



La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en la Ley de arbitraje peruana

The extension of the arbitration agreement to non-signatories in Peruvian arbitration law

Gerardo Eto Bardales*
Investigador independiente

Resumen:

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la extensión del convenio arbitral a los no signatarios, teniendo en cuenta que en principio el arbitraje se caracteriza por el consenso de las partes que firman el convenio arbitral, de someterse a este mecanismo para resolver sus controversias. No obstante, la complejidad de los contratos en sus distintas etapas (negociación, celebración y ejecución) generan que en la realidad existan más partes involucradas que las que suscriben el mismo de manera escrita, pues han manifestado su consentimiento de forma distinta.

Abstract:

The purpose of the present paper is to analyze the extension of the arbitration agreement to non-signatories, taking into account that in principle arbitration is characterized by the consensus of the parties who sign the arbitration agreement, to submit to this mechanism to resolve their disputes.

However, the complexity of the contracts in their different stages (negotiation, celebration and execution) means that in reality there are more parties involved than those who sign it in writing, since they have expressed their consent in a different way.

Palabras clave:

Arbitraje – Partes no signatarias – Convenio Arbitral – Solución de controversias

Keywords:

Arbitration – No-signature parties – Arbitration agreement – Dispute resolution

Sumario:

1. Introducción – 2. Convenio Arbitral: Naturaleza y principios aplicables – 3. Artículo 14 de la Ley – 4. Análisis de los presupuestos para la extensión del convenio arbitral a no signatarios – 5. Análisis de dos casos emblemáticos – 6. Estado actual de la figura en el arbitraje peruano – 7. Efectos de admitir a una parte no signataria en el arbitraje – 8. Conclusiones – 9. Bibliografía

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal por la misma casa de estudios. Ex miembro de la Comisión de Relaciones Públicas de la Asociación Civil Derecho & Sociedad. ORCID iD: 0000-0002-2018-9205. Contacto: gerardo.eto@pucp.pe

1. Introducción

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias que en las últimas décadas ha tenido un importante desarrollo en nuestro país, pues la evolución de las transacciones económicas genera que las empresas busquen acudir a una vía que en general brinde mayor eficiencia que el Poder Judicial en litigios mercantiles, debido a algunas características propias del arbitraje como la celeridad, flexibilidad y especialización. Cabe precisar que el arbitraje no debe ser entendido como una sustitución de la jurisdicción ordinaria, sino como un mecanismo que complementa a la misma.

En el Perú, desde hace varios años, el mercado arbitral se encuentra en un proceso de crecimiento cuantitativo, pues, además del interés de las empresas por resolver conflictos privados bajo este mecanismo, debemos tener presente que la Ley de Contrataciones con el Estado, obliga al Estado peruano incluir cláusulas arbitrales en los contratos públicos. Por lo que las empresas que pacten con el Estado asumen de manera diligente que ante una posible controversia recurrirán al arbitraje.

Este desarrollo del arbitraje se ha visto reflejado en la positivización de diversas normas que regulan su manejo, siendo la vigente la Ley de Arbitraje (en adelante, "La Ley") promulgada bajo el Decreto Legislativo N° 1071¹ en el año 2008. Uno de los aspectos más interesantes de esta ley radica en la inclusión de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en su artículo 14 (siendo una innovación legislativa a nivel mundial).

El presente artículo tiene por finalidad realizar un análisis conciso y puntual sobre este tema, teniendo en cuenta que en principio el arbitraje se caracteriza por el consenso de las partes que firman el convenio arbitral, de someterse a este mecanismo. No obstante, la sofisticación de las relaciones económicas en la actualidad genera una complejidad en los contratos en sus distintas etapas (negociación, celebración y ejecución) pues no siempre existe una relación bilateral tradicional, ya que en algunos casos en realidad existen más partes que las que suscriben el contrato que contiene un convenio arbitral de manera escrita, al haber manifestado su consentimiento de forma distinta.

Esto genera que, en cada caso, los árbitros deban analizar cuando tiene que incorporarse al arbitraje a una parte que no ha firmado el convenio arbitral. En este orden de ideas, nuestra intención es analizar el artículo 14 de la Ley, sus premisas y presupuestos. Desde un enfoque práctico, analizaremos un caso extranjero que inspiró su incorporación en nuestra ley, así como el tratamiento en sede judicial en nuestro país mediante el análisis de un caso local emblemático; además reseñaremos algunos casos que reflejan el manejo que a esta figura se le da en los arbitrajes comerciales nacionales.

2. Convenio Arbitral: Naturaleza y principios aplicables

El numeral 1 del artículo 13 de La Ley define al convenio arbitral como el "acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza". Por su parte, respecto a la formalidad del convenio arbitral, el mismo artículo 13 señala lo siguiente lo siguiente:

"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 "mensaje 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.

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano”.

Podemos apreciar que la intención del legislador es, siguiendo la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional², establecer ciertos requisitos para la formalidad del acuerdo arbitral, pero en medio de un esquema flexible que permita identificar el convenio arbitral escrito en cualquier forma, destacando medios electrónicos propios del intercambio de comunicaciones en el manejo contractual actual.

Un elemento que consideramos pertinente destacar es el referente a *la voluntad de someterse a arbitraje* de las partes, regulado en el numeral 1 del artículo comentado, y que claramente constituye la piedra angular del convenio arbitral y del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Esta característica esencial del arbitraje se materializa en el efecto negativo y positivo del convenio arbitral. El primero hace referencia a que las partes renuncian a someter una futura controversia a la jurisdicción ordinaria (derecho a un juez natural). Mientras el efectivo positivo “entraña una obligación de hacer, que consiste en acudir a un mecanismo particular de solución de controversias con ventajas y distintivos especiales”³, por lo que la parte que quiera accionar deberá acudir ante un Tribunal Arbitral a resolver sus disputas.

Por otro lado, coincidimos con Silva Romero quien sostiene que “en la medida en que el convenio arbitral es un contrato, los principios del derecho de las obligaciones y los contratos deben emplearse en su interpretación y aplicación”⁴. Esto genera que, en principio debido a naturaleza contractual del convenio arbitral, su tratamiento se regule por las normas pertinentes de nuestro ordenamiento según nuestro Código Civil.

Al respecto, Santistevan de Noriega, comentando el artículo 1361⁵ del citado cuerpo normativo afirma que: “De aquí se desprenden tres principios esenciales de la contratación que tienen plena relevancia al momento de analizar un convenio arbitral: ‘pacta sunt servanda’, ‘lex inter partes’ y ‘res inter alios acta’”⁶.

Como es de conocimiento, el primer principio mencionado hace referencia a la manifestación de la autonomía de voluntad entre las partes y la obligatoriedad de cumplir lo acordado entre las mismas. El segundo, como consecuencia del anterior, genera que lo acordado sea “ley” entre las partes. Mientras el tercero, también conocido como el efecto relativo de los contratos, supone que los efectos del acuerdo celebrado solo alcanzarán a las partes y, por ende, excluyen a terceros ajenos al mismo.

