos referimos únicamente al contenido de su regulación legal, sino a los cuerpos normativos a los que ha pertenecido.

En un primer momento, fue regulado en el Código de Enjuiciamientos en materia civil del Perú de 1852 (Art. 57 al 80), con el título Jueces árbitros; luego en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 (Arts. 548 al 582) como Juicio arbitral.

En el año 1979, a raíz del impulso del Dr. Andrés Aramburú Menchaca, se constitucionalizó el arbitraje² en la Constitución de 1979³ y se siguió esta línea también en la Constitución de 1993.

Posteriormente, el arbitraje pasó a ser regulado en el Código Civil de 1984, lo que influyó en la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, respecto a su carácter procesal y su carácter contractual. En 1988, el Congreso ratificó tanto la Convención de Nueva York de 1958 como la de Panamá de 1975, lo cual originó que la regulación del arbitraje tuviera su propio lugar y fuera derogado del Código Civil, lo que dio nacimiento a la Ley General de Arbitraje – Decreto Ley N° 25935.

Sin embargo, en esta Ley General de Arbitraje, quedaron algunos vestigios procesalistas⁴ y el Código Procesal Civil de 1993, al establecer la aplicación supletoria a los demás ordenamientos procesales en caso de no indicarse lo contrario, más el hecho de entenderse –de acuerdo con la *communis opinio*– que el arbitraje era un ordenamiento procesal, hizo que los aplicadores del derecho entendieran que al arbitraje se le debía aplicar supletoriamente las normas del Código Procesal Civil⁵, y esta es la idea que se ha desarrollado también con la vigencia de la posterior Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572.⁶

2 Al respecto, puede revisarse Cantuarias Salaverry y Aramburú (1994: 50-52); Caivano (2006: 123-146); De Jesús Ossio (2006: 64-87) y Landa Arroyo (2007: 39-42).

3 El artículo 233 de la Constitución de 1979 señalaba que no existe ni se puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar.

4 Por ejemplo, en el artículo 28, numeral 6, indica que «los árbitros dictan reglas complementarias que fueran necesarias. Si no lo hacen, en los arbitrajes de derecho se aplican supletoriamente las reglas correspondientes al proceso abreviado, con exclusión de las referidas a los medios impugnatorios».

5 Código Procesal Civil. Disposiciones complementarias. Disposiciones finales
Primera.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

6 Cfr. Rubio Guerrero (2007: 10-13). Para este autor:

[U]na de las peligrosas distorsiones del arbitraje de hoy en nuestro medio es desconocer todo este legado y todo este desarrollo internacional del arbitraje y cambiarlo por una perspectiva eminentemente «procesal» del arbitraje que no se limita a buscar, sino a trasladar abiertamente las normas e instituciones del Derecho Procesal Civil a los procesos arbitrales, sin tener en cuenta los principios, las reglas y la lógica propia de un arbitraje. Esta suerte de «judicialización» del arbitraje en nuestro medio se activa por obra y gracia de la interpretación laxa de un dispositivo legal y una premisa teórica equivocada, ambas estrechamente vinculadas. La norma en cuestión es la primera disposición complementaria y final del Código Procesal Civil, que literalmente expresa que «las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza». Los abogados en ejercicio en litigios civiles, y algunos árbitros también, formados en ejercicio en litigios civiles, han encontrado esta palanca perniciosa para trasladar toda la lógica procesal a los procesos arbitrales ante los vacíos y lagunas de la ley arbitral y de las reglas de arbitraje, sin reparar en los alcances y el sentido de esta supletoriedad.

La Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, dada en el año 1996, siguiendo los parámetros de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*⁷ del 21 de junio de 1985, planteó una estructura regulatoria que hacía más amigable el uso del arbitraje, a diferencia de las regulaciones anteriores (Cantuarias Salaverry 1996).

No fue únicamente la Ley General de Arbitraje la que permitió abrir las puertas a un sistema nuevo y atrayente como era el arbitraje, sino que también coexistieron diversos factores que impulsaron el arbitraje. Justamente, uno de ellos fue el número creciente de agentes (nacionales y extranjeros) en el mercado que se encontraban deseosos de realizar inversiones en el país y, para ello, un nuevo marco constitucional económico les debía permitir dicho ingreso.

Así, en la década de 1990 y con la idea de cambiar el sistema económico e impulsar la libre competencia y la inversión privada (dada la ineficiencia y fracaso del Estado empresarial) es que se abrió el camino a los agentes económicos para que intervengan en el mercado (Bullard González 2003).

En esos años, se impulsó un nuevo régimen económico a través de la Constitución de 1993 y de diferentes normas. Con esto se perfiló un cambio en el comercio, el cual fue creciendo notablemente, tanto nacional como internacionalmente, conjuntamente con el advenimiento de inversiones privadas extranjeras. Fue preciso, entonces, garantizar una vía alterna en caso de conflicto, diferente del Poder Judicial local, para evitar parcialidades.

Fue en este escenario, que el arbitraje internacional tomó un papel importante y los centros arbitrales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI), entre otros, se volvieron protagonistas para asegurar el buen desarrollo del sistema arbitral ante el crecimiento de los arbitrajes comerciales⁸ y de inversión (Kundmüller Caminiti 2006; Cantuarias Salaverry 2004). Esto hizo que los inversionistas extranjeros y los estados puedan recurrir a una vía neutral y no a la jurisdicción nacional, para obtener las garantías y la eficacia necesarias (Kundmüller Caminiti 2006; Cantuarias Salaverry 2004).

En el Perú, ha habido un aumento considerable de casos arbitrales, no solamente de arbitrajes institucionales llevados a cabo en las diferentes cámaras de comercio, sino también arbitrajes ad hoc y los arbitrajes administrativos llevados en el OSCE. Sin duda, hay un marco auspicioso que pretende ingresar en otras actividades económicas, como el arbitraje sobre protección al consumidor, el arbitraje popular y otras; basta con mencionar, por ejemplo, que la Cámara de Comercio de Lima en 1993 solo tenía dos casos arbitrales y en el año 2011 el número de arbitrajes ascendía a 2042.

Evidentemente, al aumentar el número de participantes en el arbitraje —árbitros, partes,

7 Tal como refiere Conejero Roos (2006: 29-30):

[E]n 1985, la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) adoptó y publicó esta normativa, la cual nació con el propósito de crear un texto que pudiera reflejar los principios universalmente aceptados del arbitraje comercial internacional. Con él se podrían evitar las evidentes y a veces profundas divergencias existentes entre tales principios y las leyes locales sobre arbitraje de los distintos países. En particular, se consagraron como principios básicos el de otorgar a las partes envueltas en un proceso arbitral un alto grado de libertad y autonomía para diseñar dicho proceso y el de confiar a los tribunales locales un limitado rol de asistencia y control en ciertas cuestiones, tales como: el nombramiento y recusación de árbitros, la adopción de medidas precautorias, la producción de pruebas y, en fin, la revisión de los laudos arbitrales.

8 Resulta ilustrativo la referencia que hace Park et al, sobre el particular al referir que «[B]y 1976, 3000 requests for arbitration had been filed with the ICC. In 1998, the Secretariat of the International Court of Arbitration received the 10,000th case. Thus, more than two-thirds of all cases brought to ICC arbitration arose in the last 20 years of its 75-year existence» (Craig, Park y Paulsson 2000: 2).

sedes arbitrales, peritos, el mismo Poder Judicial y el Tribunal Constitucional— las reglas dadas por la Ley General del Arbitraje se tomaron insuficientes, por vacíos que no se habían previsto. Esto es lógico, pues la realidad y la sociedad siempre son cambiantes, y la ley no se mueve a la misma velocidad que aquélla.

Es por eso que fue preciso incorporar o regular supuestos de hecho, que la misma práctica arbitral ha ido demandando. Esto justificó la nueva Ley de Arbitraje, el Decreto Legislativo 1071, para poder arbitrar más y mejor (Soto Coaguila y Bullard González 2010). Asimismo, a raíz de la experiencia generada por la anterior norma, se modificaron diversos dispositivos, de tal manera que el objetivo principal de esta nueva regulación es la de agilizar los procesos arbitrales sin tener interferencias judiciales (Arrarte Arisnabarreta 2007).

Ahora bien, antes de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), la incorporación de los no signatarios no estaba regulada, como ocurre en la mayoría de legislaciones. Entonces, la solución que plantearon los árbitros y jueces fue la de aplicar supletoriamente las normas del Código Procesal Civil, a través de la figura del litisconsorte.

En efecto, algunas voces han sostenido que el Código Procesal Civil y sus instituciones procesales deben aplicarse en el arbitraje. Sobre el tema, Osterling Parodi (2008) ha señalado que:

Al respecto, cabe señalar que la ausencia de regulación de la Ley General de arbitraje sobre la intervención de terceros no determina que esta norma haya optado por excluir dicha posibilidad de un arbitraje. De hecho, son principios fundamentales de cualquier mecanismo de administración de justicia la economía procesal, el derecho de defensa y, asimismo, la aversión a las resoluciones contradictorias sobre un mismo tema, principios que constituyen los pilares fundamentales de la institución de intervención de terceros en un proceso. De ahí que las normas procesales generales, recogidas por la Constitución Política y el Código Procesal Civil, resulten *mutatis mutandis* aplicables al arbitraje.

Otros autores estiman una aplicación cautelosa, pero para efectos de la intervención de los no signatarios ven necesario la aplicación de las reglas del Código Procesal Civil.⁹ Así, han afirmado lo siguiente:

No es conveniente trasladar instituciones del derecho procesal sin tener en cuenta los principios y lógica propia de un arbitraje, pero tampoco es conveniente huir del mismo. Se propugna un traslado de instituciones procesales que provean beneficios al arbitraje, como el litisconsorcio, la acumulación de pedidos, la intervención de terceros, las medidas cautelares, la prueba, la legitimidad para obrar, la litispendencia y otras figuras similares, que tienen plena aplicación al ser instituciones surgidas de las vicisitudes que se presentan al interior de un proceso y de un arbitraje, y que han sido estudiadas y perfeccionadas a lo largo de la historia del derecho procesal. (Panduro Meza 2001 I; 154)

Incluso se habla de la obligatoriedad que tienen los árbitros de aplicar las normas de carácter procesal:

No sólo bajo las condiciones señaladas el árbitro **puede** aplicar las instituciones procesales en un arbitraje. En muchos casos, *la aplicación de la regla procesal es la opción más adecuada para la realización de la finalidad perseguida por el arbitraje y, por ende, el árbitro debe aplicarla*. La creación de una regla

9 Específicamente, las reglas del litisconsorcio reguladas en los artículos 92, 93 y 94.

específica en vez de la adopción de una institución procesal fruto de siglos de estudio científico, conlleva el riesgo de no aplicar la más idónea por la imposibilidad de que el árbitro realice un estudio profundo y extenso sobre la consecuencia de su actuación, que considere todas las posibles ventajas, desventajas y efectos de adoptarla, y, además, debido a una muy probable inexperiencia sobre el evento específico que le permita visualizar los efectos de su decisión (Panduro Meza 2011; 153-154) (Las cursivas son nuestras).

Esta aplicación supletoria de las reglas del proceso civil al arbitraje ha tenido también cierta receptividad en la legislación de algunos países de la región, como es el caso de Colombia, que a través del Decreto 1818, publicado el 7 de setiembre de 1998, aprobó el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Al respecto, el artículo 149 bis, referente a la intervención de terceros en el arbitraje indica:

Quando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el Tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al arbitramento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición.

Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para dicho caso, y los árbitros reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del Tribunal.

Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados.

Si los citados adhieren al pacto arbitral, el Tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales. (Artículo 30 Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 2 por el artículo 109 de la Ley 23 de 1991, y modificado en el inciso 3 por el artículo 126 de la Ley 446 de 1998).

Así también, el artículo 150 del mismo cuerpo legislativo es más claro y enfático al regular la aplicación supletoria de las normas del proceso civil en casos de intervención de terceros en el arbitraje al señalar que:

La intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá a lo previsto a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente el proceso continuará y se decidirá sin su intervención. (Artículo 127 de la Ley 446 de 1998 que crea el artículo 30A del Decreto 2279 de 1989)». (Las cursivas son nuestras).

Esto se ha visto reflejado en la jurisprudencia colombiana, en donde la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la Sala de Casación Civil,¹⁰ con ponencia del magistrado Arturo Solarte Rodríguez, decidió en segunda instancia la vinculación de una parte con la aplicación de normas procesales internas que regulan la intervención de terceros en los procesos judiciales, y señaló que:

[...] debe relievase que quien participa de un procedimiento arbitral por haber manifestado su consentimiento a través de un pacto de la respectiva naturaleza, conserva todos los derechos que

10 Rad. 11001-22-03-000-2008-00521-01.

el ordenamiento jurídico le reconoce a los sujetos procesales en el escenario del proceso judicial incluidos aquellos atinentes a hacer concurrir a terceros a través de los mecanismos que la propia ley contempla, de manera que no tenga la carga adicional de impulsar un nuevo proceso para ventilar con esos terceros las relaciones jurídicas que bien puede dirimir en el procedimiento arbitral. [...] concluye la Sala que la única voluntad determinante para hacer actuar la figura del llamamiento en garantía es la del llamante, independientemente de si ello ocurre en el escenario de la administración de justicia a través del aparato jurisdiccional ordinario, o si se ventila en un tribunal de arbitramento.

Sobre esto, la Ley de Arbitraje peruana ha buscado enterrar este criterio procesal, por lo que ha tenido cuidado en precisar que en lo concerniente a materias no reguladas en la propia ley se debe aplicar de manera supletoria, las instituciones arbitrales, y deja en claro que las reglas del Código Procesal Civil no son aplicables, salvo que la propia norma de arbitraje indique lo contrario.

Así, el artículo 34 de la Ley de Arbitraje ha establecido lo siguiente:

Artículo 34º.- Libertad de regulación de actuaciones

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. *Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.* [...]. (Las cursivas son nuestras).

Con esto debe quedar en claro que la aplicación supletoria en caso de no existir una norma de la Ley de Arbitraje que regule ese supuesto de hecho, deben aplicarse los principios arbitrales y no el Código Procesal Civil. Esto responde a dos razones fundamentalmente. La primera de ellas se basa en que el proceso civil tiene sus reglas de juego particulares, en donde el juez tiene, en principio, un mayor poder de jurisdicción que el árbitro. El juez puede, a fin de resolver el conflicto, llamar a otras partes que no son ni demandados ni demandantes, sin ningún inconveniente y por el solo poder que ejerce,¹¹ sin necesitar el consentimiento de aquellos. Segundo, porque en el arbitraje, al originarse por un contrato, las partes disponen que su conflicto sea resuelto bajo las reglas distintas del proceso civil, que solo por las atribuciones del arbitraje pueda cumplirse.

Por otro lado, también se ha tratado de legitimar el uso de instituciones procesales al arbitraje, en vista de que las reglas del proceso son fruto de años de investigación y al mismo tiempo son reglas que ya están dadas, y el hecho de que un árbitro o las partes creen sus propias reglas es una pérdida de tiempo. En dichos términos se ha pronunciado Panduro Meza (2011; 144), quien afirma:

Las instituciones procesales que son desarrolladas por la doctrina procesal y que forman parte,

¹¹ De acuerdo con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil «El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia».

en su mayoría, de la teoría general del proceso, **son fruto de cientos de años de experiencia procesal**; cientos de estudios desarrollados en torno a cuáles son las consecuencias jurídicas que mejor responden a dichos fenómenos; y cientos de hipótesis comprobadas sobre cuál es la mejor vía, la mejor consecuencia, el mejor método que debe concederse a determinado evento procesal. *Si las instituciones procesales no fuesen consideradas por el juzgador –sea éste un órgano jurisdiccional o un tribunal arbitral–, éste se vería obligado a elaborar, para el caso concreto, sus propias reglas. Esta situación no sólo ocasionaría un desperdicio de tiempo reprochable, sino que, además, haría inutilizable el tesoro de la experiencia tomada de la historia del derecho procesal* (Las cursivas son nuestras)

Lo indicado en el párrafo citado constituye una falacia *argumentum ad antiquitatem*, porque trata de fundamentar sus razones al recurrir a la tradición, a los años de experiencia procesal, la misma que trata de proclamarse correcta, dado que tradicionalmente se ha desarrollado de esa forma por mucho tiempo. Aquí, entonces, se presenta la necesidad de no romper el status quo, lo cual es incorrecto.

Es incorrecto, por un lado, porque en los orígenes del arbitraje se muestra la necesidad de los comerciantes de tener reglas claras, lejos de los formalismos y burocracias que representaba un proceso ante las cortes (Benson 1990); más aún, los comerciantes recurrían al arbitraje, porque los árbitros, al ser comerciantes también conocían más a fondo la clase de problemas que se daban; se evidenciaba una mayor especialidad de aquellos, frente al juez civil u ordinario, cuya especialidad era totalmente diferente.

