

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



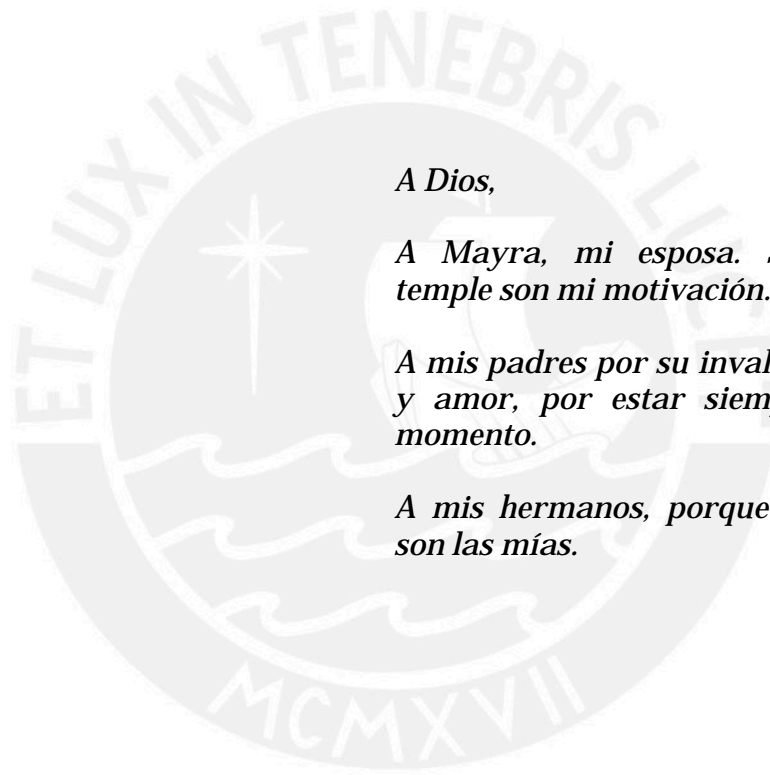
PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**¿ARBITRAR O NO ARBITRAR? HE AHÍ EL DILEMA: LA VINCULACIÓN
DEL CONVENIO ARBITRAL A LOS NO SIGNATARIOS**

**Tesis para optar el Título de Abogado que presenta el Bachiller:
JESÚS JUNIOR CÓRDOVA SCHAEFER**

Asesor: Alfredo Bullard González

Lima, 2013



A Dios,

A Mayra, mi esposa. Su fuerza y temple son mi motivación.

A mis padres por su invaluable apoyo y amor, por estar siempre en cada momento.

A mis hermanos, porque sus alegrías son las mías.

Between coercive and non-coercive arbitration runs the dividing line of which we have spoken. The one perverts natural law, and the other strengthens it.

—**JOHN BATES CLARK**

When will mankind be convinced and agree to settle their difficulties by arbitration?

—**BENJAMIN FRANKLIN**

Do I believe in arbitration? I do. But not in arbitration between the lion and the lamb, in which the lamb is in the morning found inside the lion.

—**SAMUEL GOMPERS**

At all events, arbitration is more rational, just, and humane than the resort to the sword.

—**RICHARD COBDEN**

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

1. Calles desnudas y el enfoque de la teoría de la regulación en el arbitraje	8
2. El arbitraje bajo la lupa del análisis económico del derecho (<i>Law & Economics</i>)	19
3. El no-signatario en el arbitraje y sus fundamentos para su estudio	26

CAPÍTULO I

EL CONVENIO ARBITRAL

1. La reconstrucción del concepto del convenio arbitral	33
1.1. La cláusula compromisoria y el compromiso arbitral: ¿Regulación antiarbitraje?	44
1.2. El convenio arbitral y la relativización de la forma	48
2. La autonomía de la voluntad	53
2.1. La autonomía de la voluntad en los contratos	54
2.2. La autonomía de la voluntad en el arbitraje	56
2.2.1. La autonomía de la voluntad de las partes de celebrar un contrato de arbitraje	56
2.2.2. Las consecuencias o implicancias que conlleva suscribir una cláusula arbitral (expresión del efecto negativo del convenio arbitral)	58
2.2.3. La cláusula arbitral en un contrato de adhesión	65
2.2.4. La cláusula arbitral en un contrato administrativo	71
3. La autonomía en el arbitraje	78
3.1. La autonomía del arbitraje frente al contrato	78
3.2. El principio <i>kompetenz-kompetenz</i>	80
3.2.1. Concepto y regulación	80

3.2.2. El efecto positivo y negativo del principio <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	89
3.3. La doctrina de la separabilidad	93
3.3.1. Concepto	93
3.3.2. Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co	95
3.3.3. First Option of Chicago, Inc. v. Manuel Kaplan y MK Investments, Inc.	97
3.3.4. Buckeye Check Cashing, Inc. v. John Cardegna et al.	101
3.3.5. Società Omenex v. el Sr. Michell X.	103

CAPÍTULO II

LOS NO SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE

Análisis de la estructura del artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana (Decreto Legislativo 1071)

1. Distinción entre no signatario y tercero	105
2. El consentimiento en el arbitraje (<i>meeting of the minds</i>)	118
a. Consentimiento individual-concreto	120
b. Consentimiento individual-abstracto	121
c. Consentimiento general-abstracto	121
d. Consentimiento general-concreto	122
3. La buena fe	132
4. Determinación de la participación de la parte no signataria en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato	139
5. Pretender derivar derechos o beneficios del contrato	149
5.1. Arbitraje sucesorio	153
5.2. Arbitraje estatutario	157