Esta breve explicación de los principios aplicables al convenio arbitral como contrato, presupone que el análisis de la extensión de este a partes no signatarias se realice de manera excepcional y cuando efectivamente se compruebe el consentimiento a la luz de la buena fe contractual conforme establece el artículo 14 de la Ley, aspectos que desarrollaremos a continuación.

3. Artículo 14 de la Ley

3.1. ¿Partes o terceros?

Antes de realizar el análisis de lo dispuesto por el artículo 14, consideramos pertinente realizar una precisión necesaria sobre el tema que abordamos: ¿la extensión del convenio arbitral a no signatarios alcanza a partes o a terceros? En este aspecto, la doctrina es pacífica en señalar que cuando nos referimos a partes

2 Nuestro legislador optó por la opción I planteada en el artículo 7 Ley Modelo de la CNUDMI

3 Santiago Talero Rueda. “Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, *Revista Lima Arbitration*, n° 4 (2010): 72.

4 Eduardo Silva Romero, “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”, *Revista Lima Arbitration*, n° 4 (2010): 55.

5 Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

6 Jorge Santistevan de Noriega, “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje* n° 8 (2009): 28.

no signatarias, estamos refiriéndonos efectivamente a partes del convenio arbitral, pero que no han manifestado su consentimiento de la forma tradicional (por escrito). Por su parte, los terceros son “sujetos que no han prestado su consentimiento en el contrato, es decir, no son parte del mismo”⁷, debemos tener en cuenta que las partes del arbitraje además de participar del proceso, están obligadas a cumplir lo resuelto en el futuro laudo.

A propósito de esta marcada diferenciación entre parte y tercero, consideramos importante destacar que una de las causales de procedencia del amparo arbitral conforme al precedente establecido por el Tribunal Constitucional en la STC EXP. N° 00142-2011-PA/TC (conocido como precedente “María Julia”) está referida a:

“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**”⁸ (énfasis agregado).

Consideramos que, para evitar posibles interpretaciones erróneas, debemos recalcar que el artículo 14 de la Ley de Arbitraje está referido a partes no signatarias, y no a terceros, por lo que el Tribunal Constitucional ha previsto esta causal de procedencia únicamente ante la afectación de terceros ajenos al convenio arbitral, mientras para el caso de no signatarios, el amparo resultará improcedente y deberán recurrir al recurso de anulación de laudo en la vía judicial ordinaria de considerarlo pertinente.

Compartimos la postura de Avendaño y Velásquez en cuanto señalan que “la autonomía de la voluntad que gobierna el arbitraje impone descartar la incorporación de terceros. Ello porque, de un lado, el tercero no ha consentido someterse a arbitraje renunciando a la competencia de los órganos judiciales y, de otro lado, porque los creadores del convenio arbitral (las partes) no han acordado abrirle la puerta de su proceso privado”⁹.

Esta noción resulta relevante, pues el arbitraje resulta una excepción al derecho constitucional al juez natural. De manera que, únicamente obliga a las partes que acuerdan someterse a dicho mecanismo. Además, estas partes son las únicas que podrán ejercer cualquier derecho dentro del proceso arbitral, de tal forma que los efectos de un futuro laudo deben alcanzar únicamente a las partes.

Por otro lado, tenemos que “la problemática de terceros ajenos al convenio arbitral pero que puedan tener interés en el arbitraje es distinta y supone más bien problemas de orden procesal pero no relacionados con el requisito sustantivo de existencia de consentimiento, precisamente porque tales terceros no han consentido con las partes del contrato que contiene el convenio arbitral en someter sus disputas a arbitraje”¹⁰.

En efecto, consideramos importante precisar que el término de parte no signataria nada tiene que ver con algunos conceptos usados en los procesos civiles tales como litisconsortes, coadyuvantes o terceros excluyentes, pues estos sujetos son terceros ajenos al proceso, más allá de que tengan un interés (propio o de las mismas partes) de intervenir dentro del proceso.

Estas instituciones procesales no pueden aplicarse dentro del arbitraje debido a la importancia del consentimiento para arbitrar, los efectos tanto positivo como negativo del convenio arbitral que ya hemos señalado, y otra característica esencial del arbitraje: la confidencialidad.

Por ello, concordamos con Caivano al señalar que:

“en los tribunales judiciales es generalmente posible incorporar al proceso a múltiples partes y acumular o consolidar varios procedimientos entre las mismas partes. En el arbitraje, en cambio, la multiplicidad de partes en una o varias relaciones jurídicas vinculadas o la multiplicidad de relaciones jurídicas aun entre dos únicas partes plantean importantes

7 Carlos Soto Coáguila, “Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2” Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje. (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012): IX

8 En el texto de la STC 142/2011, de 21 de setiembre.

9 Juan Avendaño Valdez y Raffo Velásquez Meléndez, “El nuevo precedente constitucional sobre arbitraje. En especial, sobre la revisión judicial solicitada por “terceros””. Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2, En “Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje.”, ed. por Carlos Soto (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012): 9.

10 Cristián Conejero Roos y René Irra de la Cruz, “La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado”, *Revista Lima Arbitration* n° 5 (2012): 64.

dificultades (...) porque, a diferencia de la jurisdicción estatal, de fuente legal y obligatoria, la arbitral es de base contractual y depende de la existencia de una voluntad inequívoca de todas las partes de someterse a la decisión de árbitros¹¹.

De lo expuesto, podemos sintetizar que la diferencia radical entre las partes no signatarias y los terceros con interés en el resultado del arbitraje consiste en ponderar el consentimiento y la voluntad como requisito sustancial para ser incorporado como parte dentro del arbitraje, así, el tratamiento que tendrán los terceros incorporados será en función a cuestiones netamente procesales, materia que no es objeto de desarrollo en el presente trabajo.

Por su parte, el artículo 14 de la Ley establece lo siguiente:

“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 delimita claramente dos disposiciones, las cuales serán analizadas a continuación: i) 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 y ii) quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

3.2 Teoría de actos propios a partir del consentimiento y la buena fe contractual

Esta primera disposición, vincula a dos requisitos centrales para la extensión del convenio: el consentimiento y la buena fe contractual.

Debemos tener en cuenta que “una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente. La exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella.”¹² Así, la exigencia jurídica del comportamiento coherente de las partes en el marco contractual está vinculada estrechamente a la buena fe y a la protección de la confianza legítima generada en las partes.

Siguiendo la noción desarrollada, anteriormente, sobre la naturaleza contractual del convenio arbitral y por tanto le son aplicables los principios esenciales de los contratos, queda claro que dentro de ellos se encuentra la “autonomía de la voluntad” de las partes, que implica la facultad de las partes de negociar y acordar sus propios objetivos e intereses dentro del contrato de conformidad con su propia voluntad.

En este sentido, el consentimiento constituye un pilar fundamental como manifestación de este principio, incluso conforme a nuestro ordenamiento normativo permite el perfeccionamiento de los contratos según lo establecido en el artículo 1352 del Código Civil peruano: “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”.