Por otro lado, las reglas del proceso pueden también en algunos casos, dentro de los arbitrajes ser demasiado dilatorios, lo cual originaría problemas serios para las partes. Es más, estos problemas se presentan con suma frecuencia en los procesos civiles, sin contar los numerosos problemas estructurales que tiene el Poder Judicial (Córdova Schaefer 2013: 19).

Más aún, dentro de las virtudes o bondades del arbitraje están su informalismo y rapidez (Wang 2000: 205). Al dotarse de reglas del proceso civil al arbitraje, simplemente se convertiría al proceso arbitral a imagen y semejanza de un proceso civil, viéndose en ese caso reducidas aquellas ventajas que destacan del arbitraje. Obviamente, las partes son libres y pueden pactar como parte de las reglas de su arbitraje, las reglas del proceso civil. Nada lo impide. Sin embargo, sería un proceso lento, lleno de recovecos procesales que potencialmente alargarían los tiempos en el arbitraje.

1.2. ¿Quién decide la incorporación del no signatario?

¿Quién debe determinar o decidir si se incorpora o no a un no signatario en un arbitraje? ¿Es el árbitro? ¿Una cámara o institución arbitral? o ¿el juez? La respuesta puede parecer sencilla y en realidad debería ser una sola, y sobre dicha respuesta debería existir consenso. Pero la práctica y la jurisprudencia arbitral han demostrado que esta pregunta es más compleja de lo que parece.

En principio, debería ser el árbitro quien determina si se incorpora o no a un no signatario dentro del proceso del arbitraje por aplicación del principio *Kompetenz Kompetenz*. De igual forma, el árbitro es el director del arbitraje y a efectos de poder resolver la materia en litis es indispensable que evalúe si previamente la intervención de este no signatario es transcendental para no variar la afectación de un derecho propio o de las otras partes envueltas en el arbitraje.

En un caso llevado ante la Swiss Federal Supreme Court, First Civil Law Chamber (5 de

diciembre de 2008),¹² la corte extendió el alcance del convenio arbitral a un no signatario, a pesar de que tanto el árbitro como la institución arbitral (en este caso la ICC) se habían negado a incorporar al no signatario en el proceso arbitral (Koch 2010, P. 380; Landolt 2009). El caso en sí involucra la venta de las acciones de la empresa B. Esta compraventa fue estructurada sobre la base de dos contratos, el primero de ellos era un contrato de compraventa de acciones, en el que el comprador, que denominaremos A, era una persona natural de origen italiano, que adquiriría el 100% de las acciones de la empresa B.

El segundo contrato suscrito fue un contrato de trabajo, en el cual el comprador A se convertiría en gerente general de la compañía. En ambos contratos los firmantes eran diferentes.

El primer contrato fue firmado entre el comprador A y C, en este caso C actuaba en representación del fideicomiso que tiene como beneficiarios a los accionistas de la empresa B. Mientras que en el contrato de trabajo fue B el empleador y A el trabajador. Así, el producto de la venta tenía como finalidad reembolsar una acreencia que la empresa mantenía frente a B y D. Ambos contratos tenían la misma cláusula arbitral, la única variación es que el contrato de trabajo no contenía la palabra «venta» (sales):

In case of any disputes deriving from the [Sales] Contract, the parties agree that it should be competence of the Arbitration Court of the International Chamber of Commerce of Zurich in Lugano. The language of arbitration will be Italian. The law applied will be Swiss law.

Al surgir una controversia, la compañía presentó una solicitud de arbitraje ante la CCI en París contra A. En su solicitud de arbitraje, que se basó únicamente en el contrato de trabajo, la empresa alegó que había utilizado un activo de la empresa sin tener las facultades necesarias para hacerlo y había competido con la empresa, lo que violaba una cláusula de no competencia contenida en el contrato de trabajo. A, la parte demandada, impugnó la competencia de la CCI, alegando que las partes tenían la intención de arbitrar bajo los auspicios de la Cámara de Comercio de Zúrich y pidió también que los firmantes del contrato de venta, C, B y D, se unieran a las actuaciones arbitrales. Argumentó que su acumulación era necesaria porque tanto el contrato de venta como el contrato de trabajo formaban parte de la misma transacción de naturaleza económica. Las cuestiones surgidas del contrato de trabajo no podían ser decididas sin al mismo tiempo afectar los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de venta. De

12 Ley de Arbitraje. D. Leg. 1071

Artículo 13º.- Contenido y forma del convenio arbitral.

(...)

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por «mensajes de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

acuerdo con el entrevistado, el contrato de trabajo no era más que un dispositivo para permitir que B y D, como directores de B, mantuviera el control suficiente sobre la compañía para asegurar que el comprador no operara la empresa para su exclusiva ventaja antes de haber pagado totalmente el precio de la compra.

Son más frecuentes los casos en los que los árbitros realizan la extensión del convenio arbitral a no signatarios y más bien es el juez o una corte quien confirma o niega tal extensión. Por ejemplo, la United States Court of Appeals, Second Circuit (2005), en el caso *Contec Corp. v. Remote Solutions Co.* indicó que son los árbitros quienes deberían decidir si el no signatario debe ser parte del arbitraje.

Sin embargo, existen casos en los que la institución arbitral se ha visto involucrada en este tipo de situaciones. Este hecho nos parece una intervención desmedida y peligrosa al dotar a la institución arbitral a que esta misma se atribuya tales facultades, ya que es una abierta vulneración al principio *Kompetenz Kompetenz*.

Por ejemplo, en un caso arbitral llevado ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE (2012), una de las partes recusó al tribunal arbitral por haber extendido la cláusula arbitral a un no signatario. En este caso, el OSCE reconoció que no es posible solicitar a través de una recusación la separación de los árbitros por haber incorporado a un no signatario; sin embargo, procedió a separar al tribunal arbitral por efectuar de manera irregular un tratamiento desigual entre las partes.

Considero que, como institución arbitral, el OSCE puede resolver la recusación de un árbitro por temas de imparcialidad, independencia u otro similar, pero no puede resolver si incorpora o no a una parte dentro del proceso arbitral, pues esto únicamente le compete al árbitro, quien deberá analizar el comportamiento contractual del no signatario conforme a las reglas de la buena fe para ver si es factible su incorporación dentro del arbitraje.

2. La Extensión del Convenio Arbitral. ¿Sustancia o Procedimiento?

Probablemente, la mayor confusión sobre los no signatarios es su equiparación con la figura procesal del litisconsorcio. Es de ahí que surge el problema para los árbitros en cuanto a determinar si la incorporación de un no signatario es un tema procesal o es un tema sustantivo.

Para incorporar a un no signatario, en primer lugar, el árbitro debe analizar la intención de las partes a partir de la existencia del consentimiento implícito o tácito del no signatario sobre el convenio arbitral, con base en las reglas de la buena fe. En segundo lugar, el árbitro debe evaluar o analizar si el no signatario se encuentra dentro de alguna de las causales o supuestos que prevé el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana (Córdova Schaefer 2013: 168).

Sobre lo anterior, es preciso explicarlo con mayor detalle, a efectos de no confundir con lo expuesto hasta ahora. El árbitro, en principio, si no hay ningún acuerdo arbitral entre las partes y el no signatario, esto es, si no hay un acuerdo escrito, debe evaluar si existe algún intercambio de cartas o correos electrónicos en los que se muestre la intención de arbitrar, tal como debe entenderse conforme a los numerales 3, 4 y 5 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje.

Si bien es cierto que un caso particular puede subsumirse dentro de una las teorías que se mencionan en el caso *Thomson-CFA S.A* (US Court of Appeals for the Second Circuit 1995), tales como: 1) la incorporación por referencia, 2) la asunción, 3) agencia, 4) *veil-piercing*/álder

ego, y 5) *Estoppel*; también puede darse la combinación de estos y cabe destacar que es posible que se presenten casos que no necesariamente se encuentren dentro de esos supuestos. Es más, el artículo 14º de la Ley de Arbitraje no recoge todas las teorías que hemos expuesto, como la figura del álter ego o del levantamiento del velo societario (*veil-piercing*), por ejemplo.

En consecuencia, si el árbitro se topara con un caso en el cual no hay ningún tipo de acuerdo escrito y tampoco encaja en una de las teorías expuestas, lo que debe encontrar es la existencia de un consentimiento implícito, aquella conducta que pueda inferir la intención del no signatario a arbitrar.

En ese sentido, no siempre será necesario considerar que un caso encuadre dentro de una de estas teorías, a veces, el mismo acuerdo arbitral puede brindar la solución (Meyerson 2009).

Así, por ejemplo, en el caso *Sherer v. Green Tree Servicing LLC*, la United States Court of Appeals (2008) expresó en qué momento podía un no signatario ser obligado a participar en un arbitraje. Para ello, una de las partes tiene que estar de acuerdo con arbitrar cualquier demanda, dado que había acordado someter a arbitraje cualquier reclamo que surgiera de las relaciones que resultaran de su acuerdo (United States Court of Appeals 2008: 382). En este caso, la corte sostuvo que esa relación existía entre Green Tree, que era una compañía dedicada a servicios de préstamos, y la empresa Sherer, que era quien ejecutaba aquellos préstamos dados por Green Tree. Por ello, la corte concluyó que no era necesario considerar la teoría como la *equitable Estoppel*, debido a que el acuerdo de arbitraje ejecutado por Green Tree obliga a arbitrar con los no signatarios, como Sherer.

No obstante, a pesar de que el árbitro pueda incorporar al no signatario en el arbitraje, existen algunos problemas de orden práctico que afectan al arbitraje. El profesor Scott (2008) lo advierte al enfatizar las siguientes preguntas, ¿se puede arbitrar todo? Y, si es así, ¿con quiénes?, ¿qué clase de conflictos y cuáles son sus alcances?, ¿bajo qué condiciones, con qué procedimientos y quién asume los costos tanto de responsabilidad, daños y costas del proceso? Además, los problemas se hacen más complejos en arbitrajes internacionales, en los que se debe determinar la ley de fondo que se va a aplicar (Brinsmead 2008: 17).

En una oportunidad anterior, he resaltado la importancia del consentimiento en el convenio arbitral (Córdova Schaefer 2013: 188),¹³ el cual aparece en diversas jurisdicciones como base para la extensión del mismo a las partes no-signatarias. Por ejemplo, en el derecho alemán, el tema de la extensión es tratado como un aspecto procesal (Poudret 2007: 247); asimismo, en Estados Unidos, en el caso *Companiello Imp. Ltd. v. Saporiti Italia Spa*, la United States Court of Appeals, Second Circuit (1997) señaló que a pesar de que la elección de la ley de fondo fue la ley italiana, la ley común federal rige la existencia y la validez del acuerdo de arbitraje entre los no signatarios empleados y agentes del signatario. Es decir, en ese caso, la corte estimó que la extensión del convenio arbitral tenía que ser analizada sobre la base de la ley federal (*Lex arbitri*).

En otros sistemas, como el inglés, consideran, por otra parte, que se trata de un asunto sustantivo, tal como se dijo en el caso *Peterson Farms*, (Commercial Court 2004) al establecer que la identificación de las partes de un acuerdo arbitral es una cuestión sustantiva y no de

13 Asimismo, conviene acotar lo expresado por Rubins (2009; Soto Coaguila 2009: 539-540; Pavic 2009, pp. 213-229) cuando afirma que en el contexto arbitral, el consentimiento tiene un significado especial, ya que la elección de la solución de controversias privadas implica la exclusión de la resolución del conflicto por los tribunales nacionales. Este derecho del juez natural es reconocido ampliamente como un derecho fundamental.

procedimiento.¹⁴ Aunque, en el caso *Dallah* la propia Court of Appeals (2009), aplicando los principios del derecho francés, como *lex arbitri*, y atendiendo a la intención de las partes, evaluaron la extensión del convenio arbitral con la ley francesa y no con la ley que rige –esto es, la ley inglesa–; por lo que este punto fue tratado como un tema procedimental.

Este punto trae algunas complicaciones, en tanto que no existe uniformidad en las distintas resoluciones judiciales como laudos arbitrales. Sin embargo, se puede sostener un argumento distinto, antes de adherir a una posición u otra.

En principio, cuando se discute si es una cuestión procesal o sustantiva, el término «procesal» evoca nuevamente que aún hay una fuerte resistencia por los usos y términos del proceso civil clásico, esto, al menos en la legislación peruana se ha tratado de sacar de raíz y se ha cambiado el término procesal por el de «actuación», para enfatizar que el arbitraje tiene una lógica y reglas distintas del proceso civil.

Sin embargo, en tanto que lo que se quiere es determinar quiénes son partes dentro del arbitraje, el árbitro deberá desarrollar un análisis previo (o cuestión previa). Dado que una cosa es que se pueda determinar claramente quiénes son las partes de un contrato y de un convenio arbitral, y otra muy distinta es determinar quiénes son las partes de un arbitraje. El escenario óptimo es que las partes del contrato —y del convenio arbitral— sean las mismas del arbitraje. Empero, tal como se ha podido ver en los distintos casos y teorías expuestas por la jurisprudencia arbitral, como en la *agencia* o el *Estoppel*, en realidad, esta coincidencia no se da necesariamente.

Entonces, la determinación de quién es parte en el arbitraje requiere una cuestión previa o «procesal» —lo cual no quiere decir que se apliquen las normas procesales del Código Procesal Civil—, sino que el árbitro tendrá que aplicar el test del no signatario como parte, es decir, analizar si existe o no un consentimiento implícito, si ha tenido participación determinante según las reglas de la buena fe, etc., lo cual en el fondo es un análisis sustantivo en tanto que el árbitro analiza el nivel de participación del no signatario dentro del marco de la buena fe.

Así, sobre este punto, reforzando lo que se ha sostenido, el profesor Abdel Wahab (2011: 174) ha indicado que:

[D]esde un punto de vista puramente legal, la «extensión» merece la calificación de «procedimiento» y no tanto de un tema «sustantivo», especialmente en lo que se refiere a «quién» podrá participar en el proceso en lugar de los derechos y obligaciones sustantivos de dicha entidad. Aunque bien puede argumentarse que esto podría afectar indirectamente a los derechos y obligaciones de las partes, en esencia la «extensión» se mantiene en primer lugar por ser una cuestión de «quién» en lugar de «qué derechos y obligaciones». Tal visión es reforzada por el hecho de que la extensión pura no concede automáticamente al tercero un derecho sustantivo o carga con la obligación de los méritos, que están regulados por la *lex causae*.¹⁵

14 The predicate (paragraph 86) of the tribunal's approach was that the Agreement contained no choice of law with regard to the arbitration agreement in clause 17. Yet, as the tribunal also and rightly recognised, the issue raised a question of interpretation of the Agreement and such questions were expressly subject to Arkansas law by Clause 19. *The identification of the parties to an agreement is a question of substantive not procedural law.* (Las cursivas son nuestras).

15 Abdel Wahab (2011: 174) Traducción libre del siguiente texto: That said, it is submitted that from a purely legal perspective, «extension» merits characterization as a «procedural» rather than a «substantive» issue, especially as it relates to «who» may join the proceedings rather than the substantive rights and obligations of such entity.

Esto, evidentemente, en el arbitraje internacional tiene mayor relevancia, en tanto que al determinar cuál es la ley que va a aplicar, se puede tener resultados diversos al momento de evaluar si el no signatario puede ser incorporado dentro del arbitraje.

Sin embargo, hay que notar que en ciertas circunstancias, la evaluación del no signatario no solo es un tema sustancial, sino que además se analiza la responsabilidad del mismo, tales como la aplicación del álter ego y del levantamiento del velo societario, que son utilizadas esencialmente tanto para la incorporación, como para determinar la responsabilidad del no signatario.

A nivel legislativo ya se han ido esbozando algunas soluciones, como por ejemplo, las reglas de arbitraje propuestas por la CNUDMI¹⁶ en el 2010, cuyo artículo 17.5 ha dispuesto lo siguiente:

El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan en el arbitraje.

Algunos centros arbitrales, ante este tipo de problemas, también han tratado de plantear alguna posible respuesta cuando se presenta un no signatario. Tal es el caso de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, que regula este supuesto en el artículo 22.1 h) de su reglamento:

Additional Powers of the Arbitral Tribunal
22.1

Unless the parties at any time agree otherwise in writing, the Arbitral Tribunal shall have the power, on the application of any party or of its own motion, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views:

[...]h) to allow, only upon the application of a party, one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party have consented thereto in writing, and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration.

Así, las reglas de arbitraje de Suiza también plantean una solución similar al establecer en su artículo 4.2 lo siguiente:

Where a third party request to participate in Arbitral proceedings already pending under these rules or where a party to Arbitral proceedings under these Rules intends to cause a third party to participate in the arbitration, the Arbitral Tribunal shall decide on such request after consulting with all parties, taking into account all circumstances it deems relevant and applicable.

Whilst it may well be argued that this would indirectly impact the rights and obligations of the parties, «extension» remains primarily and in essence a question of «who» rather than «what rights and obligations». Such view is fortified by the fact that sheer extension does not automatically grant the third party a substantive right or burden it with an obligation on the merits, which remain governed by the *lex causae*.

16 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Versión revisada en 2010).
<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/pre-arb-rules-revised-s.pdf>

Las soluciones planteadas han pasado siempre por consulta previa a todas las partes o, en todo caso, ha habido la posibilidad de escuchar al no signatario a fin de evaluar la pertinencia de su incorporación dentro del arbitraje. Sin embargo, los problemas se agudizan cuando no hay la aceptación de todas las partes o cuando una acepta y la otra se opone.

El problema de los no signatarios se ha generalizado más en la práctica arbitral internacional que en los arbitrajes nacionales; la falta de su regulación no se debe a la desidia, sino a la complejidad que reviste el asunto y a los múltiples supuestos que existen en la realidad, debido a las enmarañadas relaciones comerciales presentes en el comercio.

Probablemente, el argumento más fuerte de quienes abogan por la no vinculación del convenio arbitral a los no signatarios se basa en que al incorporar al no signatario (esto es, a quien no ha dado su consentimiento) al arbitraje se estaría vulnerando el derecho del no signatario al juez natural. Como se sabe, el derecho al juez natural se encuentra establecido en el artículo 139 inciso 3, de la Constitución,¹⁷ como también en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸ y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,¹⁹ estos dos últimos son convenciones internacionales de los que el Perú es parte.

Asimismo, el Tribunal Constitucional (2006) ha dado contenido a este derecho, al señalar que:

(...) exige, en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional. Se garantiza, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación [...]. En segundo lugar, exige que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley. Ello, por un lado, comporta la predeterminación (y no sólo la determinación) del órgano judicial y también la de su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc. Y por otro, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139°, inciso 3), y 106° de la Constitución [...].

17 Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

18 Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Este mismo criterio es seguido en Estados Unidos a través de la séptima enmienda de su Constitución, que establece que: «En los juicios de derecho consuetudinario, en los que el valor que se discuta exceda de veinte dólares, el derecho a juicio ante un jurado será garantizado, y ningún hecho que haya conocido un jurado será reexaminado en corte alguna de los Estados Unidos, como no sea con arreglo a las normas del derecho consuetudinario».²⁰

Sobre el particular, la United States Supreme Court (1970) ha señalado que «la Séptima Enmienda preserva a los litigantes el derecho a un juicio con jurado bajo el derecho consuetudinario».²¹ Sin embargo, muchos tribunales han asumido que uno pierde el derecho a un juicio con jurado solo si se demuestra que existe un mínimo de consentimiento mutuo para llegar a un acuerdo subyacente que contenga una cláusula arbitral (Kepper 2006: 1341). Con este fin, los tribunales encuentran el consentimiento al arbitraje, no a través de las verdaderas intenciones o acuerdos de las partes, sino al observar si una persona razonablemente cree que había sido alcanzado en un acuerdo de arbitraje (Kepper 2006: 1341). Sin embargo, cierto sector de la doctrina mantiene una posición reticente sobre la vinculación del convenio arbitral por falta de consentimiento (Sternlight 1997).²²

Sobre el particular, Aguilar Grieder (2001: 83) ha comentado que «la extensión *ratione personae* de la cláusula arbitral a los terceros, en general, y a las sociedades no suscriptoras de un grupo, en particular, no implica necesariamente un atentado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 [de la Constitución española] reconoce. En todo caso, dicho derecho no va a entenderse vulnerado cuando la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad no firmante del contrato, en el cual la misma aparece inserta, tenga su origen en la voluntad real de las partes».

Por ello, con base en la participación del no signatario y en las reglas de la buena fe es que pueden extenderse los efectos del convenio arbitral, y la circunstancia de que no se encuentre su firma, no es una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que «la voluntad inequívoca de las partes de someterse al arbitraje puede manifestarse tanto de un modo expreso como tácito» (Aguilar Grieder 2001: 59), con lo que la firma del contrato no es la única forma de obligarse, por lo que no se está vulnerando «el derecho de las personas a acudir a los tribunales estatales, sino que simplemente se otorga una importancia secundaria a los rigurosos requisitos formales exigidos por determinados instrumentos internacionales y por ciertas legislaciones nacionales» (Aguilar Grieder 2001: 59).

Al mismo tiempo, tanto la doctrina,²³ como los centros arbitrales, en especial la CCI (Correa Del Casso 2011), han tenido una preocupación constante sobre esta problemática.

20 El texto original en inglés es:

U.S. Constitution

Amendment 7 - Trial by Jury in Civil Cases

In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

21 Traducción libre del siguiente texto: «The Seventh Amendment preserves to litigants the right to jury trial in suits at common law».

22 Sternlight argumenta que la actual política pro arbitraje deja de lado el principio de consentimiento contractual y, a menudo conduce a la violación de los derechos constitucionales. También puede verse Uloth (2002)

23 Loban (2009) hace una distinción interesante entre teorías basadas en contratos (*contract-based theories*) y las teorías basadas en doctrinas (*doctrine-based theories*). Esta distinción se basa principalmente en que en la primera

En algunos casos, se ha buscado una interpretación creativa para poder extender la vinculación del convenio arbitral a los no signatarios, con base, además, en el principio a favor del arbitraje (*principle in favor of arbitration*).²⁴ Este principio se puede encontrar en la mayoría de los países que han adoptado una política pro arbitraje (Karrer 1996:31-38; Lew 2003: 150-151). Sin embargo, no creemos que este principio baste para incorporar un no signatario, en vista de que los fundamentos que sostiene el principio a favor del arbitraje se sustentan en problemas de *ratione materiae*, mas no sobre los alcances subjetivos del convenio arbitral (Talero Rueda 2010: 78-79).

3. Las partes del convenio arbitral vs. Las partes del proceso arbitral

Sin duda alguna, el caso Dow Chemical varias veces citado, establece no solo el inicio del estudio a profundidad acerca de la extensión del convenio arbitral, sino que además profundiza el consentimiento implícito, como ya hemos tenido ocasión de revisar en los puntos anteriores (Córdova Schaefer 2013: 181) y hace una distinción muy importante entre el concepto de parte contractual, por un lado, y el de parte procesal, por otro lado.

Así, en dicho laudo arbitral se sostuvo lo siguiente:

Considerando que un Grupo de sociedades posee, sin perjuicio de la personalidad jurídica distinta que poseen cada una de ellas, una realidad económica única que el tribunal debe tener en cuenta al resolver en torno a su propia competencia, en mérito de lo dispuesto en el art. 13 (versión de 1955) u 8 (versión de 1975) del Reglamento de la CCI; Considerando, en particular, que la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas sociedades del Grupo, debe vincular a las otras sociedades que por el papel que han jugado en la conclusión, ejecución o resolución de los contratos que contienen las citadas cláusulas, demuestran la voluntad común de todas las partes en este proceso de erigirse como verdaderas partes contratantes, o como partes afectadas, en primer lugar, por estos últimos así como por los litigios que puedan derivar de los mismos.

hay un contrato por el cual se origina la extensión del convenio arbitral, existe una parte que no ha firmado el contrato, pero de alguna forma u otra se encuentra relacionado con él. Este es el típico caso del subcontratista, o de los contratos de agencia. Mientras que la segunda se basa en desarrollos doctrinarios recogidos a raíz de la práctica en la jurisprudencia del arbitraje comercial internacional. Cabe advertir que esta clasificación es puramente para efectos académicos, para interpretar o distinguir entre las teorías que existen actualmente en el arbitraje internacional (y creemos que también es aplicable al arbitraje nacional), que no existe en consecuencia ninguna implicancia o fin diferente en la aplicación del mismo en casos concretos.

- 24 Ese es el caso, por ejemplo de las cortes de Estados Unidos, donde consistentemente han señalado que el acuerdo arbitral debe ser interpretado a favor del arbitraje, lo cual fue expresado en el caso *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler Plymouth Inc.* 473 US 614, 105 S CT 3346, 1985, al expresar lo siguiente: «questions of arbitrability [jurisdiction] must be addressed with a healthy regard for the federal policy favouring arbitration (...) The Arbitration Act establishes that, as a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay, or defense to arbitrability» (Las cursivas son nuestras). Así, también en el caso *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.* 460 U.S. 24-25 se dijo que «[The] Arbitration Act establishes that, as a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay, or a like defense to arbitrability» (Las cursivas son nuestras). De igual forma, en el Reino Unido se siguió este criterio en el caso *Stellar Shipping Co LLC v. Hudson Shipping Lines*, Case No: 2010-946, High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, 18 de noviembre de 2010, [2010].

Si pudiéramos en un laboratorio configurar un modelo perfecto para establecer quién es parte de un arbitraje, tendríamos que establecer que deben ser las partes que participaron del contrato que contiene una cláusula arbitral. Se tiene así que las partes que intervienen en este contrato se denominan en la doctrina procesal como la relación jurídica sustancial; mientras que las partes dentro de un proceso y extensivo —para estos efectos— al arbitraje, se denominan como la relación jurídica procesal.

El arbitraje exige que ambos tipos de relación sean idénticas; es decir, que las partes que conforman la relación jurídica sustancial sean las mismas que conforman la relación jurídica procesal. Este sería un modelo perfecto, el cual, en teoría nunca presentaría un problema de no signatarios.

Sin embargo, la realidad supera la ficción y en nuestro caso supera al modelo perfecto planteado. La realidad puede mostrar que las partes de la relación jurídica sustancial no sean las mismas que conforman la relación jurídica procesal. Existen partes que han intervenido en la relación jurídica sustancial; sin embargo, por el hecho de no encontrarse su firma dentro del contrato que habilite su participación en el arbitraje, se ven excluidas del mismo. El problema se ve cuando una de las partes necesita demandar a esta contraparte no-signataria, la cual —como se reitera— es parte de la relación jurídica sustancial. Entonces, árbitros y jueces han resuelto estos problemas viendo más allá de la firma ausente del no signatario y se han enfocado en el consentimiento (en su mayoría, un consentimiento implícito) para incorporar a este no signatario como parte de la relación jurídica procesal.

Existen también otros casos, en los que también se vislumbra la participación de no signatarios e incluso verdaderos terceros, que luego devienen en partes, por contratos que permiten su incorporación en la relación jurídica sustancial, como son los contratos de cesión de créditos, la subrogación u otros no necesariamente contractuales, como es el caso de la sucesión universal, donde se configura lo que los procesalistas llaman sucesión procesal. Estos casos, en consecuencia, denotan la posibilidad de que en el arbitraje nuestro modelo perfecto permita excepciones y que las partes no-signatarias ingresen a la relación jurídica procesal.

4. La funcionalidad del artículo 14 de la ley de arbitraje peruana

En la jurisprudencia, tanto la emitida por cortes judiciales como por tribunales arbitrales, no ha habido consenso en aceptar la extensión del convenio arbitral en los arbitrajes tanto internacionales como nacionales.

En primer lugar, el término «signatario» se usa como traducción del término signatory, que es muy utilizado en el arbitraje comercial internacional. Este término viene del latín signum que significa marca, insignia, seña. Se entiende que el signatario es aquella persona que firma o deja una marca personal en un documento. Esta palabra puede considerarse como una reminiscencia del artículo II de la Convención de Nueva York, el cual señala que: «The term "agreement in writing" shall include an arbitral agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams» (Las cursivas son nuestras).

Así, diversas legislaciones como la de España han seguido ese mismo criterio, por ejemplo, en el artículo 9.3 de la Ley Española de Arbitraje se señala que el convenio arbitral «deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes» (Las cursivas son nuestras). En

México, en el Código de Comercio, su artículo 1423 establece que «el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes [...]» (Las cursivas son nuestras).

No obstante, la formalidad del acuerdo arbitral ha tomado un giro a raíz de la modificación que recomienda la Ley Modelo, tal como lo ha hecho la legislación peruana, por ello, la referencia la «extensión del convenio arbitral a los no signatarios», podría causar ciertas confusiones (Blaise 2006: 1). Sin embargo, tanto la Ley Modelo como la Convención de Nueva York siguen planteando la interrogante de lo que puede entenderse «por escrito» y también sobre los intercambios de documentos, los cuales resultan anacrónicos en el comercio electrónico.

En principio, la tendencia actual es que no es exigible la «firma» como tal, sino que el convenio arbitral se encuentre por escrito. (International Council for Commercial Arbitration 1979: 309) El problema se presenta, como se ha dicho, en el comercio internacional, respecto a lo que significa o lo que debe entenderse «por escrito».

En general, las legislaciones de diversos países, requieren que el convenio arbitral se encuentre por escrito. Dado que las partes excluyen a la Administración de Justicia Estatal de la resolución de sus conflictos, el Estado tiene que estar seguro de que ambas partes prestaron su consentimiento para ello, a fin de no permitir abusos entre ellas.

Otra de las justificaciones que sustenta que el convenio arbitral deba estar por escrito es que produce certeza sobre el arbitraje, dado que no existen dudas acerca de su eficacia, además que permite que el laudo pueda ser ejecutado y reconocido sin contratiempos en el extranjero.²⁵

Ciertamente, a raíz del avance de la tecnología, desde mediados de los años ochenta, el internet y el comercio electrónico han hecho posible que el número de contratos internacionales se eleve a niveles exponenciales y que la negociación de los mismos pueda llevarse a cabo entre partes que se ubican a grandes distancias una de la otra y que puedan celebrar un contrato en minutos.

La Ley Modelo incorpora en su sesión del 2006 la opción I del artículo 7, que permite que el acuerdo arbitral pueda ser celebrado también por medios electrónicos o cualquier otro medio magnético o informático. Sin embargo, la Convención de Nueva York, creada en 1958, no podía prever la realización de contratos de esta forma, simplemente porque no existía el internet, por lo que el término «por escrito» solo podía darse a través del intercambio de cartas o telegramas.

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, entonces, utiliza un criterio de interpretación llamado «equivalente funcional» para entender que los requisitos de escritura²⁶ y firma²⁷ se

25 Por ejemplo, el artículo 35.2 de la Ley Modelo establecía que para reconocer o ejecutar un laudo no solamente se debía presentar el laudo original, sino además el documento donde se encontraba el convenio arbitral. Este artículo fue modificado en las enmiendas del 2006, en las que se ha eliminado el requisito de la presentación por escrito del convenio arbitral.

26 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico

Artículo 6. — Escrito

1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

(...)

27 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico

encuentran dentro de los alcances del comercio electrónico. Este criterio ha sido útil y es seguido por muchos árbitros y jueces, a pesar de haber ciertos casos en los que se han opuesto abiertamente.²⁸ Por otra parte, se usa el término de «extensión» del convenio arbitral toda vez que se presentan los efectos del mismo, esto es, incluir a una persona o parte que no firmó el acuerdo arbitral, pero se pretende que dicha persona esté obligada por dicho convenio a ir a un arbitraje en caso de conflicto. No obstante, se reconoce que, en cierta medida, el término «extensión» puede causar cierta confusión o engaño. Tal como refiere Hanotiau (2001: 254):

El concepto ampliamente utilizado de la «extensión» de la cláusula arbitral a los no firmantes es un concepto engañoso y, más aún, es probablemente incorrecto en gran medida, ya que, en la mayoría de los casos, las cortes y los tribunales arbitrales todavía basan su determinación de la cuestión de la existencia de una intención común de las partes y, por lo tanto, en el consentimiento. La cuestión básica, en tanto, sigue siendo: ¿quién es parte de la cláusula, o quién se ha adherido a la misma, o, eventualmente, quién no tiene derecho a sostener que no se ha adherido a la misma? En otras palabras, es un problema clásico del Derecho contractual. La verdadera cuestión es si tanto en el arbitraje internacional, dado su carácter específico y teniendo en cuenta los usos del comercio internacional; por un lado, uno deberá seguir las mismas reglas que se aplican a los casos ordinarios civiles y mercantiles o adoptar un enfoque más liberal; y en el segundo caso, qué enfoque debe adoptarse.²⁹

Y es que, en efecto, el problema no se trata de «extender» el convenio arbitral, sino más bien de definir quién es parte de la cláusula arbitral (Hanotiau 2012: 124) y en consecuencia ser obligado por ello. Más aún, tal como se ha referido en los párrafos anteriores, esta distinción entre signatario y no signatario se presta también a confusión, en vista de que las leyes actuales de arbitraje no requieren de la firma para ser parte de un contrato; por otro lado, la firma no

Artículo 7. — Firma

- 1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:
 - a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y
 - b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.
 - 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma. [...]
- 28 Tal es el caso de la Corte de Apelaciones de Halogaland en Noruega en una decisión emitida el 16 de agosto de 1999, en la que no se tomaron en cuenta los correos electrónicos que contenía un convenio arbitral, al estimar que dichos medios no cumplen con los requisitos básicos de protección y validez establecidos en la Convención de Nueva York, por lo que se desestimó la ejecución del laudo dictado en Londres.
- 29 Traducción libre del siguiente texto:

On the other hand, the widely used concept of «extension» of the arbitration clause to non-signatories is a misleading concept, and moreover, is probably wrong to a large extent since, in most cases, courts and arbitral tribunals still base their determination of the issue on the existence of a common intent of the parties and, therefore, on consent. The basic issue therefore remains: who is a party to the clause, or has adhered to it, or eventually is estopped from contending that it has not adhered to it. This is in other words a classic problem of contract law. The real issue therefore becomes whether in international arbitration, given its specific character and taking into consideration the usages of international trade, one should follow the same rules as are applicable to ordinary civil and commercial cases or adopt a more liberal approach; and in the latter case what approach should be adopted. We will therefore start this article by an analysis of the various theories on which courts have relied in complex multiparty, multicontract cases to determine whether or not an individual or company was to be considered a party to an arbitration agreement. (Hanotiau 2001: 254).

significa necesariamente que el firmante se convierte en una parte del contrato y de la cláusula de arbitraje que lo contiene (Poudret 2007: 211). Por ejemplo, en el caso de las Plataformas de las Pirámides (conocido también como Plateau des Pyramides). Esta controversia dio lugar a un laudo arbitral por la CCI el 16 de febrero de 1983, el cual fue anulado por la Cour d'appel de Paris (1984), y a su vez fue rechazado por la Corte de Casación Francesa (Revue de l'Arbitrage 1987: 469-471), finalmente fue resuelto, después de nueve años, en la resolución del CIADI de 1992 (International Council for Commercial Arbitration 1994: 51), en donde la firma o rúbrica de un ministro de Egipto en el contrato de un subcontratista, en la aprobación de los detalles técnicos del acuerdo principal, no implicaba que cualquier conflicto que ocurriese se someterían a un arbitraje.