Sobre el consentimiento, Bullard afirma que “el artículo 14 (...) persigue determinar qué supuestos pueden ser entendidos como forma de consentimiento a arbitrar, incluso en casos en que el consentimiento no se ajuste a los requisitos requeridos en la legislación contractual común para el perfeccionamiento de un contrato¹³, es decir que amplía el margen de manifestación de la voluntad de someterse a un arbitraje de las partes de la tradicional forma escrita prevista en el artículo 13 de la Ley, cabe precisar que esta formalidad no se configura como un requisito *ad solemnitatem*, por lo que el legislador peruano ha previsto que pueden existir otros mecanismos de expresar el consentimiento del convenio arbitral.

11 Roque Caivano, “Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples”, *Revista Peruana de Arbitraje* n° 4 (2007): 67.

12 Luis Díez-Picazo Ponce de León, “La Doctrina de los Propios Actos” *Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Barcelona: Bosch casa Editorial, 1963): 142.

13 Alfredo Bullard González, “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje”. En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2 “Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje.”*, ed. por Soto Coáguila (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012), 30.

Agrega el mismo autor, que serán los árbitros en cada caso concreto los encargados de interpretar el alcance del “consentimiento” y aceptar o no la intervención de una parte no signataria¹⁴, postura criticada por otro sector de la doctrina que refiere que “el intérprete será quien llene de contenido esta cláusula siguiendo la «moda» impuesta por la jurisprudencia y la doctrina. Es decir, dependerá del criterio del árbitro incluir o no a un tercero no signatario en el convenio arbitral. Esta solución nos parece poco objetiva y creemos que con ella se incentiva la inseguridad jurídica y hasta se podría llegar a hacer un uso indebido y abusivo de ella”¹⁵.

Nosotros somos de la postura que plantear una lista taxativa de presupuestos que permitan dilucidar el consentimiento de una parte no signataria, podría limitar en gran medida la incorporación de las mismas, pues en la práctica “los esquemas contractuales actuales son el resultado de operaciones transnacionales complejas, estructuradas sobre la base de una multiplicidad de partes y de contratos que constituyen una sola transacción económica y que derivan en procedimientos arbitrales igual de complejos”¹⁶.

Por tanto, si bien esta cláusula es abierta, dependerá de los árbitros en cada caso analizar el comportamiento de las partes para interpretar el consentimiento de estas, lo cual no necesariamente implica un ejercicio abusivo de esta discrecionalidad, pues debemos recordar que este requisito se tiene que analizar en consonancia con la buena fe, principio que evitó que el legislador incluya una lista taxativa de supuestos para interpretar la existencia del consentimiento.

Precisamente, la buena fe constituye el otro requisito para delimitar el consentimiento de las para someterse al convenio arbitral.

Bullard¹⁷ explica que la intención del legislador de añadir este concepto fue dejar una flexibilidad de este artículo ante las contingencias del tráfico jurídico y las transacciones mercantiles propias de una sociedad en constante evolución, así señala que:

“en la discusión interna en la Comisión se indicó que la buena fe puede servir para cubrir cualquier olvido o vacío que la norma pudiera dejar pero la realidad pudiera demandar. Ello hace la norma permeable a nuevas situaciones o prácticas comerciales que, con el tiempo, puedan ser relevantes para derivar el consentimiento”¹⁸.

Podemos apreciar que la intención del legislador al regular el análisis del consentimiento de acuerdo con el principio de buena fe permite no establecer un artículo que regule supuestos de manera taxativa, sino dejando la libertad a los requerimientos prácticos del arbitraje como mecanismo por excelencia de solución de controversias mercantiles, intención que consideramos acertada pues la dinámica fáctica del derecho siempre superará las previsiones que se realizan en una norma.

Nuestro ordenamiento regula a la buena fe como un principio de interpretación general de los contratos y de los actos jurídicos de conformidad con el artículo 168 del Código Civil.

La importancia de este principio en el contexto de las partes no signatarias radica básicamente en la teoría de los actos propios, como fundamento de la primera disposición del artículo 14 de la Ley que exige una coherencia entre el actuar de una parte que ha participado en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral.

En ese sentido, consideramos que, al momento de interpretar la buena fe y el consentimiento a la luz de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley los árbitros deberán tener en cuenta “una participación activa y determinante” en cualquiera de las fases contractuales que ha producido la controversia que se someterá a arbitraje.

3.3 Incorporación a partes que obtengan beneficios del contrato

Esta última disposición del artículo 14 de la Ley, la podemos apreciar en la práctica en los denominados “contratos en favor de terceros”, donde el sujeto a beneficiarse del contrato (donde está pactado una

14 Ídem

15 Mario Castillo Freyre; Rita Sabroso Minaya; Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, Comentarios a la Ley de Arbitraje. “Segunda Parte Comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera Parte”. *Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre*, vol. n° 25 (2014): 293.

16 Cristián Conejero Roos y René Irra de la Cruz, “La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado”, *Revista Lima Arbitration* n° 5 (2012): 54.

17 Recordemos que este autor fue presidente de la Comisión Técnica del Ministerio de Justicia que redactó la Ley peruana de Arbitraje.

18 Bullard González, “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje”, 31

cláusula arbitral), deberá someterse al arbitraje si quiere obtener los efectos ventajosos del futuro laudo.

Al respecto, la cláusula arbitral “debe vincular al beneficiario de la estipulación a favor de tercero, lo cual significa que él la puede invocar y ésta puede ser invocada contra él”¹⁹. La extensión del convenio al beneficiario se basa en que el derecho a obtener producto del contrato nace como una excepción al efecto relativo de los contratos y por la intención del promitente y el estipulante en su contrato. Cabe agregar que, el tercero tiene la posibilidad de rechazar la estipulación, pero en el caso de aceptarla, como ya se ha dicho, recibe tanto los beneficios como las cargas correspondientes.

Otros posibles casos serían los contratos de cesión, novación o subrogación, donde bajo la misma lógica, la persona que se vincule al contrato donde se incluya una cláusula arbitral, es consciente que para los efectos también se está vinculando a dicha cláusula.

Como podemos apreciar, esta postura nos brinda una excepción al principio de separabilidad del convenio arbitral, respecto del contrato donde se encuentra, pues hay que tener presente que “la separabilidad del convenio es un mecanismo de protección del mismo, no un mecanismo para mediatizar sus alcances”²⁰.

4. Análisis de los presupuestos para la extensión del convenio arbitral a no signatarios

Conviene precisar que los cinco supuestos que analizaremos, brevemente, a continuación, han sido tomados de la sistematización realizada por el fallo de la Corte de Apelaciones del Segundo circuito de Estados Unidos en el emblemático Caso Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association de 1995.

4.1 Incorporación por referencia

Es muy común encontrar en contratos producto de transacciones complejas que una cláusula haga referencia a otro contrato donde se incluya una cláusula arbitral. Entonces, la duda surge por sí sola: ¿esta cláusula del contrato por referencia vincula a las partes del contrato original?

El inciso 6 del artículo 13 de nuestra Ley regula expresamente esta teoría, señalando que “La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

La incorporación por referencia consiste en interpretar la intención de las partes de someterse a la cláusula arbitral que se encuentra contenida dentro de un contrato en que ambas han hecho alusión.