Nótese que no se señala a este no signatario como un tercero ajeno a la relación contractual primigenia, en otras palabras, el no signatario no es un tercero, por lo que resulta inapropiado denominar a esta figura como «intervención de terceros en el arbitraje».³⁰

En general, los problemas que se presentan por la «extensión» del convenio arbitral a los no signatarios se dan cuando dos personas que acuerdan un convenio arbitral tienen, en el devenir del tiempo, un conflicto por el cual recurren a un arbitraje. Pero necesitan, para poder resolver dicho conflicto, la participación de este no signatario como parte del mismo, ya sea por distintas razones, como son su participación en la negociación, ejecución o culminación en la operación contractual, o porque pretende reconocer derechos de esa relación contractual, son, pues, varios los factores que hacen que un no firmante del contrato asimile la calidad de parte.

En esta situación, es menester al árbitro para poder dirimir la controversia e incluir dentro del proceso a este no signatario, pero el problema se suscita debido a la falta de legitimación por parte de este último, toda vez que no suscribió el contrato que contenía la cláusula arbitral, o algún otro acuerdo arbitral celebrado entre ellas.

Incluso, podríamos hacer la figura más compleja a través del denominado arbitraje multiparte; al respecto, Caivano (2007: 66) indica la diferencia entre arbitraje multiparte (*multiparty arbitration*) que puede implicar un solo contrato y diferentes partes, en contraposición con varios contratos y solo dos partes (arbitrajes múltiples o paralelos).³¹

30 Tal como comenta Silva Romero (2005: XXIV-XXV):

El arbitraje, (...) es un mecanismo jurisdiccional de resolución de litigios que proviene de un contrato – llámese éste pacto arbitral, cláusula compromisoria o compromiso–. Por lo tanto, sólo pueden participar en un procedimiento arbitral, y siempre y exclusivamente como partes, las partes del pacto arbitral. Dichas partes pueden haber suscrito el pacto arbitral o, mediante su comportamiento en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato principal que las ligan, pueden haber manifestado su voluntad de ser partes del pacto arbitral. En todo caso, quienes participan en un procedimiento arbitral siempre son partes puesto que las mismas son partes explícitas o implícitas del pacto arbitral que le da origen al arbitraje. En consecuencia, la palabra «tercero» es ajena al vocabulario del arbitraje comercial internacional. En el arbitraje comercial internacional, y en el arbitraje nacional de muchos países (Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Suiza, p. ej.), la palabra «tercero» ni recibe ningún significado ni cumple ningún papel. En otras palabras, la palabra «tercero» en el derecho comparado del arbitraje y en el arbitraje comercial internacional es un sin sentido.

31 «La multiplicidad de partes puede originarse tanto a consecuencia de una multiplicidad de contratos entre partes diferentes, como de un único contrato que vincule a más de dos partes. La multiplicidad de arbitrajes puede originarse aun entre dos únicas partes, si éstas están unidas a través de una multiplicidad de relaciones jurídicas que, aunque puedan estar relacionadas y ser concernientes a una única operación económica, surgen de contratos "independientes"» (Caivano 2007: 66) Véase también: Gravel 1996: 45-52; Voser 2008.

Sin embargo, es posible identificar supuestos en los que no existen múltiples partes, como tampoco existen múltiples contratos entre las partes, no obstante, se involucra en el mismo, la participación de un no signatario.

Actualmente, la nueva Ley de Arbitraje, influida por los cambios legislativos de España, la Ley Modelo, la práctica arbitral que se ha desarrollado en los últimos años en el Perú y, principalmente, por la jurisprudencia comercial internacional ha incluido la posibilidad de extender el convenio arbitral a un no signatario, como se expresa en el artículo 14°:

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Este artículo no hace referencia a terceros, sino a la parte que no ha firmado o no ha tenido intervención en la firma del contrato de arbitraje, en ese sentido, es muy importante no solo la relación que mantiene con la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, también será importante su consentimiento.

En un laudo arbitral, al comentar este artículo, se ha sostenido que:

Nótese que la norma, al referirse a derivar el consentimiento de la participación en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, en propiedad no se refiere a terceros. Se refiere a una forma de derivar o identificar en buena fe un consentimiento. No es la simple participación de la parte, sino que de dicha participación se puede derivar que, en buena fe, debe entenderse que consintió al arbitraje. Sustraerlo del arbitraje sería un acto de mala fe, porque en justicia, sabía que debía quedar vinculado, dado que sus actos han estado justamente dirigidos a privar de eficacia al convenio arbitral y al arbitraje que de él se derive. Su intervención lo convierte entonces en parte, si uno mira sus actos bajo la esfera de la buena fe.³²

Sin duda, es un aspecto de mucha trascendencia que nuestra ley de arbitraje haya recogido tratar el tema de la extensión del convenio arbitral, en buena cuenta, dado que a nivel legislativo en el derecho arbitral comparado no hay un antecedente parecido. Ahora bien, lo que sí existe es una vasta jurisprudencia arbitral, sobre todo a nivel internacional, acerca de la inclusión al arbitraje de los no signatarios, e incluso a través de estos laudos se ha ido configurando una serie de teorías a efectos de evaluar la pertinencia de la participación de partes que no firmaron la cláusula arbitral.³³ El artículo 14° de la Ley de Arbitraje guarda singular importancia en tanto

32 TSG v. Pesquera Industrial Chicama y otros. Laudo Arbitral de Derecho del 18/03/2009, Fundamentos 253 y 254. Para una mayor comprensión de este laudo y la sentencia que resuelve el recurso de anulación contra la misma, véase: *Infra* 4.1.

33 De acuerdo con Santistevan de Noriega (2009a: 21), al comentar este artículo, indica que el contenido esencial del artículo 14° de la Ley de Arbitraje –que permite la extensión del convenio a partes no signatarias– no constituye una creación heroica del legislador peruano sino que, como veremos, resulta ser una consecuencia natural de los avances jurisprudenciales, no exentos de debate por cierto, que se han dado en materia arbitral comercial internacional. Estos avances, hay que advertirlo, pueden ser perfectamente aplicables en nuestro medio tanto al arbitraje internacional cuanto al arbitraje doméstico. Por otra parte, a nivel jurisprudencial se han ido perfilando teorías como el *agency*, *third beneficiary*, *alter ego*, *piercing veil*, *Estoppel*. En el mismo sentido se pronuncia el Alfredo Bullard (s/f) al referir que

que utiliza una serie de conceptos amplios a efectos de globalizar en el supuesto de hecho de la norma, todos aquellos casos en los que aparezca la figura del no signatario; uno de estos conceptos es, por ejemplo, la incorporación de la figura de la buena fe en el artículo citado.

Sobre este punto, Galluccio y Mori Bregante (2011: 19) han comentado que el principio de buena fe «permite determinar que las partes signatarias del convenio se comprometieron a no realizar conductas que fueran en contra de su acuerdo para arbitrar, esto es, a actuar precisamente bajo los parámetros de la buena fe, como por ejemplo, no formar o utilizar distintas empresas de fachada que le permitan contrariar dicho acuerdo».

Por su parte, Suárez Anzorena (2005: 57-58) ha afirmado que «la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe».

Mientras que el tercero no ha tenido ningún tipo de participación dentro de la relación jurídica que contiene un convenio arbitral. En general, el arbitraje internacional no se ha detenido a analizar profundamente el problema de los terceros.

En principio, siempre ha habido rechazo a aceptar la intervención de terceros en el arbitraje, por contravenir la naturaleza contractual del arbitraje y, por ende, al principio de la relatividad de los contratos, por el cual tiene fuerza de ley entre las partes y no produce efectos respecto de terceros (Bianca 1987: 535). Sobre el particular, De Boissésón (1990: 246) ha expresado que «ni la intervención voluntaria, ni la intervención forzosa son compatibles con la naturaleza contractual del arbitraje. La intervención voluntaria no puede realizarse, a pesar de que todas las partes en el acuerdo de arbitraje estén de acuerdo».³⁴

Es posible identificar, según la intervención del tercero, características particulares, las que dependerán del momento en que se presenta dicho tercero, si es antes de la constitución del tribunal arbitral, o bien, en una fase posterior cuando ya se ejecute el laudo.

También es posible avizorar a aquel tercero que es ajeno al contrato y al arbitraje mismo, Mourre (2008: 18) llama a este tercero como «tercero absoluto»; mientras que en el caso de la intervención de un tercero en el arbitraje que fuese parte en el contrato que contiene un convenio arbitral, o en sujeción a la misma, lo denomina «tercero imperfecto».

Asimismo, procesalmente, también se reconoce al tercero de acuerdo con el tipo de pretensión que busca; Mourre (2008: 17) reconoce diferencia entre la intervención voluntaria principal (título activo) y la intervención forzosa (título pasivo).

No obstante, como se ha mencionado, estos terceros no han tenido cabida en el arbitraje internacional; sin embargo, Mourre propone en ciertas circunstancias la intervención de terceros en el arbitraje, basado en dos razones principalmente; la primera, referente a una cuestión de

Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual y escapa al contenido del artículo. El artículo 14 permite la incorporación de partes no signatarias, es decir, de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo el ámbito del principio de buena fe.

34 Traducción libre del francés del siguiente texto: «Ni l'intervention volontaire, ni l'intervention forcée ne sont compatibles avec la nature contractuelle de l'arbitrage. L'intervention volontaire ne peut se réaliser que dans l'hypothèse où l'ensemble des parties à la convention d'arbitrage accepte le principe de cette intervention» (De Boissésón 1990: 246).

economía procesal, en palabras de Mourre (2008: 18) es deseable prevenir una fragmentación del contencioso, y así evitar pronunciamientos contradictorios. Segundo, hay presencia de la posible afectación del derecho de un tercero; en el caso de los terceros imperfectos, sería posible su intervención voluntaria, más aún, si el laudo puede afectar un derecho legítimo del tercero, debería entonces tener el derecho de defenderse en el arbitraje.

Sin embargo, hay ciertos reparos en esta propuesta, dado que cualquier tercero no podría incorporarse al arbitraje, más aún, este siempre tiene que tener un carácter voluntario, lo cual parte del consentimiento de todas las partes; la cuestión es si el árbitro tiene la facultad de obligar a este tercero al arbitraje. La jurisprudencia ha sido unánime en rechazar dicho supuesto.

Ahora bien, se analizará la sentencia recaída en el Exp. 00451-2009, la cual se constituye como la primera referencia a nivel judicial de la aplicación del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Asimismo, se analizará la Casación N.º 2994-2010-Lima, la cual también aborda el tema de la extensión, pero no exactamente del convenio arbitral, sino del laudo arbitral, lo cual servirá para identificar los efectos de un laudo sobre alguien que no tuvo participación en el proceso arbitral.

4.1. TSG Perú SAC versus pesquera Industrial Chicama y otros

Sin duda, este es el primer laudo arbitral que una corte judicial revisa sobre el tema de la extensión del convenio arbitral a un no signatario; sin embargo, cabe precisar que ya ha habido anteriores arbitrajes que trataron el tema de la extensión *ratione personae* del convenio arbitral. No obstante, la mayoría de esos arbitrajes recurrieron a la figura del litisconsorcio regulado en el Código Procesal Civil y muchos de esos casos no llegaron a la Corte Suprema por recurso de nulidad.

En este caso, específicamente, surgió una controversia entre la empresa TSG Perú SAC, por una parte, y Pesquera Industrial Chicama SAC, Langostinera Caleta Dorada SAC, Pesquera Libertad SAC, Procesadora del Campo SAC y Pesquera Industrial Katamarán SAC, por la otra parte.

La empresa TSG había firmado un contrato de suministro con la empresa Harinas Especiales SAC, y ante el incumplimiento de esta última, TSG solicitó un arbitraje (cabe mencionar que este arbitraje se llevó a cabo de acuerdo con la Ley General de Arbitraje, Ley 26572), los árbitros, por su parte, incorporaron como partes a Pesquera Industrial Chicama SAC, Langostinera Caleta Dorada SAC, Pesquera Libertad SAC, Procesadora del Campo SAC y Pesquera Industrial Katamarán SAC, por entender que ellas se encuentran vinculadas económicamente y actuaron de forma fraudulenta.

Ante este escenario, estas empresas incorporadas, interpusieron un recurso de nulidad fundamentando, entre otras razones, la vulneración al debido proceso, en cuanto que los árbitros al someter la litis al arbitraje vulneraron su derecho al juez natural. Asimismo, los árbitros no señalaron cuál es el artículo jurídico que posibilita el levantamiento del velo societario, como tampoco explicaron de qué forma determinaron la vinculación entre las empresas.

Ahora bien, dentro de los fundamentos desarrollados por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior, divide las participaciones de algunas, en especial de Caleta Dorada, Procesadora del Campo y Libertad, dado que ellas se opusieron durante todo el arbitraje al ser incorporadas al mismo justifica el reclamo previo establecido en

el inciso 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje³⁵ para habilitar el recurso de anulación de laudo arbitral. (Tribunal Constitucional 2009: F. Décimo) El Tribunal Arbitral,³⁶ por su parte, señaló que el fondo del presente arbitraje justamente discute una supuesta vinculación o concertación entre las empresas demandadas con el aparente objetivo de perjudicar a TSG. Es a su vez, dicha supuesta vinculación, uno de los argumentos principales de la demandante para sustentar sus pretensiones. (Tribunal Constitucional 2009: F. Duodécimo)

Asimismo, el Tribunal Arbitral considera que es posible extender el convenio arbitral a no signatarios al referir que una de las posibilidades [de obligar a participar en el arbitraje a sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral] hace referencia a la eventual relación entre las empresas o sociedades demandadas, en el sentido de que entre ellas exista una vinculación tal que, detrás de cada empresa demandada, finalmente se encuentre la misma, oculta en aparentes personalidades diferentes. Al respecto [citando a Roque Caivano] hace expresa referencia a la teoría del levantamiento del velo societario de las personas jurídicas, justamente para determinar si efectivamente existe o no tal vinculación. (Tribunal Constitucional 2009: F. Duodécimo)

Sin embargo, el propio Tribunal Arbitral reconoce algunas deficiencias probatorias a efecto de saber si existe una vinculación económica entre las empresas, al reconocer que a la fecha aún no se ha actuado prueba suficiente que pruebe efectivamente dicha vinculación de las empresas demandadas no firmantes del Convenio Arbitral, es necesario por un lado mayor actuación de pruebas por parte de la demandante TSG a fin de probar su afirmación de tal vinculación, y por otro la realización de mayores investigaciones de las empresas demandadas, a fin de obtener mayores elementos de juicio para determinar, o por el contrario desestimar, dicha pretendida vinculación. (Tribunal Constitucional 2009: F. Duodécimo)

Como puede observarse, el Tribunal Arbitral pretendía otorgar a las partes los elementos necesarios para iniciar un etapa probatoria a efectos de saber si existía una vinculación empresarial, en base a proteger el derecho al debido proceso de todas las partes; sin embargo, para la Corte Superior, en realidad es el origen de los vicios del arbitraje, dado que para la Corte solo puede instaurarse sobre el consentimiento de las partes, cualquier manifestación de poder jurisdiccional que un particular pretenda imponer a otro, por mínima que sea, implica necesariamente un acto vulneratorio e inconstitucional en contra del afectado. (Tribunal Constitucional 2009: F. Quinto)

35 Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

[...]

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

36 El Tribunal Arbitral estuvo integrado por los Drs. Alfredo Bullard, Rafael Montoya Álvarez y Alberto Montezuma Chirinos

La Corte, asimismo, sostuvo lo siguiente:

Cuando un árbitro decide incorporar a un sujeto determinado a un proceso arbitral, lo somete necesariamente al régimen procesal que él implica. Dentro de ese proceso, el sujeto deberá respetar las atribuciones del árbitro o árbitros que lo dirigen, colaborar con su tramitación, cumplir los mandatos que se le impongan durante la tramitación, afrontar los honorarios arbitrales y, en general, entrar a un estado de colaboración y sujeción frente a las disposiciones que dentro del litigio lo involucren. Sin embargo, la imposición de este régimen procesal sólo puede verse justificada cuando es la propia persona la que se ha sometido a él. Aun cuando luego de [sic] esa decisión pretenda eludir la jurisdicción arbitral, quien haya suscrito el convenio arbitral estará indefectiblemente obligado a ser parte del arbitraje. *Pero si eso no se da, entonces no existe posibilidad alguna de imponer válidamente este régimen a quien nunca quiso ser parte de él. Para el tercero, el árbitro no es más que otro particular, incapaz de someterlo a su decisión ni a un proceso que él haya por alguna causa iniciado. Nadie puede hacerse por sí mismo juez de nadie.* (Tribunal Constitucional 2009: F. Quinto : segundo párrafo) . (Las cursivas son nuestras)

En este punto, la Corte confunde tercero con no signatario, evidentemente, cuando se trata de un tercero, este no tiene por qué intervenir ni ser compulsado al arbitraje, pero un no signatario es una parte del contrato, que por alguna razón no ha firmado el contrato, o bien ha prestado un consentimiento implícito en la relación sustantiva, lo que debe desprenderse del análisis de las circunstancias del caso. Esto implica que para la Corte, en términos prácticos, un no signatario nunca llegará a ser parte de un arbitraje.

No es de extrañar entonces que la Corte proceda a señalar que: «desde el mismo momento en que los árbitros que dirigieron el proceso arbitral objeto de revisión, deciden someter a él a terceras personas que nunca suscribieron un convenio arbitral que los obligara a ello, inician una serie de actos que sin mayor complemento son ya por sí mismos nulos (...)». (Tribunal Constitucional 2009: F. Décimo Sexto)

Resulta curiosa esta sentencia emitida por la Corte Superior, ya que argumenta, por un lado, que «los árbitros al decidir incorporar a las tres empresas citadas al arbitraje, no han justificado su posición en norma legal alguna de nuestro ordenamiento jurídico» (Tribunal Constitucional 2009: F. Décimo Noveno); ciertamente, no existía una norma en el arbitraje peruano que permitiera la incorporación de no signatarios antes del Decreto Legislativo 1071. Más aún, no hay norma que permita el levantamiento del velo societario. Sin embargo, ello no es óbice a realizar una interpretación sistemática de nuestra normativa, más aún la Ley General de Arbitraje permita la incorporación de no signatarios en casos puntuales, como son el caso de un convenio arbitral estatutario o el convenio arbitral en un testamento. Es posible, entonces, darse cuenta de que la práctica o la realidad superan al ámbito jurídico ampliamente, y este debe tratar de estar a la par y, tal como hemos visto en los puntos anteriores, el levantamiento del velo societario ha sido aplicado no solo por tribunales y árbitros en el extranjero, sino también por jueces peruanos.

Llama la atención, entonces, que la Corte justifique que no intenta desconocer la doctrina y jurisprudencia internacional, dado que el arbitraje al que se ha referido es uno de derecho y no de conciencia. Es acaso, entonces, que ¿la aplicación de la extensión del no signatario solo puede ser en un arbitraje de conciencia?

Y con ello sentencian que «no existe extremo alguno en la Ley N.º 26572 que siquiera sugiera la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a quienes no quisieron celebrarlo» (Tribunal Constitucional 2009: F. Vigésimo). Más aún, recalcan que el artículo 14

del Decreto Legislativo 1071 «es capaz de legitimar un ejercicio semejante al realizado por los árbitros», ya que este artículo «sin que en parte alguna de este texto pueda subsumirse un supuesto como el defendido por los árbitros, de incorporación forzosa de un tercero al arbitraje por encontrarse en vinculación fraudulenta con quien sí lo hizo, en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario» (Tribunal Constitucional 2009: F. Vigésimo Primero).

El tema de la aplicación del levantamiento del velo societario, sin duda, es una materia controvertida y muy compleja que merecería un tratamiento especial en otra investigación (Córdova Schaefer (2013: 239 y ss.).

La crítica que se formula a la sentencia emitida tiene dos aspectos, el primero, se refiere a la limitación que formula la Corte al reducir el poder de los árbitros para aplicar en el arbitraje la teoría del levantamiento del velo societario; y el segundo es que esta facultad debe ser otorgada por las partes.

Así, la Corte reconoce que es posible la aplicación del levantamiento del velo societario, pero duda de que esto pueda llevarse a cabo por un árbitro. Esto se distingue en su fundamento vigésimo quinto, el cual dice lo siguiente:

No estamos negando con esto la justicia de construcciones doctrinarias como la del levantamiento del velo societario. Nadie que pretenda conocer el derecho en la actualidad se atrevería a negar la utilidad de construcciones doctrinarias como aquella, que buscan desenmascarar a quienes instrumentalizan de forma fraudulenta el molde empresarial para perjudicar y extraviar detrás de formas y conceptos jurídicos el derecho de los demás. No es esta la intención del Colegiado.

Lo que está ahora en discusión es si la función de desenmascarar la existencia de esos tratos fraudulentos entre empresas puede ser ejercida o no por particulares a los que las partes nunca facultaron para llevar a cabo esta tarea. (Las cursivas son nuestras)

En el párrafo citado, adviértase que para la Corte, los árbitros han descendido al nivel de un particular, dado que las partes no facultaron al árbitro para que aplique la teoría del levantamiento del velo societario; pero, en realidad, no necesita dicha facultad, la Corte olvida que tanto el juez como el árbitro tienen el poder de la *jurisdictio*,³⁷ lo que no puede ejercer el árbitro es la *coertio* y *executio*.³⁸ Más aún, las partes no podrían facultar al árbitro para que lleve a cabo esa tarea, porque parte del análisis que se da dentro del arbitraje tiene que ser probado y no puede juzgarse *ex ante*.

Sobre este tema, De Trazegnies Granda (2007: 18) ha referido que:

[...] dentro de la ley peruana [refiriéndose a la Ley General de Arbitraje], el árbitro podría conocer una causa contra una parte no directamente firmante del compromiso arbitral haciendo uso de la

37 «El arbitraje es una justicia; privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo: Ésta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar; el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en toda su plenitud» (Oppetit 2006: 57).

38 Cabe señalar que incluso los caracteres de *executio* y *coertio*, excluidas a los árbitros, se encuentran relativizados en la Ley de Arbitraje peruana, es decir, se permite al árbitro poder ejecutar sus laudos, siempre que medie acuerdo entre las partes o se encuentre previsto en el Reglamento arbitral aplicable, en virtud del artículo 67 de la Ley de Arbitraje, se le otorga la facultad al árbitro de decidir discrecionalmente en caso de necesitar la fuerza pública, entregar los actuados a la parte, para que esta recurra al Poder Judicial. *Cfr.* Bullard González (2011: 744 y ss.). Este autor sostiene que incluso la facultad de ejecución responde por un tema histórico a los árbitros, antes que la autoridad judicial; e incluso, la ejecución de laudos por parte del Poder Judicial es una actividad reciente, el cual data desde el año 1920 con las leyes americanas que exigían que la ejecución de laudos sea llevado a cabo por las cortes ordinarias.

facultad que le otorga el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje para decidir acerca de su propia competencia incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o validez del convenio arbitral, ya se trate de oposición total o parcial al arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida; norma que autoriza al tribunal arbitral a considerar estos temas ex officio en cualquier estado de la causa y no solamente al ser presentadas por las partes sus pretensiones iniciales.

En efecto, se considera que si en un caso particular el árbitro detecta la comprobación de fraude por un conjunto de empresas, las que han obtenido ventajas económicas y han causado perjuicios a su contraparte, debe entonces observarse la presencia de mala fe por parte de estas empresas a fin de desproteger a la parte contraria del convenio arbitral y evitar que se oculte a través de este aparato corporativo, lo cual no va en sintonía con el acuerdo de las partes y las reglas de la buena fe.

En consecuencia, un no signatario puede ser compelido a arbitraje en tanto que se está refugiendo mediante un álter ego para evadir su responsabilidad y evadir un arbitraje limitado por la falta de la suscripción del mismo.

4.2. La extensión de los efectos de un laudo arbitral a terceros: Casación n° 2994-2010-Lima

La Casación N.º 2994-2010-Lima no trata el tema de la extensión del convenio arbitral a no signatarios, sino el tema de la extensión de los efectos de un laudo arbitral a terceros. Se ha procedido al análisis de esta casación con la finalidad de entender mejor la figura del no signatario regulada en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, justamente a partir de la identificación de un «tercero»; en este supuesto no se considera a una parte o partes no-signatarias, sino a un auténtico tercero que no ha tenido participación alguna en el contrato entre las partes —ni en la negociación, ejecución o culminación— o que quiera obtener un beneficio del mismo.

La casación comentada fue emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, el 27 de junio de 2011, la cual resolvió sobre la ejecución de un laudo arbitral aplicable tanto a las partes que participaron en el arbitraje como a los terceros que no tuvieron participación en ella.

En este caso, el recurso fue interpuesto por Jorge Enrique Cortés Martínez contra la resolución dada por la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual confirmaba la resolución del *A quo* para que se ejecute el laudo contra el señor Rodolfo Orellana Rengifo a efectos de que entregue el inmueble, objeto del arbitraje, mediante el lanzamiento del mismo. No obstante, la Sala Comercial hizo la salvedad de que dicho lanzamiento no procedía contra los terceros que ocupaban el inmueble. Es sobre este último punto sobre el cual se interpone el recurso de casación.

La Corte Suprema, si bien admitió la demanda contra el señor Rodolfo Orellana Rengifo, notificó a los terceros con el escrito de demanda de ejecución de laudo arbitral en sede judicial, con lo que la señora Martha Juana Tesén Quispe solicitó intervenir como litisconsorte en calidad de tercero con interés.

De acuerdo con los artículos 593³⁹ y 690⁴⁰ del Código Procesal Civil, el lanzamiento debe ejecutarse contra todo aquel que se encuentre ocupando el bien inmueble, a pesar de que no haya tenido participación en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación.

Esto conlleva algunos problemas cuando se está frente a un arbitraje, como lo menciona García Calderón Moreyra (2012: 25) respecto a los artículos citados: «Se trata de normas aplicables al procedimiento procesal ordinario más no al procedimiento arbitral no siendo compatibles dichas normas teniendo en consideración que el tercero no ha sido incorporado en sede arbitral y por tanto no pudo hacer valer sus derechos en esa instancia».

En efecto, a criterio de la Corte Suprema, para subsanar esta indefensión del derecho de defensa del tercero ha señalado: «En aplicación del artículo 690 del Código Procesal Civil, a fin de garantizar el derecho de terceros que se puedan ver perjudicados con la ejecución del laudo, se ha procedido a notificar a los ocupantes del inmueble con el mandato ejecutivo [...]. Además [...] se ha incorporado al proceso a Martha Juana Tesén Quispe en calidad de tercera con interés, al estar en posesión del bien materia de ejecución, (...) no habiendo acreditado en modo alguno tener título que legitime tal posesión sobre el bien».(2010)

En este escenario, el tercero ve vulnerado su derecho al debido proceso, toda vez que no pudo participar en el arbitraje para hacer valer su derecho. El hecho de ser notificada en el proceso de ejecución no subsana esta indefensión. No es lo mismo defenderse dentro de un arbitraje, donde se puede actuar pruebas, objetarlas, etc., que en un proceso de ejecución donde el tercero no puede probar qué clase de título posesorio ostenta.

Al no ser parte del convenio arbitral, el tercero no tiene intervención alguna en el arbitraje y tampoco tendría por qué estarlo; en este caso, el tercero debería ser demandado en la vía ordinaria, e incluso queda claro que este tercero no podría interponer un recurso de anulación de laudo (Sabroso Minaya 2012: 30), dado que no podría cumplir con los requisitos que exige el artículo 63 de la Ley de Arbitraje. La Corte, en este caso, trató de armar un rompecabezas, pero con piezas pertenecientes a otros rompecabezas.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en el caso de la Sociedad Minera María Julia,(2011) respecto a la posibilidad de que un tercero pueda interponer un amparo contra un laudo arbitral que afecte sus derechos.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional estableció como precedente de observancia obligatoria que:

39 Código Procesal Civil

Artículo 593. Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso no aparezcan en el acta de notificación.

Se entiende efectuado el lanzamiento, solo cuando se hace entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado.

Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento.

40 Código Procesal Civil

Artículo 690.- Están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor; contra aquel que en el mismo tiene la calidad de obligado y, en su caso el constituyente de la garantía del bien afectado, en calidad de litis consorte necesario.

Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a este con el mandato de ejecución. La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el artículo 101. Si se desconociera el domicilio del tercero se procederá conforme a lo prescrito en el artículo 435.

No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

[...]

c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N.º 1071. (Tribunal Constitucional 2011: F. Vigésimo Primero)

Asimismo, el Pleno Jurisdiccional Comercial de Lima acordó que cuando la ejecución de laudo arbitral afecte a terceros, procede su notificación cuando lo soliciten las partes, lo solicite el propio tercero o el juez –como director del proceso– considere atendible la notificación, de lo contrario se afectaría su derecho de defensa.

Más aún, el Pleno sostuvo que:

En los casos de restitución o entrega de bienes inmuebles, si el tercero se opusiera a la ejecución (o alegara contradicción) del [...] laudo arbitral, sustentando y acreditando que se encontraba en posesión del bien submateria, incluso con anterioridad a la fecha de celebración [...] del proceso arbitral, el cual resolvió la desocupación del mismo; la oposición (o contradicción) interpuesta judicialmente deberá ser amparada, pues de no ser así se estaría no solo violentando normas procesales sino también normas que constituyen garantías constitucionales como la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso en su vertiente: derecho de defensa, toda vez que el tercero quedaría en total indefensión.

Dicho esto, se puede extraer las siguientes conclusiones:

- a) Primero, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje permite la extensión de la eficacia del convenio arbitral a no signatarios, que en el fondo son partes que no tuvieron la oportunidad de firmar un contrato; sin embargo, se comportan como tales al participar en la operación económica del contrato en cualquiera de sus etapas. Esta norma no se aplica a terceros que no tienen contacto alguno con la relación jurídica que da origen al convenio arbitral.
- b) Segundo, el tercero ajeno al convenio arbitral tiene la opción de interponer el recurso constitucional de amparo contra la ejecución del laudo arbitral, en virtud del precedente de observancia obligatoria emitida por el Tribunal Constitucional en el caso de la Minera María Julia.
- c) Tercero, la notificación del mandato de ejecución del laudo no subsana la indefensión producida por la no participación del tercero en el arbitraje, dado que el tercero no puede contradecir sobre el fondo del asunto en el arbitraje —y tampoco podría hacerlo en virtud de que no es parte del convenio arbitral— con lo que la imposición de la ejecución del mandato contra el tercero vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, por ello, este extremo debe ser ventilado en un proceso ordinario.

5. Conclusiones

- a) La figura de la intervención de terceros regulada en el Código Procesal Civil no puede aplicarse al arbitraje. El arbitraje tiene sus propias reglas sobre la intervención de no signatarios, fruto de la experiencia de la práctica arbitral.

- b) De igual forma, es el árbitro, quien en virtud del principio *Kompetenz Kompetenz*, decide si incorpora o no incorpora al no signatario. Para ello, debe analizar la participación contractual del no signatario en el marco de las reglas de la buena fe y los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.
- c) *El recurso de recusación no es una figura válida por la cual pueda cuestionarse el proceder de un árbitro que ha extendido el convenio arbitral a un no signatario, dado que esto implicaría que una institución arbitral se pronuncie sobre ello.*
- d) El recurso de anulación resulta ser un mecanismo de control ex post para que la jurisdicción estatal pueda revisar la decisión del árbitro al incorporar a un no signatario en el arbitraje.

6. Bibliografía

a) Libros y artículos:

ABDEL, Mohamed

2011 «Extension of arbitration agreements to third parties: A never ending legal quest through the spatial-temporal continuum». En FERRARI, Franco y Stefan KRÖLL (editores). *Conflict of Laws in International Arbitration*. Munich: European Law Publishers – NCTM Studio Legale Associato.