Caivano explica que:

“en la jurisprudencia norteamericana, se ha interpretado que ello sucede cuando la parte no-signataria del acuerdo arbitral celebró con una de las partes un contrato diferente, mediante el cual «asumió todas las obligaciones y privilegios que nacen de aquel»; y que si la cláusula arbitral está expresamente incorporada a un conocimiento de embarque, los no-signatarios que están relacionados a este último documento por los principios generales pueden ser obligados por aquella”²¹.

Somos de la opinión que la incorporación por referencia resulta un mecanismo muy útil para incorporar a un no signatario, pues resulta muy fácil demostrar su consentimiento por escrito a través de otro documento que se vincule con la cláusula arbitral. Este presupuesto tiene una aceptación pacífica en la doctrina y permite que el no signatario se incorpore al momento de la solicitud arbitral, si se comprueba que efectivamente ha manifestado su consentimiento a la cláusula arbitral mediante otro documento, evitando maniobras maliciosas de algunas partes renuentes al arbitraje.

4.2 Asentimiento tácito

Esta teoría consiste en verificar el consentimiento de aceptar la cláusula arbitral de manera implícita. Un ejemplo clásico sería que le notifiquen la demanda a un no signatario y este la responda sin realizar algún

19 Cristián Conejero Roos y René Irra de la Cruz, “La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado”, 88

20 Bullard González, “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje”, 44.

21 Roque J. Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Revista Lima Arbitration* n° 1 (2006): 131.

cuestionamiento a la misma²². Al respecto, Santistevan de Noriega, señala que esta situación “se presenta cuando la conducta subsecuente del no firmante resulta indicativa de que ha asumido la obligación de arbitrar”²³.

Por su parte, Talero Rueda afirma que “la aceptación tácita del pacto arbitral, por parte de quienes no lo han suscrito, se deduce a partir de la participación de estos últimos en el negocio jurídico principal y de su efectiva vinculación, en el momento en que se suscribe el pacto arbitral, con la empresa que ha suscrito dicho pacto”²⁴.

Como podemos apreciar, este presupuesto también resulta sencillo demostrar pues las propias conductas o acciones del no signatario demuestran su consentimiento de someterse al arbitraje.

4.3 Relación de agencia

La agencia básicamente es un contrato celebrado por una persona (en calidad de representante o agente) que actúa en nombre de otra para celebrar contratos y obligar a esta.

En ese sentido, otra teoría que permite la incorporación de un no signatario al arbitraje se da cuando el representante de una sociedad sí ha firmado el convenio arbitral.

Sin embargo, debemos tener en cuenta el carácter excepcional de esta teoría, pues se debe demostrar una participación activa del representante o agente respecto de la empresa principal, así como la autorización expresa para efectuar estos actos en su nombre (donde se encuentra la celebración de un convenio arbitral). Por ello, somos de la opinión que este presupuesto reviste una mayor complejidad en materia de probar el acto de representación debidamente efectuado, por lo que se deberá analizar en cada caso si en realidad existió o no el consentimiento para arbitrar del representado.

4.4 Levantamiento del velo societario

Esta teoría, también denominada *alter ego*, busca dar “preeminencia a la realidad económica subyacente”²⁵. Coincidimos con Talero Rueda en afirmar que:

“esta teoría suele operar como desarrollo directo de la figura de la desestimación de la limitación de la responsabilidad de los socios, también conocida como perforación del velo corporativo. Se fundamenta más en razones de equidad que en la aplicación de principios de interpretación contractual para deducir el consentimiento del no signatario”²⁶.

Esto en función de que se está contraviniendo el principio de separación de la personalidad jurídica con la finalidad de incorporar a una parte como no signatario para lograr mantener un equilibrio económico desde el análisis de cada caso en concreto.

Por su parte, Silva Romero señala que, en la práctica, esta teoría

“se limita generalmente a casos en los que se presume la existencia de fraude, de abuso de derecho o de violación de normas imperativas y recae principalmente sobre estructuras corporativas en donde median corporaciones o sociedades “en papel” (“artificial entities”)”²⁷.

En el mismo sentido, Caivano expresa que:

“la personalidad de una sociedad puede ser desestimada cuando está formada con propósitos fraudulentos o impropios, cuando actúa o se comporta como un agente o una «marioneta» de su controlante, cuando está bajo el control de otra a tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento, o cuando es una mera pantalla o un *alter ego* de la controlante”²⁸.

22 La propia Ley en el artículo 13.5 establece que “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.”

23 Santistevan de Noriega, “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”, 38.

24 Talero Rueda, “Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, 85

25 Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, 133.

26 Talero Rueda, “Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, 87

27 Silva Romero, “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”, 66.

28 Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, 134

Como podemos apreciar, el fundamento de esta teoría no se basa en rescatar el consentimiento de la parte no signataria para ser incorporada al arbitraje, sino en combatir el fraude y el abuso de derecho que pueda tener la sociedad controladora para evitar someterse al arbitraje; permitiendo así a la parte afectada hacer valer sus derechos en el arbitraje.

4.5 Estoppel

Esta teoría se aplica en función de la coherencia de las conductas de las partes y su interpretación a la luz de la buena fe, así "se ha obligado a las partes no signatarias que con plena conciencia reciben beneficios del contrato principal a someterse a la cláusula arbitral que no firmaron, dándole la oportunidad al firmante de llevar a la otra parte a arbitraje"²⁹. Es decir, está vinculada a la teoría de los actos propios que impone una actitud coherente de las partes dentro de una relación jurídica.

Para la aplicación de esta teoría es necesario que se cumplan con algunos requisitos. Así, la doctrina sostiene que:

"El fundamento estará dado en razón que la conducta anterior ha generado -según el sentido objetivo que de ella se desprende- confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen"³⁰.

Por tanto, para la aplicación de esta teoría en la extensión del convenio arbitral a no signatarios, los requisitos serían los siguientes: i) Conducta original generadora de confianza en la otra parte a la luz de la buena fe) y que indica fehacientemente que se ha generado un vínculo con la cláusula arbitral ii) Conducta posterior (negativa a arbitrar) contraria a la anterior iii) La parte no signataria desarrolla ambas conductas.

Ha sido aplicada en su mayoría en la jurisprudencia norteamericana, al respecto Caivano afirma que "se tiene en consideración de la previa conducta de la parte que resiste el arbitraje, por ejemplo, para rechazar acciones judiciales tendientes a evitar ser llevado a arbitraje, promovidas por quien ha «explotado conscientemente el contrato» y «aceptado sus beneficios»"³¹. Agrega el autor que "esos beneficios deben ser directos, es decir que deben surgir directamente del acuerdo"³².

Una reciente sentencia³³ emitida en junio de 2020 por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *GE Energy Power Conversion France SAS, CORP., FKA Converteam SAS contra Outokumpu Stainless USA, LLC, et al*, señala que la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (conocida como la Convención de Nueva York), no impide que legislaciones nacionales domésticas de diferentes países apliquen la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, utilizando entre otras teorías el estoppel. Resulta interesante que esta sentencia reconoce que una de las legislaciones que regulan la extensión del convenio arbitral a no signatarios es la peruana³⁴.