AGUILAR, Hilda

2001 *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el Arbitraje Comercial Internacional*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela.

ARRARTE, Ana María

2007 «De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites a su actuación». *Themis, Revista de Derecho*. Lima, número 53, pp. 91-104.

BENSON, Bruce L.

1990 «Customary Law with Private means of resolving disputes and dispensing Justice: A description of a modern system of Law and Order without State coercion». *The Journal of Libertarian Studies*, volumen IX, número 2, pp. 25-42.

BIANCA, C. Massimo

1987 *Diritto Civile*. Tomo III. Il Contratto. Giuffrè Editore.

BLAISE, Stucki y Wittmer SCHELLENBERG

2006 *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories*. ASA Below 40 – Conference of September 29, 2006.

BRINSMEAD, Simon

2008 «Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories:

which law should apply?». *The ICFAI Journal of Alternative Dispute Resolution*, Volumen 7, pp. 17-28.

BULLARD, Alfredo

2011 «Art. 67.- Ejecución arbitral». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 744-762.

2006 «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 2, pp. 155-225.

2003 «La década de los noventas: La experiencia peruana en libre competencia». En *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Lima: Thémis, USAID.

s/f «¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana». En *Latin Arbitration Law* <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>

CAIVANO, Roque

2006 «Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitrajes». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 2, pp. 107-153.

CANTUARIAS, Fernando y Manuel ARAMBURÚ

1994 *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de La Fuente.

CANTUARIAS, Fernando

2004 «Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje». *Revista de Economía y Derecho*. Lima, pp. 29-50.

1996 «Reflexiones acerca de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral: y después nos preguntamos por qué el arbitraje funciona recién desde 1996». En *Arbitraje on Line, Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima*. www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz_arbitro2.htm

CONEJERO, Cristian

2006 «Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, número 4, pp. 12-103.

CÓRDOVA, Jesús

2013 *¿Arbitrar o no arbitrar? He ahí el dilema: La vinculación del convenio arbitral a los no signatarios*. Tesis para optar el título profesional de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

CORREA, Juan Pablo

2011 «La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: análisis de la doctrina de la Corte de Arbitraje de la CCI». En MONTAÑA, Miguel (editor). *Arbitraje: comentarios prácticos para la empresa*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, pp. 45-74.

CORRIE, Clint A.

2007 «Challenges in International Arbitration for Non-Signatories». *Comparative Law Yearbook of International Business*. Volumen 29, pp. 45-74.

COUR DE CASSATION

1987 «1o) Southern Pacific Properties Ltd 2o) Southern Pacific Ltd v. République arabe d'Egypte». *Revue de l'Arbitrage*. Paris, 1987, volumen 1987, número 4, pp. 469-471.

CRAIG, Laurence W., William PARK y Jan PAULSSON

2000 *International Chamber of Commerce Arbitration*. Tercera edición. Oceana Publications Inc., ICC Publishing.

DE JESÚS, Alfredo

2006 «La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 3, pp. 63-136.

DE BOISSÉSON, Matthieu

1990 *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. GLN-éditions.

DE TRAZEGNIES, Fernando

2004 «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». *Ius et Veritas. Revista de Derecho*. Lima, año XIV, número 29, pp. 12-22.

2003 *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca «Para leer el Código Civil», volumen IV, tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

GALLUCCIO, Giuseppe y Pablo C. MORI

2011 *El juego de las máscaras: La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el caso de los grupos de sociedades*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

GARCÍA CALDERÓN, Gonzalo

2012 «La extensión de laudo arbitral según la Corte Suprema». *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, tomo 161, pp. 23-28.

GRAVEL, Serge

1996 «Multiparty arbitration and multiple arbitrations». *ICC bulletin*. Volumen 7, número 2, pp. 45-52.

HANOTIAU, Bernard

2012 «Groups of companies and groups of contracts: A general introduction». En ROVINE, Arthur W. (editor). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*. Volumen 5, pp. 121-128.

2001 «Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts–Parties–Issues – An Analysis». *Journal of International Arbitration*. Volumen 18, número 3, pp. 251-360.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION

1994 «Southern Pacific Properties (Middle East) v. República Arabe de Egipto». *Yearbook Commercial Arbitration*. Volumen XIX.

1979 «Obergericht of Basle, 3/06/1971». *Yearbook Commercial Arbitration*. Tomo IV.

KARRER, Pierre y Claudia KÄLIN-NAUER

1996 «Is There a Favor Jurisdictionis Arbitri? Standards of Review of Arbitral Jurisdiction Decisions in Switzerland». *Journal of International Arbitration*. Volumen 13, número 3, pp. 31-38.

KEPPER, Andrew M.

2006 «Contractual Waiver of Seventh Amendment Rights: Using the Public Rights Doctrine to Justify a Higher Standard of Waiver for Jury-Waiver Clauses than for Arbitration Clauses». *Iowa Law Review*. Volumen 91, número 4.

KOCH, Christopher

2010 «Judicial activism and the limits of institutional arbitration in multiparty disputes». *ASA Bulletin*. Volumen 28, número 2, pp. 380-391.

KUNDMÜLLER, Franz y Roger RUBIO

2006 «El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte». *Lima Arbitration*. Lima, número 1, pp. 69-112.

KUNDMÜLLER, Franz

2011 «El futuro del arbitraje en el Perú». En ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE (editor). *Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Volumen 6. Lima: Palestra Editores, pp.405-438.

LANDA, César

2007 «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Themis. Revista de Derecho*. Lima, número 53, pp. 39-42.

- LANDOLT, Phillip
2009 «Extension of subjective scope of arbitration clauses under Swiss law upon request of respondent». http://www.charlesrussell.co.uk/UserFiles/file/pdf/International%20Arbitration/Briefing_note_International_arbitration_Extension_of_subjective_scope_of_arbitration_clauses.pdf
- LEW, Julian D. M., Loukas A. MISTELIS, y Stefan KRÖLL
2003 *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International.
- LOBAN, Karyna
2009 *Extension of the arbitration agreement to the third parties*. Budapest: Central European University.
- MEYERSON, Bruce E.
2006 «But I didn't sign an arbitration agreement!» www.brucemeyerson.com
- MOURRE, Alexis
2008 «La intervención de terceros en el arbitraje». *Iuris Consulto. Revista de la Carrera de Derecho de la USIL*. Lima, año 1, número 1.
- OPPETIT, Bruno
2006 *Teoría del arbitraje*. Traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá: Legis.
- OSTERLING, Felipe
2008 «¿Solución de controversias en arbitraje o en el Poder Judicial? Mecanismos para integrarlas en una sola jurisdicción». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (director). *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 75-85.
- PANDURO, Lizbeth Nathaly
2011 *Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- PAULSSON, Jan
1995 «Arbitration without privity». *International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Washington D.C., volumen 10, número 2, pp. 232-257.
- PAVIC, Vladimir
2009 «Non-Signatories and the long arm of Arbitral Jurisdiction». En HAY, P., L. VEKAS, Y Elkana y N. DIMITRIJEVIC (editores). *Resolving International Conflicts – Liber Amicorum Tibor Varady*. Budapest: CEU Press, pp. 213-229.

PÉREZ-ROSAS, Juan José

2007 «Enemigos íntimos: Código Procesal Civil vs. Ley General de Arbitraje, a propósito del debido proceso». En ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE (editor). *Ponencias del Congreso Internacional de arbitraje 2007*. Lima: Palestra Editores.

POUDRET, Jean-François y Sébastien BESSON

2007 *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell Ltd.

RAMBAUD, Patrick

1993 «L'affaire des 'Pyramides': suite et fin». *Annuaire français de droit international*. Volume 39.

RUBINS, Noah

2009 «Arbitration agreements and non-signatories». En: SOTO COAGUILA, Carlos (Ed.). *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 539-566.

RUBIO, Róger

2007 «Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». *Themis*. Lima, número 53, pp. 7-28.

SABROSO, Rita

2012 «La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral». *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 161, pp.29-34.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge

2009a «Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral». *Ius et Veritas*. Lima, volumen 18, número 37, pp. 38-58.

2009b «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 8, pp. 17-49.

SCOTT, Alan

2008 «Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of "Consent"». *Arbitration International*. Oxford, volumen 24, número 2, pp. 199-264.

SILVA, Eduardo

2005 «El arbitraje examinado a la Luz del derecho de las obligaciones». En SILVA, Eduardo y Fabricio MANTILLA. *El contrato de arbitraje*. Santa Fé de Bogotá: Temis, pp. xv-xxxiv.

SOTO, Carlos y Alfredo BULLARD

2010 «Why fix what is not broken?». En SOTO, Carlos y Alfredo BULLARD.

Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. XIII-XXII.

STERNLIGHT, Jean R.

1997 «Rethinking the constitutionality of the Supreme Court's preference for binding arbitration: A fresh assessment of Jury Trial, Separation of Powers, and Due Process concerns». *Tulane Law Review*. New Orleans, volumen 72, número 1.

STRONG, S. I.

2012 «Does Class Arbitration "change the nature" of arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T, and a return to first principles». *Harvard Negotiation Law Review*. Cambridge, volumen 17, pp. 201-271.

SUÁREZ, Ignacio

2005 «Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, número 2, pp. 54-75.

TALERO, Santiago

2010 «Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje». *Lima Arbitration*. Lima, número 4, pp. 71-100.

ULOTH, J. Douglas y Hamilton RIAL III

2002 «Equitable estoppel as a basis for compelling non-signatories to arbitrate – A bridge too far?». *Review of Litigation*. Austin, volumen 21, número 3.

VOSER, Nathalie

2008 *Multi-party disputes and joinder of third parties*. ICCA, Congress 2008, Dublin.

WANG, Margaret

2000 «Are Alternative Dispute Resolution methods superior to litigation in resolving disputes in International Commerce?». *Arbitration International*. Londres, volumen 16, número 2, pp.189-211.

b) Jurisprudencia:

COMMERCIAL COURT

2004 *Peterson Farms Inc v C & M Farming Ltd [2004] APP.L.R. 02/04*. February 4.

CORTE SUPREMA

2010 *Casación N.º 2994-2010-Lima*.

COURT OF APPEAL

2009 *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*. EWCA, 2009, Civ. 755. July 20.

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO
2012 *Resolución N.º 695-2011-OSCE/PRE*. 12 de diciembre del 2011.

SWISS FEDERAL SUPREME COURT, FIRST CIVIL LAW CHAMBER
2008 *Federal Court Decision 4A_376/2008*. 5 de diciembre. Consulta: 13 de marzo de 2012.
http://www.praetor.ch/index.php/download_file/view/218/248/

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
2011 *Expediente N.º 00142-2011-PA/TC*. 21 de Setiembre.

2009 *Expediente N.º 00451-2009*. 6 de mayo.

2007 *STC. N.º 1937-2006-HC/TC*. 30 de marzo.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, SECOND CIRCUIT
2005 *Contec Corp. v. Remote Solutions Co.*, 398 F. 3d 205 (2d Cir. 2005).

1997 *Companiello Imp. Ltd. v. Saporiti Italia Spa*. 2nd Circuit 1997, 117 F. 3d 655, June 26.

1995 *Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association*, 64 F.3d 773, 776, 2d Cir. 1995.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, FIFTH CIRCUIT
2008 *Sherer v. Green Tree Servicing LLC*, 548 F. 3d 379 (5th Cir. 2008), November 2008.

UNITADES STATES SUPREME COURT
1970 *Ross v. Bernhard*, 396 U.S. 531, 533. February 2.

COMENTARIOS

Giovanni Priori Posada

Magister en Derecho por la Universidad de Roma, profesor del Departamento Académico de Derecho y director de la Maestría de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Este interesante trabajo nos plantea nuevamente la discusión acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, en la medida que reabre el viejo tema acerca de si son aplicables o no las normas o instituciones procesales al mismo. Valga señalar, antes de iniciar los comentarios al presente trabajo, que la vieja confrontación o competencia entre arbitraje y proceso no ha llevado a nada en el desarrollo de ninguna de esas dos instituciones ni a lo que debe ser el objetivo final de ambas: brindar la efectiva protección a los derechos de los ciudadanos.

Como tema previo, el texto plantea el problema de si resultan ser o no aplicables las normas procesales al arbitraje. Creo que el problema debería ser planteado más bien en el sentido de si son o no aplicables las instituciones procesales al arbitraje.

Incluso, en el inicio del trabajo se hace una referencia a la tesis para obtener el título de abogado de Lizbeth Panduro (que tuvo el honor de dirigir hace algunos años) y se señala que se incurre en una falacia cuando se sostiene que las instituciones procesales deben aplicarse al arbitraje en la medida que tienen años decantándose. Lo que no se señala es que lo que esa tesis termina de sostener es que hasta que el arbitraje no tenga sus propias instituciones y las cree y se consoliden, es mucho más predecible que se apliquen instituciones ya conocidas, siempre que no altere la naturaleza del propio arbitraje.

Creo que la aplicación de instituciones procesales al arbitraje, compatibles con su naturaleza, terminan dándole aquello que el arbitraje dice querer dar: seguridad. El no hacerlo so pretexto de que el arbitraje es algo radicalmente distinto del proceso ha comenzado a generar una gran inestabilidad al primero. La discusión en torno a las bondades del arbitraje no pasa por señalar las deficiencias del proceso, así como las bondades del proceso no pasa por señalar las deficiencias del arbitraje.

Lo cierto es que en nuestra realidad coexisten estos dos mecanismos para resolver pacíficamente las controversias, con claras diferencias y similitudes, por lo que se deben abordar ambas instituciones jurídicas comprendiendo la verdadera esencia de su naturaleza, y no solo como una simple referencia que se hace a una al hablar de la otra. En el Perú, es casi una moda metodológica que al estudiar el arbitraje, siempre se comience criticando el proceso. Esto sucede con el documento objetivo de este comentario, que utiliza esta aproximación, pues su planteamiento comparativo parte de la crítica del proceso y de la aplicación de las instituciones procesales al arbitraje: como lo procesal es inadecuado para el arbitraje, no hay que aplicarlo.

Con mucho respeto, no comparto esa crítica y considero que se basa más bien en una inadecuada comprensión de las instituciones procesales que sirven de punto de comparación en la investigación.

Por ejemplo, en el inicio se señala que en el proceso civil, el juez tiene «un mayor poder de “jurisdicción” que el árbitro». Nadie tiene más poder de jurisdicción que otro. La jurisdicción es una, lo que puede ser distinto es la competencia. De esta forma, el árbitro es competente para algunas cosas para las que el juez no lo es, y el juez es competente para algunas otras para las que el árbitro no lo es. Si se dice que alguien tiene jurisdicción (y en el Perú la ejercen varias entidades y personas por la interpretación sistemática de varias de sus normas constitucionales, entre las que están los artículos 138, 139, 149, 202) no es que la tenga en mayor o menor medida que otros que también la tienen, pues es la misma, sino que se ejerce válidamente en ciertos ámbitos y en otros no.

Así, es obvio que lo que se ha querido señalar en el trabajo es que los árbitros no tienen competencia para resolver aspectos vinculados a personas que no han suscrito el convenio arbitral. En cambio, en un proceso civil, la competencia de los jueces se extiende a ellos. Pero, ¿por qué la confusión? Pues, porque en materia de arbitraje internacional se tiene la influencia de los esquemas procesales anglosajones, los que suelen plantear estos problemas precisamente como un asunto de jurisdicción, y en los que (en materia procesal) los asuntos de competencia son cuestionados como ausencia de jurisdicción. Por lo tanto, referirse a la jurisdicción y no a la competencia es aplicar una institución procesal como es tratada en el *common law*, y no como es tratada en el *civil law*. En ese sentido, esto no es, como se piensa, tratar un aspecto del arbitraje sin aplicar una institución procesal.

Desde hace muchos años se discute si el arbitraje y el proceso son lo mismo o no. Trabajemos en el desarrollo de las instituciones aplicables a cada una de ellas sin el temor de elaborar discursos sobre la base de aquellas que el proceso ya tiene incorporadas hace años: la competencia, la legitimidad, el litisconsorcio y la intervención de terceros, por citar algunos ejemplos. Lo que debemos hacer es usar las instituciones procesales con sus alcances adecuados.

En el presente trabajo, hay algunos ejemplos de lo que considero un uso inadecuado de las categorías procesales. Uno de ellos se encuentra al inicio del numeral 2), en el que se sostiene: «Probablemente, la mayor confusión sobre los no signatarios es su equiparación con la figura procesal del litisconsorcio». No es así. Cuando se trata la incorporación de los no signatarios al arbitraje, esto no se suele equiparar a la institución del litisconsorcio, sino a la de la intervención de terceros. Litisconsorcio e intervención de terceros son categorías procesales sustancialmente distintas que, es verdad, un sector de la doctrina procesal nacional ha confundido a veces, pero que guardan diferencias esenciales entre sí, pues el litisconsorcio define una situación en la que dos o más sujetos son ya parte del proceso, mientras que la intervención de terceros explica los problemas y los medios a través de los cuales quien no es parte de un proceso puede intervenir (o no) en este. Solo en algunos casos se forma litisconsorcio cuando el tercero interviene.

Mal se haría entonces en confundir el problema de la intervención de los no signatarios con el litisconsorcio, pues aquella es una institución dinámica y esta es estática. Por lo demás, no

creo que haya inconveniente en que se aplique la institución del litisconsorcio al arbitraje, para aquellos casos en los que existan varios sujetos en la posición de demandante o demandado.

Sobre el mismo tema, se señala luego: «Es de ahí que surge el problema para los árbitros en cuanto a determinar si la incorporación de un no signatario es un tema procesal o es un tema sustantivo». Es curioso que la misma pregunta se hace en el derecho procesal cuando hay que determinar si se incorpora o no a un tercero al proceso, ya que la solución está dada por una de las instituciones más ricas y más complejas del derecho: la legitimidad o legitimación para obrar, que, a decir de muchos, es la institución que sirve de enlace entre el derecho procesal y el derecho material. En el proceso judicial, las claves para resolver adecuadamente los problemas de intervención del tercero al proceso implican establecer fundamentalmente: a) la eficacia de la sentencia, y b) el respeto por el derecho de defensa. Durante años, en el derecho procesal ha habido disquisiciones dogmáticas acerca de la legitimidad y el modo en el que debe ser afrontada la legitimación de un tercero. Pero dado que el derecho procesal vive hoy su etapa de constitucionalización, los problemas se plantean en atención a los derechos fundamentales del proceso que pudieran verse comprometidos. De este modo, en el derecho procesal se ha superado esa antigua diferencia entre lo sustantivo y lo procedimental, a partir de lo que se denomina la «sustancialización del derecho procesal a través de las garantías constitucionales de las partes», cuyo principal exponente es Antonio Lorca Navarrete.

De otro lado, cuando el autor insiste en señalar que: «En principio, cuando se discute si es una cuestión procesal o sustantiva, el término “procesal” nos evoca nuevamente que aún hay una fuerte resistencia por los usos y términos del proceso civil clásico, esto, al menos en la legislación peruana se ha tratado de sacar de raíz, cambiando el término procesal por el de “actuación”, para enfatizar que el arbitraje tiene una lógica y reglas distintas del proceso civil», se vuelve a incurrir en un problema metodológico y de cierto prejuicio, pues se descarta ab initio la aplicación de instituciones procesales solo por ser tales.

Por lo demás, el análisis que se hace en la presente investigación respecto de la posibilidad de intervención de un no signatario creo que omite un plano de análisis para resolver adecuadamente este aspecto. El primer plano de análisis que hay que realizar es uno que de modo adecuado se analiza en este texto y tiene que ver, ciertamente, con la posibilidad de extenderle los efectos del convenio arbitral a quien no lo ha suscrito. Eso es fundamental, atendiendo al origen convencional del arbitraje.

Una vez resuelto lo anterior, se debe pasar a un segundo plano, que tiene que ver con la legitimación de ese tercero, no ya en atención a si la eficacia del convenio arbitral le alcanza o no, sino en atención a aquello que se está discutiendo en el arbitraje, si ese tercero debe intervenir o no. Aquí surge un aspecto en el que también tengo discrepancias respetuosas con el autor. No se puede sostener que lo ideal es que aquellos que hayan suscrito el convenio arbitral deban participar del arbitraje, en la medida que aquello que es objeto de este (pretensión) podría no incumbir a todos los que suscribieron el convenio, razón por la cual no están legitimados para intervenir.

La legitimidad para obrar en el arbitraje es fundamental, pues determina quién debe discutir sobre qué. No es esta una institución solo del derecho procesal, sino de la teoría

general del derecho y tiene que ver con el carácter dispositivo de los derechos privados que, precisamente, están en la base misma del reconocimiento del arbitraje. De este modo, no solo basta haber suscrito el convenio, sino tener algún tipo de relación con la pretensión que ha sido planteada. Es claro que la suscripción del convenio habilita al arbitraje (pues le confiere a los árbitros competencia para determinadas personas), pero la determinación de quiénes de los suscriptores deben intervenir, responde a un asunto absolutamente diverso, al de legitimidad.

Hecha las salvedades anteriores, coincido con el autor en que la determinación de quién es parte del convenio arbitral, no es, efectivamente, un problema procesal, pues tiene que ver con quienes lo suscribieron o con quienes sin suscribirlo se les pueden extender los efectos de este. Y coincido también en que las reglas de la buena fe son esenciales para determinarlo. Sin embargo, reitero que determinar quién debe ser parte en el arbitraje, sí es un asunto que corresponde al derecho procesal.

Más allá de las discrepancias formuladas, el rabajo se enfrenta a un tema nada sencillo con un destacable e ilustrativo análisis de jurisprudencia. En definitiva, es una contribución al estudio de la extensión de los efectos del convenio arbitral, temas sobre el que aún tenemos mucho que discutir.

Rómulo Morales Hervias

Director de la Maestría en Derecho Civil y profesor de la Escuela de Posgrado
y del Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

El tema que se desarrolla es de una actualidad innegable luego del descubrimiento de la mafia del grupo Orellana y de los laudos falsos.

El autor arguye que el artículo 14 de la Ley de Arbitraje permite la extensión de la eficacia del convenio arbitral a no signatarios, pero no se aplica a terceros que no tienen contacto alguno con la relación jurídica que da origen al convenio arbitral. Dicha aseveración no es suficiente. La falta de participación de los terceros en el convenio arbitral o en la relación jurídica relacionada con el convenio no es un criterio suficiente. Aquí, lo que importa es si los terceros pueden ser perjudicados si no participan en el proceso arbitral a pesar de que no son partes del convenio arbitral.

Es común que los convenios arbitrales estén relacionados económica y jurídicamente con uno o varios contratos. Aquí cobra relevancia el concepto de conexión contractual, el cual se configura «cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante» (López Frías 1994: 273). Hay contratos coligados cuando hay una pluralidad de contratos y un nexo funcional. Así: «Habrà conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico-jurídica que a través de ellos quiere articularse» (López Frías 1994: p. 282).

Asimismo, esta conexidad contractual o coligación contractual permite la intervención de terceras partes no signatarias en procesos arbitrales, aunque no hayan suscrito el convenio arbitral. La intervención de terceras partes no signatarias fue admitida en la doctrina española, a pesar de que no estuvo regulada expresamente en la legislación arbitral española anterior a la vigente. En efecto:

La falta de regulación no implica que esa intervención de «terceros» en el arbitraje no pueda existir. Existe como también existe en la justicia estática, aunque no se regule o se prevea, por lo que no es posible descartar a pesar de la LA [Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje] la posibilidad de que entre los árbitros y las partes contratantes del convenio arbitral, puedan situarse «terceros» al procedimiento arbitral, al cual han de acudir mediante el oportuno llamamiento, siempre y cuando el laudo por efectos del ámbito subjetivo y objetivo de la cosa juzgada (art. 37 LA) afecte a «terceros». (Lorca Navarrete y Silguero Estagnan 1994: 241)

En la misma dirección, la doctrina arbitral italiana sostiene que el tercero debe participar en el proceso arbitral como tutela preventiva contra el perjuicio de un eventual laudo (Fazzalari 1997: 58). Este elegirá la forma de participar en el proceso (Fazzalari 1997: 59). En nuestro caso, una doctrina nacional también admite la intervención de terceros:

En conclusión, consideramos que sostener la posibilidad de la intervención de terceros en el proceso arbitral, no afecta la autonomía privada de las partes, ya que como todo derecho constitucional no es absoluto y como tal debe guardar armonía en su interpretación con los demás derechos constitucionales, entre ellos el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Ello tampoco afecta la esencia del arbitraje, pues si bien es verdad que el convenio de las partes es la puerta de ingreso del arbitraje, no se puede negar la naturaleza jurisdiccional que la propia Constitución Política le otorga, ello en concordancia con la eficacia y oponibilidad que se le otorga a un laudo. (Gallo Cabrera 2013: 158)

Por otro lado, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje admite la intervención de terceras partes no signatarias si forman parte de contratos coligados al convenio arbitral, tal como ha puesto en evidencia una doctrina nacional:

Como podrá apreciarse, la mencionada norma disciplina la extensión de la eficacia del convenio arbitral hacia terceros que se encuentren en estrecha relación, según la buena fe, con la negociación, formación, ejecución o terminación del contrato al que se refiere el mencionado convenio. A nuestro juicio, las hipótesis de coligación contractual encajan perfectamente en esta previsión normativa. Ello en la medida que, como se verá más adelante, en escenarios como el planteado las partes de contratos diversos actúan de forma coordinada, de cara al despliegue de la operación económica global, vale decir, de una funcionalidad de conjunto resultante de la agrupación contractual.

En efecto, si uno solo de dos o más contratos coligados contiene el convenio arbitral, esta norma determinará que la eficacia de dicho convenio pueda extenderse a los otros centros de interés involucrados en la operación económica (o sea, a las partes de los otros contratos coligados). Semejante consecuencia reviste relevancia si se tiene en cuenta que, en un escenario como el planteado, se presenta el riesgo de la existencia de pronunciamientos contradictorios respecto de las suertes de cada componente de la coligación de negocios. (Vásquez Rebaza 2012: 90)

Como lo ha expresado la doctrina italiana —la cual ha desarrollado con amplitud el tema de los contratos coligados o conexos— la existencia de un coligamento o una conexión entre contratos se determina cuando concurren tres elementos estructurales, que:

Las partes hayan acordado una pluralidad de relaciones jurídicas, tales relaciones jurídicas sean funcionales a un único conjunto de intereses y sea el resultado (incluso implícitamente) de la voluntad contraria a la estipulación de un único contrato (Maisto 2005: 521).

Elementos esenciales del coligamento son la programación de una multiplicidad de atribuciones patrimoniales, la finalización de las particulares atribuciones a un único conjunto de intereses y la voluntad de las partes de no celebrar un único contrato. (Maisto 2005: 523)

Dichos elementos esenciales del coligamento o de la conexidad de los contratos no incluye como requisito que las partes deben ser las mismas en todos los contratos mencionados, como lo ha afirmado con claridad y con sustento una doctrina nacional:

Resumiendo el desarrollo expuesto en el capítulo anterior, podemos afirmar que el nexo funcional se encuentra delineado por dos elementos: a) *el elemento externo*, vale decir, una *operación económica global programada*, que no es sino aquella funcionalidad compleja a ser desenvuelta por medio de la actuación conjunta y coordinada de todos contratos coligados; y, b) *el elemento interno*, constituido por la asunción causal, en por lo menos uno de los acuerdos coligados, de un *interés en la coordinación* con los otros contratos (o con los resultados instrumentales derivados de los diversos acuerdos) de cara al desenvolvimiento del *elemento externo*.

Pasando a otro punto, debemos señalar que, a nuestro parecer, no es necesario que todos los contratos coligados en concreto hayan sido creados por las mismas partes. En otras palabras, el carácter homogéneo o heterogéneo de los centros de intereses que disciplinan los esquemas contractuales que componen la agrupación no será determinante para que esta última sea calificada como una coligación concreta. Tampoco resultará determinante para la configuración de semejante hipótesis la subsumibilidad típica de los diversos actos de autonomía privada. En efecto, el que los contratos pertenezcan a tipos homogéneos o heterogéneos no influirá para nada en verificación de una coligación concreta.

Del mismo modo, la oportunidad en la que se celebran los distintos esquemas contractuales tampoco desempeña un rol trascendental de cara a configuración de la vinculación contractual. En ese sentido, los contratos coligados pueden ser: (i) contextuales, es decir, haber sido celebrados en un mismo momento; y, (ii) no contextuales, o sea, haber sido celebrados en momentos distintos. Al margen de ello, el factor decisivo para poder hablar de *coligación concreta* es la conclusión de la pluralidad de contratos en cumplimiento de un programa unitario y el impacto en la *causa concreta* de al menos uno de los mencionados esquemas. Vale decir, los requisitos *externo e interno*, respectivamente, del nexo funcional. (Vásquez Rebaza 2012: 300-301) (Las cursivas son nuestras).

Justamente, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje regula la extensión de la eficacia del convenio arbitral hacia terceros-partes no signatarias. Los casos de coligación contractual o de contratos conexos se aplican perfectamente según esta norma. En el trabajo, debió analizarse los requisitos de los contratos conexos o coligados: pluralidad de contratos y operación económica global sin exigir que todas las partes sean las mismas en todos los contratos.

Bibliografía

FAZZALARI, Elio
1997 *L'arbitrato. Utet, Turín pp. 58-59.*

GALLO, Javier

2013 «*La intervención de terceros en el proceso arbitral*» En AA.VV. Derecho arbitral. Lima: Editorial Adrus.

LÓPEZ, Ana

1994 *Los contratos conexos, estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Barcelona: Bosch Editor pp. 273, 282.

LORCA, Antonio María y Joaquín SILGUERO

1994 *Derecho de arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*. Madrid: Editorial Dykinson.

MAISTO, Filippo

2005 «*Sulla struttura del collegamento funzionale tra contratti*». *Rassegna di diritto civile*. Nápoles, número 2, pp. 521-523.

VÁSQUEZ, Walter Humberto

2012 *Contratos coligados e ineficacia negocial. Hacia una coligación contractual concreta y de sus perfiles patológicos*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

RESPUESTA DEL AUTOR

En primer lugar, deseo agradecer a los profesores Rómulo Morales y Giovanni Priori, quienes han tenido la gentileza de comentar mi trabajo de investigación *La vinculación del convenio arbitral a los no signatarios ¿Sustancia o procedimiento?* Sin duda, sus comentarios enriquecen el estudio de la materia tratada, dado que no es un tema en el que la doctrina y la jurisprudencia tengan posiciones pacíficas.

En el arbitraje, tanto en el Perú como en muchos otros sistemas jurídicos, es la práctica arbitral la que muestra las grietas o deficiencias que pueda tener la ley o legislación sobre la materia. La ley o la regulación del arbitraje no es una meta, sino el inicio de la carrera, es la práctica arbitral la que demuestra el camino y su efectividad quedará demostrada en la rapidez y calidad de sus laudos. Así, la jurisprudencia arbitral perfila los lineamientos o suplencias sobre los vacíos que pueda tener la ley. En la práctica del arbitraje comercial internacional, desde ya hace muchos años se han dado diversos problemas respecto a la posibilidad de incluir dentro de un arbitraje a una parte que no ha firmado la cláusula arbitral (Corrie 2007: 45 y ss.).

Probablemente, uno de los casos paradigmáticos que suelen estudiarse cuando se trata el tema de la extensión del convenio arbitral sea el de la *Société Isover-Saint Gobain v. société Dow Chemical France*,¹ en el cual se discutió la teoría del grupo de empresas; este, junto con otros laudos arbitrales y resoluciones judiciales, ha aumentado la tendencia a incorporar a no signatarios del convenio arbitral, de acuerdo con determinados requisitos que se fueron construyendo en la jurisprudencia internacional.

A partir de ahí, ha llamado mucho la atención en el arbitraje internacional la posibilidad de incluir dentro del arbitraje a partes no signatarias. Lo cual permitió abrir las puertas al trabajo y se volvieron a replantear otras teorías de antigua data, como el levantamiento del velo societario, y a construirse otras del common law, como el *álter ego*, *Estoppel* (con sus distintas variables) y otras comunes que involucran a otras partes, como la estipulación a favor de tercero, la incorporación por referencia, asunción, agencia, etc. Cabe destacar que no ha sido un esfuerzo solo de los árbitros y de las cámaras arbitrales, sino también de las cortes judiciales, a través de una serie de resoluciones judiciales² que han permitido la utilización en sede arbitral de estas teorías. En el Perú, como en Latinoamérica en general,³ la práctica arbitral ha ido

1 ICC Award 4131, 1982.

2 Una de las más importantes resoluciones judiciales que reconoce la utilización de estas teorías de incorporación de no signatarios, incluso a pesar de no haber extendido los efectos al no signatario fue desarrollada en el caso *Thomson-CSF, SA v. American Arbitration Association*, 64 F.3d 773 (2d Cir. 1995).

3 Por ejemplo, en Argentina, destaca el caso *Basf Argentina S.A. v. Capdevielle y Cía SA*. CSJN, 11/05/2004, Competencia N.º 1651, XXXIX. En Brasil, se tiene el caso *Trelleborg v. Anel*, emitido por la Corte de Apelaciones de Sao Paulo, N.º 267.450.4/6-00, decidido el 24/05/2006, en donde se extendió los efectos del acuerdo arbitral a un no-signatario; y en el caso *Chaval v. Liebherr* RESP no. 653.733, Third Chamber, Reporting Justice Nancy Andrighi, decidido el 03/08/2006. Citado por SEREC, Fernando Eduardo y Eduardo R. KENT COES. «Arbitration and non signatories». En *Vindobona Journal*. N.º 14, Marzo 2010, pp. 67 y ss. En Colombia, puede verse la Sentencia C-242 de 1997 emitida por la Corte Constitucional, la cual tiene una interpretación muy restrictiva por que la extensión del convenio arbitral conlleva a romper con el principio de habilitación, que no es otra cosa que el

también mostrando los mismos problemas que se han enfrentado en Francia, Suiza, Estados Unidos, Inglaterra, etc., sobre este tema en particular.⁴

Ciertamente, se han dado diversas posibilidades de solución, algunas a través de forma casuística, otras —como en el caso peruano— se ha regulado en la nueva Ley de Arbitraje y en otras se ha planteado una solución más de tipo procesal con una regulación supletoria de las reglas del proceso judicial.