Desde nuestra perspectiva, el estoppel representa una figura muy importante para el desarrollo del artículo 14 de la Ley, pues enmarca tanto los supuestos de participación activa del no signatario en el contrato, así como la obtención de beneficios del mismo.

De las teorías explicadas, nuestra ley recoge expresamente las siguientes:

- **Incorporación por referencia:** artículo 13 inciso 6.

29 Santistevan de Noriega, "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje", 39.

30 Morello, Augusto. *Dinámica del Contrato. Enfoques*. Librería Editorial Platense. Buenos Aires, 1985, p. 59, citado en: Bullard González, Alfredo, *Óp. Cit*, p.35

31 Caivano, "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario", 135

32 Ídem

33 Sentencia disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-1048_8ok0.pdf

34 "The courts of numerous contracting states permit enforcement of arbitration agreements by entities who did not sign an agreement. See 1 G. Born, *International Commercial Arbitration* §10.02, pp. 1418-1484 (2d ed. 2014) (compiling cases). The United States identifies at least one contracting state with domestic legislation illustrating a similar understanding. See Brief for United States as Amicus Curiae 28 (discussing Peru's national legislation)" pág. 9 de la Sentencia.

- **Asentimiento tácito:** artículo 14, “consentimiento de someterse a arbitraje según la buena fe”
- **Estoppel:** esta teoría, como variante de la doctrina de los actos propios se aplica para ambos supuestos del artículo 14, participación determinante en el *iter* contractual y “quienes pretenden derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.
- **Levantamiento del velo societario:** si bien no expresamente, consideramos que esta teoría puede ser aplicada a la luz del artículo 14 pues cuando se analice la conducta fraudulenta de empresas del mismo grupo económico se podrá evidenciar “una participación activa” de una de las matrices respecto al convenio arbitral y esta conducta deberá ser analizada de acuerdo a la “buena fe”.

No obstante, queda claro que, en el análisis de cada caso en concreto, el Tribunal Arbitral podrá usar otra teoría que considere apropiada para incorporar a una parte no signataria, teniendo en cuenta los presupuestos de estas.

5. Análisis de dos casos emblemáticos

En este capítulo analizaremos la aplicación en la práctica de la extensión del convenio arbitral en el caso Dow Chemical y el Caso TSG.

El primero fue un caso emblemático que significó la extensión del convenio a dos empresas que no firmaron el mismo, pero que el Tribunal Arbitral verificó *una realidad económica única*, así como la voluntad de dichas empresas de someterse al arbitraje.

Por otro lado, el caso TSG significó el primer caso en que en nuestro país el Poder Judicial revisó un laudo a través del recurso de anulación analizando la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, por lo que resulta interesante explicar el razonamiento tanto de la Corte Superior como de la Corte Suprema al momento de interpretar la potestad de los árbitros de utilizar este mecanismo, teniendo en cuenta que a la fecha de dicho arbitraje aún no se encontraba vigente la ley actual con el artículo 14 que hemos comentado en la primera parte de este trabajo, sino la antigua Ley N° 26572 - Ley General de Arbitraje.

5.1 Caso Dow Chemical

El caso Dow Chemical vs. Isover St. Gobain (Caso CCI 4131 de 1982) se convirtió en el primero y el *leading case* mediante el cual se aplicó la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias aplicando la teoría del grupo de sociedades.

5.1.1 Resumen del caso

El grupo Dow Chemical había celebrado dos contratos para la venta y distribución de sus productos en Francia.

Dow Chemical Venezuela y Boussois-Isolation, una empresa francesa, celebraron un primer acuerdo de distribución de equipamientos de insolaciones térmicas en 1965. Posteriormente, Dow Chemical Venezuela cedió su posición contractual a Dow Chemical AG (empresa suiza), un filial de la matriz Dow Chemical Company (EEUU), por su parte los derechos y obligaciones de Boussois-Isolation fueron transferidos a Isover St. Gobain.

En 1968, Dow Chemical Europe (suizo), filial de Dow Chemical AG y tres empresas que también cedieron sus derechos y obligaciones a Isover St. Gobain, celebraron un contrato para la distribución en Francia de los mismos productos³⁵. Ambos contratos contenían cláusulas arbitrales ante cualquier controversia que surja de los mismos.

Es así que producto de un desacuerdo, Dow Chemical France, Dow Chemical Company, Dow Chemical AG y Dow Chemical Europe iniciaron un arbitraje contra Isover St. Gobain.

5.1.2 Análisis del caso

El Tribunal Arbitral admite la incorporación de Dow Chemical France y Dow Chemical Company rechazando la objeción planteada de Isover St. Gobain a partir de analizar el comportamiento de estas dos empresas

35 Bernard Hanotiau y Erica Stein “La extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios. ¿Una marginalización del consentimiento?”. En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2 “Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje.”*, ed. por Soto Coágula (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012), 58.

pertenecientes al grupo Dow Chemical. Al respecto, el Tribunal Arbitral señaló que se debe tener en cuenta el contexto de los hechos al momento de la celebración y ejecución de los contratos, así como el hecho de que las empresas signatarias forman parte del mismo grupo económico cuya sociedad matriz es Dow Chemical Company³⁶.

El Tribunal Arbitral también tomó en cuenta la “común intención de las partes del juicio arbitral resultante de las circunstancias de la celebración y ejecución (...) debe también tener en cuenta los usos del comercio internacional (...)”³⁷.

En este sentido, el Tribunal Arbitral advirtió que las empresas no signatarias habían participado en las distintas etapas del contrato, que la empresa signataria de Dow Chemical France había actuado siguiendo instrucciones de la empresa matriz y por ello concluyó que, a partir de estos comportamientos, la voluntad común de las partes fue someterse al arbitraje.

Lo relevante de este caso, es que se pudo demostrar que “la conducta puede ser una expresión de consentimiento”³⁸, por lo que la existencia de empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades constituye el elemento fáctico que deberá ser analizado en conjunto con el comportamiento de estas sociedades para analizar si nos encontramos ante una parte no signataria o no.

Por ello, consideramos acertada la decisión del Tribunal Arbitral, pues demostró en el caso en concreto que las acciones tomadas por las empresas no signatarias reflejaron el consentimiento de estas de someterse al acuerdo arbitral, sin embargo, es preciso señalar que en este caso estas partes actuaban como demandantes por lo que presentaban un claro interés de pertenecer al arbitraje.

5.2 Caso TSG

5.2.1 Resumen del caso

El 28 de enero del año 2002, la empresa TSG, celebró un contrato con la empresa Harinas Especiales con el objeto de que esta última produzca harina de pescado. Este contrato contenía una cláusula arbitral.

Harinas Especiales señaló ser la arrendataria de unas plantas para la fabricación de harina de pescado con los derechos administrativos vigentes. Estas plantas se encontraban en un terreno de propiedad de Caleta Dorada, empresa que manifestó su conformidad con el acuerdo.