En los comentarios vertidos al trabajo de investigación se puntualiza acerca de la participación del tercero y la participación del no signatario. Conviene en esta respuesta exponer las diferencias entre uno y otro.

El término «signatario» es una traducción del término *signatory*, que es muy utilizado en el arbitraje comercial internacional. Este término proviene del latín *signum*, que significa marca, insignia, seña. Se entiende que el signatario es aquella persona que firma o deja una marca personal en un documento. Esta palabra puede considerarse como una reminiscencia del artículo II de la Convención de Nueva York, la cual señala que: «The ter “agreement in writing” shall include an arbitral agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams».

Así, diversas legislaciones como la de España han seguido ese mismo criterio, por ejemplo, el artículo 9.3 de la Ley Española de Arbitraje señala que el convenio arbitral «deberá constar por escrito, en un documento *firmado* por las partes» (Las cursivas son nuestras). En México, en el Código de Comercio, su artículo 1423 establece que «el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento *firmado* por las partes» (Las cursivas son nuestras).

No obstante, la formalidad del acuerdo arbitral ha tomado un giro a raíz de la modificación que recomienda la Ley Modelo, tal como lo ha hecho la legislación peruana, por ello, la referencia «extensión del convenio arbitral a los no signatarios» podría causar ciertas confusiones (Blaise y Schellenberg 2006: 1). Sin embargo, tanto la Ley Modelo como la Convención de Nueva York siguen planteando la interrogante acerca de lo que puede entenderse «por escrito» y también sobre los intercambios de documentos, los cuales resultan anacrónicos en los tiempos del comercio internacional, de los contratos de compraventa internacional, el comercio electrónico y de los contratos de infraestructura e inversión en general.

En principio, la tendencia actual es que no es exigible la «firma» como tal, sino que el convenio arbitral se encuentre por escrito.⁵ El problema se presenta, como se ha mencionado, en el comercio internacional, a saber, qué significa o debe entenderse «por escrito».

En general, las legislaciones de los países requieren que el convenio arbitral se encuentre por escrito. Dado que las partes excluyen a la administración de justicia estatal de la resolución de sus conflictos, el Estado tiene que estar seguro de que ambas partes prestaron su consentimiento, a fin de no permitir abusos entre ellas y que no se vulnere su derecho al juez natural.

Otra de las justificaciones era que producía certeza sobre el arbitraje que se origina en

acuerdo entre las partes para llevar un conflicto al arbitraje.

- 4 Estos problemas no solo se han presentado en regiones donde se aplica el civil law o el common law, sino también en países con un sistema jurídico distinto, como China, Japón, Hong Kong e incluso en la India. Cfr. Greenberg, Simon; KEE, Christopher y J. Romesh Weeramantry. *International commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*. Cambridge University Press, 2011. Abdel Wahab, Mohamed. «Extension of arbitration agreements to third parties: A never ending legal quest through the spatial-temporal continuum». En *Conflict of Laws in International Arbitration*. Ferrari, Franco y Stefan Kröll (Eds.). European Law Publishers – NCTM Studio Legale Associato, Munich 2011. Saraf M. *Who is a party to an Arbitration Agreement – Case of the Non-Signatory, Institutional Arbitration in Asia*. Collection of Papers from ICC-SIAC. Symposium, Singapore, 18-19 de febrero 2005, pp. 1-71.
- 5 Vid. Obergericht of Basle, 3/06/1971. *Yearbook Commercial Arbitration*, Tomo IV, 1979, p. 309.

función del convenio arbitral, dado que no existirían dudas acerca de su eficacia, además que permite que el laudo pueda ser ejecutado y reconocido sin contratiempos en el extranjero.⁶

Ciertamente, a raíz del avance de la tecnología a mediados de los años ochenta, el internet y el comercio electrónico han hecho posible que el número de contratos internacionales se eleve a niveles exponenciales, que la negociación de los mismos pueda llevarse a cabo entre partes que se ubican a grandes distancias una de la otra y que se pueda celebrar un contrato en minutos.

Asimismo, en el comercio internacional, como en la celebración de contratos de infraestructura, inversiones internacionales, en contratos complejos donde intervienen múltiples partes, hay exigencias que desafían la regulación arbitral.

La Ley Modelo incorpora en su sesión del 2006, la opción I del artículo 7, que permite que el acuerdo arbitral pueda ser celebrado también por medios electrónicos o cualquier otro medio magnético o informático. Sin embargo, la Convención de Nueva York, creada en el año 1958 no podía prever la realización de este tipo de contratos, simplemente, porque no existía el internet, por lo que el término «por escrito» solo podía darse a través del intercambio de cartas o telegramas.

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, entonces, utiliza un criterio de interpretación llamado «equivalente funcional» para entender que los requisitos de escritura y firma se encuentran dentro de los alcances del comercio electrónico. Este criterio ha sido útil y ha sido seguido por muchos árbitros y jueces, a pesar de haber ciertos casos en los que se han opuesto abiertamente.⁷

Sin embargo, como se ha visto, no solo los contratos que versan sobre comercio electrónico han sido recogidos en la Ley Modelo de Arbitraje, sino que además esta permite su aplicación a los contratos en general, en cuanto a la relativización de la forma del convenio arbitral.

Por otra parte, se usa el término «extensión» del convenio arbitral toda vez que lo que se busca es incluir a una persona o parte que no firmó el acuerdo arbitral, pero se pretende que dicha persona esté obligada por dicho convenio a ir a un arbitraje en caso de conflicto. No obstante, se reconoce que en cierta medida el término «extensión» puede causar cierta confusión o engaño. Tal como refiere Hanotiau (2001: 254):

El concepto ampliamente utilizado de la «extensión» e la cláusula arbitral a los no firmantes es un concepto engañoso y, más aún, es probablemente incorrecto en gran medida, ya que, en la mayoría de los casos, las cortes y los tribunales arbitrales todavía basan su determinación de la cuestión de la existencia de una intención común de las partes y, por lo tanto, en el consentimiento. La cuestión básica, en tanto, sigue siendo: ¿quién es parte de la cláusula, o quién se ha adherido a la misma, o, eventualmente, quién no tiene derecho a sostener que no se ha adherido a la misma? En otras palabras, es un problema clásico del Derecho contractual. La verdadera cuestión es si tanto en el arbitraje internacional, dado su carácter específico y teniendo en cuenta los usos del comercio internacional; por un lado, uno deberá seguir las mismas reglas que se aplican a los casos ordinarios

6 Por ejemplo, el artículo 35.2 de la Ley Modelo establecía que para reconocer o ejecutar un laudo no solamente se debía presentar el laudo original, sino además el documento donde se encontraba el convenio arbitral. Este artículo fue modificado en las enmiendas del 2006, en las cuales se ha eliminado el requisito de la presentación por escrito del convenio arbitral.

7 Tal es el caso de la Corte de Apelaciones de Halogaland en Noruega, en una decisión emitida el 16 de agosto de 1999 en la que no tomó en cuenta los correos electrónicos que contenía un convenio arbitral, al estimar que dichos medios no cumplen con los requisitos básicos de protección y validez establecidos en la Convención de Nueva York, por lo que desestimó la ejecución del laudo dictado en Londres.

civiles y mercantiles o adoptar un enfoque más liberal; y en el segundo caso, qué enfoque que debe adoptarse.

Y es que, en efecto, el problema no se trata de «extender» el convenio arbitral, sino más bien de definir quién es parte de la cláusula arbitral (Hanotiau 2012: 124) y en consecuencia ser obligado por ello. Más aún, tal como se ha referido en los párrafos anteriores, esta distinción entre signatario y no signatario conlleva también a cierta confusión, en vista de que las leyes actuales de arbitraje no requieren de la firma para ser parte de un contrato; por otro lado, la firma no significa necesariamente que el firmante se convierte en una parte del contrato y de la cláusula de arbitraje que lo contiene (Poudret y Besson 2007).

Nótese que no se señala a este no signatario como un tercero ajeno a la relación contractual primigenia, en otras palabras, el no signatario no es un tercero, resulta inapropiado denominar a esta figura como «intervención de terceros en el arbitraje».⁸

En general, los problemas que se presentan por la «extensión» del convenio arbitral a los no signatarios se dan cuando dos personas que acuerdan un convenio arbitral tienen, en el devenir del tiempo, un conflicto por el cual recurren a un arbitraje. Pero necesitan, para poder resolver dicho conflicto, la participación de este no signatario como parte del mismo, ya sea por distintas razones, como son su participación en la negociación, ejecución o culminación en la operación contractual, o porque pretende reconocer derechos de esa relación contractual, son, pues, varios los factores que hacen que un no-firmante del contrato asimile la calidad de parte.

En esta situación, es menester al árbitro para poder dirimir la controversia e incluir dentro del proceso a este no signatario, pero el problema se suscita con una falta de legitimación por parte de este último toda vez que no suscribió el contrato que contenía la cláusula arbitral, o algún otro acuerdo arbitral celebrado entre ellas.

Actualmente, la nueva Ley de Arbitraje, influida por los cambios legislativos de España, la Ley Modelo, la práctica arbitral que se ha desarrollado en los últimos años en el Perú y, principalmente, por la jurisprudencia comercial internacional ha incluido la posibilidad de extender el convenio arbitral a un no signatario, como se expresa en el artículo 14º, el cual señala lo siguiente:

Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación,

8 Tal como comenta Silva Romero (2005: XXIV-XXV):

[E]l arbitraje, (...) es un mecanismo jurisdiccional de resolución de litigios que proviene de un contrato –llámese éste pacto arbitral, cláusula compromisoria o compromiso-. Por lo tanto, sólo pueden participar en un procedimiento arbitral, y siempre y exclusivamente como partes, las partes del pacto arbitral. Dichas partes pueden haber suscrito el pacto arbitral o, mediante su comportamiento en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato principal que las ligan, pueden haber manifestado su voluntad de ser partes del pacto arbitral. En todo caso, quienes participan en un procedimiento arbitral siempre son partes puesto que las mismas son partes explícitas o implícitas del pacto arbitral que le da origen al arbitraje. En consecuencia, la palabra «tercero» es ajena al vocabulario del arbitraje comercial internacional. En el arbitraje comercial internacional, y en el arbitraje nacional de muchos países (Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Suiza, p. ej.), la palabra «tercero» ni recibe ningún significado ni cumple ningún papel. En otras palabras, la palabra «tercero» en el derecho comparado del arbitraje y en el arbitraje comercial internacional es un sin sentido.

celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Este artículo no hace referencia a terceros, sino a la parte que no ha firmado o no ha tenido intervención en la firma del contrato de arbitraje; en ese sentido es muy importante no solo la relación que mantiene con la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, también será importante su consentimiento.

En un laudo arbitral, al comentar este artículo se ha sostenido que:

Nótese que la norma, al referirse a derivar el consentimiento de la participación en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, en propiedad no se refiere a terceros. Se refiere a una forma de derivar o identificar en buena fe un consentimiento. No es la simple participación de la parte, sino que de dicha participación se puede derivar que, en buena fe, debe entenderse que consintió al arbitraje. Sustraerlo del arbitraje sería un acto de mala fe, porque en justicia, sabía que debía quedar vinculado, dado que sus actos han estado justamente dirigidos a privar de eficacia al convenio arbitral y al arbitraje que de él se derive. Su intervención lo convierte entonces en parte, si uno mira sus actos bajo la esfera de la buena fe.⁹

Sin duda, es un aspecto de mucha trascendencia que nuestra ley de arbitraje haya recogido el tema de la extensión del convenio arbitral, en buena cuenta, dado que a nivel legislativo en el derecho arbitral comparado no hay un antecedente parecido. Ahora bien, lo que sí existe, es una vasta jurisprudencia arbitral, sobre todo a nivel internacional, acerca de la inclusión al arbitraje de los no signatarios e incluso a través de estos laudos se han ido configurando una serie de teorías a efectos de evaluar la pertinencia de la participación de partes que no firmaron la cláusula arbitral.¹⁰

El artículo 14° de la Ley de Arbitraje guarda singular importancia en tanto que utiliza una serie de conceptos amplios a efectos de globalizar en el supuesto de hecho de la norma, todos aquellos casos en los que aparezca la figura del no signatario. Uno de estos conceptos es, por ejemplo, la incorporación de la figura de la buena fe en el artículo citado.

Sobre este punto, Galluccio y Mori Bregante (2011: 19) han comentado que el principio de buena fe «permite determinar que las partes signatarias del convenio se comprometieron a no realizar conductas que fueran en contra de su acuerdo para arbitrar, esto es, a actuar precisamente bajo los parámetros de la buena fe como por ejemplo no formar o utilizar distintas empresas de fachada que le permitan contrariar dicho acuerdo».

Por su parte, Suárez Anzorena (2005: 57-58) ha afirmado que «la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares

9 TSG v. Pesquera Industrial Chicama y otros. Laudo Arbitral de Derecho del 18/03/2009, Fundamentos 253 y 254.

10 De acuerdo con Santistevan de Noriega, comentando este artículo, indica que el contenido esencial del artículo 14° de la Ley de Arbitraje —que permite la extensión del convenio a partes no signatarias— no constituye una creación heroica del legislador peruano sino que, como veremos, resulta ser una consecuencia natural de los avances jurisprudenciales, no exentos de debate por cierto, que se han dado en materia arbitral comercial internacional. Estos avances, hay que advertirlo, pueden ser perfectamente aplicables en nuestro medio tanto al arbitraje internacional cuanto al arbitraje doméstico. Vid. Santistevan de Noriega, Jorge. «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje». *Revista Peruana de Arbitraje*, N.º 8, 2009, p. 21.

permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe».

Mientras que el tercero no ha tenido ningún tipo de participación dentro de la relación jurídica que contiene un convenio arbitral. En general, el arbitraje internacional no se ha detenido a analizar profundamente el problema de los terceros.

En principio, siempre ha habido rechazo por aceptar la intervención de terceros en el arbitraje, por contravenir la naturaleza contractual del arbitraje y, por ende, al principio de la relatividad de los contratos, por el cual tiene fuerza de ley entre las partes y no produce efectos respecto de terceros (Bianca 1987: 535). Sobre el particular, Boissésson (1990: 246) ha expresado que «ni la intervención voluntaria, ni la intervención forzosa son compatibles con la naturaleza contractual del arbitraje. La intervención voluntaria no puede realizarse, a pesar que todas las partes en el acuerdo de arbitraje estén de acuerdo».

Es posible identificar, según la intervención del tercero, características particulares, las que dependerán del momento en que se presenta dicho tercero, si es antes de la constitución del tribunal arbitral, o bien, en una fase posterior cuando ya se ejecute el laudo.

También es posible avizorar a aquel tercero que es ajeno al contrato y al arbitraje mismo, Mourre llama a este tercero como «tercero absoluto»; mientras que en el caso de la intervención de un tercero en arbitraje que fuese parte en el contrato que contiene un convenio arbitral, o en sujeción a la misma, lo denomina «tercero imperfecto».

Asimismo, procesalmente, también se reconoce al tercero de acuerdo con el tipo de pretensión que busca: Mourre reconoce diferencia entre la intervención voluntaria principal (título activo) y la intervención forzosa (título pasivo).

No obstante, como se ha mencionado, estos terceros no han tenido cabida en el arbitraje internacional; sin embargo, Mourre propone en ciertas circunstancias la intervención de terceros en el arbitraje, basado en dos razones principalmente; la primera, referente a una cuestión de economía procesal, en palabras de Mourre (2008: 18) es deseable prevenir una fragmentación del contencioso y así evitar pronunciamientos contradictorios. Segundo, hay presencia de la posible afectación del derecho de un tercero; en el caso de los terceros imperfectos, sería posible su intervención voluntaria, más aún, si el laudo puede afectar un derecho legítimo del tercero, debería entonces tener el derecho de defenderse en el arbitraje.

Sin embargo, hay ciertos reparos en esta propuesta, dado que cualquier tercero no podría incorporarse al arbitraje, más aún, este siempre tiene que tener un carácter voluntario, lo cual parte del consentimiento de todas las partes; la cuestión es si el árbitro tiene la facultad de obligar a este tercero al arbitraje. La jurisprudencia ha sido unánime en rechazar dicho supuesto.