Posteriormente Harinas Especiales cedió su posición contractual a Chicama y los terrenos donde se encontraban las plantas fueron dados en garantía a favor de TSG³⁹.

Producto de una controversia surgida ante un incumplimiento contractual, TSG demandó arbitrariamente a Chicama, Caleta Dorada, Libertad, Procesadora del Campo y Katamarán. Respecto a estas últimas tres empresas, TSG sostuvo que era necesaria su incorporación al arbitraje, pues entre ellas existía un vínculo económico y se habían producido acciones fraudulentas con la finalidad de evitar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por Chicama. Estas empresas cuestionaron la competencia del Tribunal Arbitral pues alegaron la inexistencia del convenio arbitral que las vincule con la controversia.

5.2.2 Análisis del caso

El laudo emitido el año 2009 por el Tribunal Arbitral⁴⁰, señaló que todas las empresas formaban parte del arbitraje y que tenían responsabilidad solidaria ante TSG. El Tribunal Arbitral argumentó que la doctrina y jurisprudencia internacional validaban el uso de la teoría del levantamiento del velo societario cuando “se descubre la existencia de vinculación entre las empresas demandadas y una voluntad fraudulenta de éstas, se tiene que entender que la empresa signataria del convenio arbitral y las demás empresas involucradas, son una sola y misma parte”⁴¹.

El Tribunal Arbitral recalcó que no se trata de la incorporación de terceros al arbitraje, sino de efectivamente partes al comprobar determinados elementos, al respecto, en el numeral 283 de dicho laudo se señaló que:

36 Hanotiau y Stein, “La extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios. ¿Una marginalización del consentimiento?”, 59

37 Hanotiau y Stein, “La extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios. ¿Una marginalización del consentimiento?”, 60

38 Hanotiau y Stein, “La extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios. ¿Una marginalización del consentimiento?”, 63.

39 Fernando Cantuarias Salaverry, “El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG”, *Revista Lima Arbitration* n° 6 (2014): 174.

40 Conformado por Alfredo Bullard, Rafael Montoya y Alberto Montezuma.

41 Cantuarias Salaverry, “El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG”, 175.

“Como se aprecia, la doctrina indica que dicha situación no puede dejarse pasar en los tribunales judiciales y tampoco en los tribunales arbitrales, por tanto, éstos –y en consecuencia el nuestro también– se encuentran autorizados a correr el velo societario, a fin de constatar la verdadera voluntad de las empresas involucradas, con el objeto de proteger a la contraparte que se vería perjudicada con tales acciones”.

En efecto, el Tribunal Arbitral a partir de un análisis de todo el material probatorio y de una variedad de indicios concluyó que a estas empresas debía extenderseles el convenio arbitral y con ello los efectos del laudo en calidad de partes no signatarias.

Las empresas demandadas interpusieron un recurso de anulación contra dicho laudo ante el Poder Judicial, argumentando la inexistencia del convenio arbitral, la vulneración al debido proceso, el pronunciamiento de los árbitros de materias no sometidas a arbitraje y la vulneración del derecho a un juez natural.

La Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 10 de agosto de 2010 declaró fundando el recurso de anulación por vulneración del literal a, inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje (referente a la inexistencia, nulidad, anulabilidad o ineficacia del convenio arbitral), sosteniendo que la jurisdicción arbitral tiene una naturaleza de excepción y que la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias no tiene un sustento positivizado en ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema mediante recurso de casación ordenó que su inferior jerárquico se vuelva a pronunciar, sosteniendo que había incurrido en un error al otorgarle un grado de inferioridad a la jurisdicción arbitral, que se encuentra reconocida en el artículo 139 de la Constitución y ha sido desarrollada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional peruano, ratificó el principio *pro arbitraje* al señalar que el laudo no está incorporando a terceros, si no está evitando que mediante acciones fraudulentas estas empresas burlen la jurisdicción arbitral pactada mediante el contrato principal en función a la buena fe y a la prohibición del abuso de derecho.

Por otro lado, resaltó el principio “competence-competence” del Tribunal Arbitral y señaló que se debe diferenciar las cuestiones de fondo con las procesales para no incurrir en la prohibición de entrar a analizar el fondo de la controversia vía recurso de anulación.

El segundo pronunciamiento de la Corte Superior de Justicia siguió las indicaciones de la Corte Suprema y declaró infundado el recurso de anulación y válido el laudo, aceptando la incorporación de partes no signatarias a un arbitraje. Esta sentencia presenta interesantes cuestiones, como el reconocimiento del principio competence-competence de los árbitros para aplicar la figura jurídica del levantamiento del velo societario⁴². Por otro lado, reconoce que el Tribunal Arbitral no ha incorporado a un tercero “sino, muy por el contrario, ha evitado que la parte signataria de un convenio arbitral, mediante la utilización fraudulenta de otras empresas que responden a una sola voluntad empresarial, burle la efectividad de dicho acuerdo”⁴³. Finalmente sustenta su decisión en “(i) el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción, (ii) el principio general de la buena fe, y (iii) la prohibición del abuso del derecho”⁴⁴.

Al respecto, compartimos y consideramos pertinente destacar la postura de la Corte Suprema y de la Corte Superior (en su segundo pronunciamiento) pues manifiestan los siguientes aspectos claves:

- Reconoce una postura pro-arbitraje y niega que se trate de una “jurisdicción de segundo grado”.
- Admite que se puede incorporar partes no signatarias al arbitraje y que en función del principio “competence-competence”, es el Tribunal Arbitral el encargado de delimitar su competencia respecto a resolver una controversia entre determinadas partes; por consiguiente, la aplicación del levantamiento del velo societario radica en esta competencia.
- Resalta la importancia de incorporar a partes no signatarias en función al consentimiento y la buena fe; y en el caso específico del levantamiento del velo societario, buscando evitar la colusión y el fraude entre estas empresas y con ello el abuso de derecho.

42 Considerando Noveno de la Sentencia

43 Considerando Décimo Octavo de la Sentencia

44 Considerando Décimo Octavo de la Sentencia

6. Estado actual de la figura en el arbitraje peruano

En este punto, consideramos importante realizar una breve reseña a partir de cinco casos que expliquen la situación actual de la extensión del convenio arbitral en el Perú. Para estos efectos, recurrimos a la información brindada por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima a través de su *Faro de transparencia*⁴⁵.

6.1 Caso Arbitral N° 3337-2015-CCL

“A” otorgó el derecho de posesión de un bien a la parte demandante. Posteriormente “A” suscribió un contrato de servidumbre de paso con la parte demandada (dueña de un predio colindante), este contrato incluía una cláusula arbitral. Luego, la demandada transfirió un porcentaje de su propiedad a un tercero. Frente a este acto, la demandante inicia un arbitraje alegando que la demandada pretende desconocer el derecho real de servidumbre otorgado a “A” (persona que les transfirió el derecho de posesión).

En lo referente a la extensión del convenio a los demandantes (quienes no habían suscrito el contrato de servidumbre de paso), el árbitro único aplicó el artículo 14 de la Ley señalando que a pesar de que los “demandantes no hayan intervenido en el referido contrato, su sometimiento al arbitraje se acredita con la presentación de la petición arbitral, siendo esta una clara manifestación de voluntad por parte de estos. Además, “resulta evidente que la demandante alega tener un derecho privado derivado del contrato de servidumbre con cláusula arbitral, por lo que resulta aplicable la extensión del convenio arbitral.” Aquí podemos apreciar que el hecho de presentar la petición arbitral representa un consentimiento “tácito” de los demandantes quienes además tienen un interés evidente respecto del contrato de servidumbre que contiene el convenio arbitral.

6.2 Caso Arbitral N° 051-2016-CCL

Las partes (demandante: empresa inmobiliaria; demandados: empresa constructora y cuatro personas naturales) suscribieron un acuerdo marco para el desarrollo de un proyecto inmobiliario en el cual se pactó **que las partes suscribirían un segundo acuerdo; este segundo acuerdo estableció las obligaciones de las partes en relación** con su participación en un proyecto inmobiliario y es en este acuerdo donde se incluyó el convenio arbitral. La controversia se originó a partir de un conjunto de alegados incumplimientos realizados por parte de las demandadas.

Una pretensión de la demanda consistía en extender el convenio arbitral a una persona natural en calidad de codemandada. Al respecto, el Tribunal Arbitral sostuvo que esta persona natural había suscrito el acuerdo marco; sin embargo, no era parte signataria del pacto de accionistas que se celebró en ejecución del acuerdo marco. Por tanto, el tribunal arbitral consideró necesario analizar si se podían extender los efectos del proyecto a la persona natural bajo análisis por su participación y ejecución en el mismo tal como establece el artículo 14 de la Ley.

Así, partiendo de un análisis a la luz de la buena fe, el Tribunal Arbitral tuvo en consideración la carta de aceptación de la oferta del proyecto remitida a la persona bajo análisis; sin embargo, resaltó que dicha carta fue suscrita por esta persona en representación de una compañía, por lo que descartó su injerencia directa en el contrato en cuestión y desestimó esta pretensión de extender el convenio arbitral.

6.3 Caso Arbitral N° 204-2016-CCL

Una empresa inmobiliaria demanda a una constructora y a una persona natural. La demandante había suscrito un contrato (que incluía un convenio arbitral) con la constructora con la finalidad de que esta última construya un proyecto inmobiliario. Durante la ejecución del contrato surgieron diferencias por la falta de entrega del proyecto por parte de la constructora demandada, por lo que se inició el arbitraje.

La demandante solicitó que se incluya a la persona natural (titular de la constructora demandada) señalando que había tenido un vínculo económico con la demandante, al haber participado en la negociación, celebración y ejecución del contrato de obra.

El Tribunal Arbitral al analizar la extensión del convenio al titular de la constructora conforme al artículo 14 de la Ley sostuvo que el consentimiento no se derivaba de cualquier participación, pues los actos de mera asesoría o de apoyo no podían ser considerados como forma de consentir; por tanto, era necesario una

⁴⁵ Disponible en https://www.arbitrajeccl.com.pe/laudos_comerciales. Se omiten los datos de las partes y los miembros del Tribunal Arbitral en función del principio de confidencialidad.

participación de tal naturaleza que de ella se derivase una relevancia significativa en los hechos objeto de arbitraje.

Así, a partir de las pruebas presentadas por las partes se deducía que el demandado 2 era titular de la demandada 1; sin embargo, no se presentaron pruebas suficientes que acreditaran la participación activa y determinante del demandado 2 en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato; ni que el demandado 2 hubiese pretendido derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos, lo cual constituía el supuesto básico para la extensión del convenio arbitral, por lo que desestimó esta pretensión.

6.4 Caso Arbitral N° 354-2016-CCL

Una empresa peruana (demandante) suscribió con una empresa panameña (codemandada 1) un contrato de transferencia de acciones mediante el cual la demandante transfirió a la codemandada 1 la totalidad de las acciones que tenía en una sociedad afiliada. Este contrato incluía una cláusula arbitral. Las partes acordaron que la demandante debía indemnizar a la codemandada 1 por las pérdidas que esta última pudiera soportar como consecuencia de las contingencias de distinta índole de la sociedad.

Se pactó, además, el pago de la indemnización sería realizado, únicamente, para las contingencias existentes hasta la fecha de suscripción del contrato. La demandante gestionó una carta de crédito *stand by* ante un banco en beneficio de la codemandada 1 con la finalidad de garantizar el pago de estas posibles pérdidas.

Las partes pactaron que para la ejecución de la carta de crédito era indispensable que la codemandada 1 informará a la demandante de la existencia de una notificación de cobranza, requerimiento de pago, etc.

Luego de un tiempo, la codemandada 1 comunicó a la demandante una resolución de ejecución coactiva dirigida a la sociedad (contingencia tributaria), por lo que requirió la indemnización de la demandante. Ante ello, la demandante sostuvo que la codemandada 1 había incumplido su deber de informar las resoluciones de multa y determinación fiscal previas a la resolución de ejecución; por lo que se negó a pagar la indemnización. Ante esta negativa, a solicitud de la codemandada 1, el Banco ejecutó la carta de crédito, agregándole una comisión por pagar por la demandante.

La demandante inició el arbitraje reclamando el pago de una indemnización equivalente al monto ejecutado de la carta de crédito más la comisión que aplicó el Banco y la declaración de que la ejecución de la carta de crédito había sido indebida. En el arbitraje demandó no solo a la codemandada 1, con quien firmó el contrato, sino también –alegando la extensión del convenio arbitral– a la codemandada 2 y la codemandada 3, que habían formulado la oferta de venta de las acciones objeto del contrato y que indicaron que el contrato sería suscrito por la codemandada 1.

Al analizar esta cuestión, el Tribunal Arbitral, indicó que el artículo 14 de la Ley reconoce la posibilidad de extender el convenio arbitral a partes no signatarias del mismo y llegó a la conclusión de que la conducta de las codemandadas 2 y 3 confirmaba la participación determinante de ambas en la negociación y firma del contrato; por lo que se les extendía el convenio arbitral del cual no eran signatarias. Además, utilizó la figura del levantamiento del velo societario para que las codemandadas 2 y 3 asuman de manera solidaria la indemnización por daños y perjuicios con la demandante, teniendo en cuenta que las codemandadas 2 y 3 reconocieron que: i) la codemandada 1 fue creada con el propósito de celebrar, a través de esta persona jurídica, el contrato con la demandante; y ii) la codemandada 2 tenía el control de la codemandada 1 y la codemandada 3, por tanto se dedujo que existía un vínculo económico y societario relevante entre las tres codemandadas y que la conclusión del contrato podría brindar beneficios a las codemandadas 2 y 3.

6.5 Caso Arbitral N° 035-2017-CCL

Compañía aseguradora a una compañía que brinda servicios de transporte

“A” contrató a una compañía (demandada) para que le brinde el servicio de transporte de un cargamento de granos de cacao. El contrato preveía la responsabilidad de la demandada frente a “A” por todos los daños, pérdidas, robo y/o asalto y/o sustracción y/o merma que pudiera ocurrirle a la carga cuando esta se encontraba bajo la custodia de la demandada. Este contrato incluía una cláusula arbitral.

De manera simultánea, “A” contrató una póliza de seguro que la protegía frente a pérdidas de la mercancía. El cargamento se perdió durante el traslado terrestre, es decir, durante el periodo de responsabilidad de la demandada, debido a un robo de parte del conductor del vehículo.

La compañía aseguradora (demandante) indemnizó a "A" (asegurada) y adquirió, de esta manera, todos los derechos de esta para interponer una demanda en contra de la compañía demandada. La demandante inició el arbitraje reclamando el pago del valor de la indemnización pagada a la compañía por el siniestro.

En respuesta, la demandada señaló que no existía un convenio arbitral suscrito con la aseguradora. El Tribunal Arbitral analizó el argumento de la demandada sobre su competencia para conocer la disputa y concluyó que la figura del pago con subrogación es uno de los supuestos en los que se puede invocar artículo 14 de la Ley por lo que una parte no signataria podría ser incorporada al arbitraje. Al respecto, señaló que el artículo 1262 del Código Civil establece los efectos de la subrogación, sea legal o convencional, a saber: la sustitución del subrogado en la titularidad de todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor. En este sentido, si la demandante efectuó el pago alegado, se subrogó en la posición de "A" (asegurada), por tanto, podía invocar el convenio arbitral contenido en el contrato de servicio de transporte para demandar a la empresa de transporte.

Como podemos apreciar de estas breves reseñas, la extensión del convenio arbitral representa una figura sumamente útil para las partes que desean incorporar al arbitraje a un no signatario y será tarea de cada tribunal arbitral en cada caso analizar las evidencias o indicios a partir del acervo probatorio presentado por las partes que permitan demostrar el consentimiento del no signatario, siempre a la luz de lo establecido por el artículo 14 de la Ley: i) una interpretación conforme al principio de la buena fe; ii) participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que contiene el convenio arbitral y; iii) partes que pretendan derivar derechos o beneficios del contrato.

7. Efectos de admitir a una parte no signataria en el arbitraje

Para terminar este trabajo, es preciso destacar que una vez que se admita la extensión del convenio arbitral a una parte no signataria y con ello se incorpore al arbitraje, tendrá exactamente los mismos derechos y obligaciones que las partes que suscribieron el convenio arbitral. Esto quiere decir que el no signatario, formará parte de las actuaciones durante el proceso arbitral pudiendo ejercer todos los derechos inherentes al debido proceso, como es el caso del derecho de defensa, podrá presentar escritos, medios probatorios, recursos, participar de las audiencias, etc. Además, tendrá las mismas obligaciones, como por ejemplo seguir el deber de confidencialidad del arbitraje y asumir los efectos del laudo arbitral y velar por la ejecución del mismo.

Respecto al momento en que una parte se incorpore al arbitraje, dependerá de cada caso en concreto, pues como hemos advertido en la primera parte del presente artículo, existen presupuestos más complejos que otros para incorporar a un no signatario, como el caso del levantamiento del velo societario a comparación de la incorporación por referencia.

No obstante, en función del "*competence-competence*" de los árbitros, estos podrán decidir a partir de determinados indicios incorporar a un no signatario al arbitraje y resolver su competencia sobre ellos al momento de laudar.

8. Conclusiones

- El artículo 14 de la ley de arbitraje peruana plantea como requisito principal para la extensión del convenio arbitral a una parte no signataria el análisis del comportamiento de dicha parte a la luz de la buena fe contractual para demostrar su consentimiento.
- El artículo 14 de la ley no hace referencia a la incorporación de terceros comparados al proceso civil (ya sean litisconsortes, coadyuvantes) debido a la naturaleza consensual como fundamento del arbitraje.
- Consideramos que, la incorporación de una parte no signataria al arbitraje debe tener una naturaleza excepcional, pues el convenio arbitral se rige por los principios contractuales de *pacta sunt servanda*, *lex inter partes* y *res inter alios acta*.
- Nuestra ley regula expresamente la teoría de la incorporación por referencia en el artículo 13 inciso 6 y el asentimiento tácito y el estoppel en el artículo 14. Sin embargo, el Tribunal Arbitral puede aplicar otra teoría en función de los hechos de cada caso, como se dio en el laudo del caso TSG donde se aplicó la teoría del levantamiento del velo societario.
- La facultad del *competence-competence* de los árbitros, así como el principio *pro arbitraje* determinan la capacidad que tienen de extender el convenio a partes no signatarias cuando comprueben el consentimiento de las mismas de someterse al arbitraje.

- El Poder Judicial debe entender que la naturaleza y la lógica de un proceso arbitral requiere que se apliquen sus propias reglas de juego, evitando la “procesalización del arbitraje”.
- La interpretación del artículo 14 debe girar en torno a la eficacia e inevitabilidad del arbitraje como medio de solución de controversias basado en el acuerdo entre las partes de someterse a esta jurisdicción, por lo que será tarea de los árbitros en cada caso analizar la conducta de los no signatarios para verificar su consentimiento y así evitar situaciones en que estas partes renuentes busquen evitar el arbitraje de mala fe.

9. Bibliografía

Avendaño Valdez, Juan y Velásquez Meléndez, Raffo. “El nuevo precedente constitucional sobre arbitraje. En especial, sobre la revisión judicial solicitada por “terceros”. En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2 “Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje.”*, editado por Carlos Soto Coáguila. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.

Bullard González, Alfredo. “¿Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje”. En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2 “Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje.”*, editado por Carlos Soto Coáguila. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.

Caivano, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Revista Lima Arbitration*, n° 1, (2006).

Caivano, Roque J. «Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples», *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 4 (2007).

Castillo Freyre, Mario; Sabroso Minaya, Rita; Castro Zapata, Laura y Chipana Catalán, Jhoel. “Comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera Parte”, *Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Estudio Mario Castillo Freyre*, vol. 25 (2014).

Cantuarias Salaverry, Fernando. “El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG”, *Revista Lima Arbitration*, n° 6 (2014).

Conejero Roos, Cristián; Irra de la Cruz, René. “La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado”, *Revista Lima Arbitration*, n° 5 (2012).

Diez-Picazo Ponce de León, Luis. «*La Doctrina de los Propios Actos*». *Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. (Barcelona: Bosch casa Editorial, 1963).

Hanotiau, Bernard y Stein, Erica. “La extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios. ¿Una marginalización del consentimiento?, En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2 “Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje.”*, editado por Carlos Soto Coáguila. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.

Santistevan de Noriega, Jorge. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 8 (2009).

Silva Romero, Eduardo. “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”, *Revista Lima Arbitration*, n° 4 (2010).

Soto Coáguila, Carlos. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2 “Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje”* (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012).

Talero Rueda, Santiago. “Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, *Revista Lima Arbitration*, n° 4 (2010).