CAPÍTULO III

LAS TEORÍAS QUE EXPLICAN LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL Y SU APLICABILIDAD EN EL ARBITRAJE

1. Origen de la vinculación del convenio arbitral a los no-signatarios en el arbitraje	168
2. Análisis de las teorías que explican la extensión del convenio arbitral y su recepción en el arbitraje peruano	181
2.1. La Doctrina de los Actos Propios y la figura del <i>Estoppel</i> en el arbitraje internacional	181
2.2. Agencia	197
2.3. La cláusula oculta: La incorporación por referencia (<i>Incorporate by reference</i>)	205
2.3.1. La incorporación por referencia según la Convención de Nueva York	211
2.3.2. La incorporación por referencia según la Ley Modelo y su adopción por la Ley de Arbitraje Peruana	214
2.4. El grupo de empresas (<i>group of companies</i>)	218
2.4.1. El grupo de empresas en el arbitraje internacional	226
2.4.2. El grupo de empresas en el arbitraje peruano	237
2.5. La doctrina del <i>Alter Ego</i> y el levantamiento del velo societario	239
2.5.1. La naturaleza de las sociedades	243
2.5.2. La responsabilidad limitada vs. El levantamiento del velo societario	249
2.6. La estipulación a favor de tercero (<i>Third party beneficiary</i>)	257
3. La vinculación del convenio arbitral en los contratos de cesión (o de la mal llamada transmisión de la cláusula arbitral)	262
3.1. Cesión de créditos	268
3.2. Subrogación	272

3.3.	Novación	275
3.4.	Algunas reflexiones sobre el acuerdo arbitral en caso de la transmisión de obligaciones	281

CAPÍTULO IV

LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL ¿SUSTANCIA O PROCEDIMIENTO?

1.	El lecho de PROCUSTO y la aplicación supletoria del Código Procesal Civil	283
1.1.	Las reglas del arbitraje vs. Las reglas del Proceso Civil	286
1.2.	¿Quién decide la incorporación del no-signatario?	295
2.	La extensión del convenio arbitral ¿Sustancia o procedimiento?	299
3.	Las partes del convenio arbitral vs. Las partes del Proceso Civil	307
4.	La funcionalidad del artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana	309
4.1.	TSG Perú SAC v. Pesquera Industrial Chicama y otros	311
4.2.	La extensión de los efectos de un laudo arbitral a terceros: Casación N° 2994-2010-Lima	320
	Conclusiones	326
	Bibliografía	335

INTRODUCCIÓN

1. CALLES DESNUDAS Y EL ENFOQUE DE LA TEORÍA DE LA REGULACIÓN EN EL ARBITRAJE

¿Es posible imaginar el centro de la ciudad de Lima sin congestión vehicular? ¿Qué sucedería si en algún momento se decidiera quitar todo tipo de señalización urbana como los semáforos, borrar la cruzada de los peatones, las señalizaciones de pare o cruce, etc.? ¿Podría imaginarse que el centro de Lima u otros distritos interactúen conductores, combis y peatones sin señalización alguna y que esto funcione?

Hace muchos años atrás en algunas ciudades de Holanda pusieron a prueba las anteriores interrogantes, e iniciaron un proyecto llamado “calles desnudas” (*naked streets*), con lo cual crearon el concepto de ciudades sin señales. Su creador, el ingeniero Hans Monderman, tenía como objetivo que estas calles sin señales, crearan un ambiente de una ciudad o de calles sin seguridad, con lo cual las personas (tanto peatones, conductores y ciclistas) al sentir esto, reforzaban sus propias medidas de seguridad teniendo mucho más cuidado (conocida también como la campaña *unsafe is safe*).¹

Es decir, contrariamente a lo que se pudo haber pensado en un primer momento. Las calles sin señales, a pesar de aparentar ser una ciudad

¹ Al respecto puede revisarse el siguiente enlace (revisado el 3 de febrero del 2011): <http://www.morethangreen.es/2011/05/20/calles-desnudas-por-hans-monderman/>

insegura, creaba el efecto inverso, de ser una ciudad -o al menos las calles- más seguras ¿por qué?

La única regla, para la ejecución de este proyecto es que tanto los conductores como los peatones son iguales. Por lo que se origina un centro de negociación entre éstos para determinar quien cruza, así, los conductores tienden a reducir la velocidad y estar al tanto de lo que realiza el peatón, y éste pone atención a lo que hará el conductor.

Este espacio compartido, está regido por el respeto y la atención de lo que hace el otro (esto es lo que llaman los expertos como *psicológica conductiva*) para reducir el tráfico, y los accidentes de tránsito, lo cual efectivamente se verificó en la realidad. Los índices de accidentes bajaron notablemente, y este esquema de ciudades sin señales fue replicada en otras ciudades de Europa² con bastante éxito.

Veamos esto desde otra perspectiva, para saber cómo funciona la regulación³. Imaginemos una calle poco transitada, en una zona residencial. Lo más probable es que encontremos pocas señalizaciones, e incluso no exista en los alrededores algún semáforo o letreros informativos sobre tránsito.

Ahora, si pensamos que en esta misma calle, se transforma, con el tiempo, en una zona comercial, y se construyan tiendas y departamentos, lo cual

² Esta idea fue replicada en países como Alemania e Inglaterra.

³ Cfr. SENN, Myriam. *“Non-State Regulatory Regimes: Understanding Institutional Transformation”*. Springer, 2011, pp. 5 y ss.

implica un mayor de número de personas en un menor espacio, es evidente que se generará también el ingreso de más vehículos en la zona, y más personas transitando por la misma. Entonces, será necesario contar con mayores señalizaciones, como “Pare” o “Stop” para dar preferencias a los peatones o a los conductores.

Es probable también, que en esta misma zona, se sigan haciendo más construcciones, como colegios, clínicas, centros comerciales, esto generará mucho más tráfico y congestión, y en horas punta el tráfico será más intenso. En este escenario, la regulación sobre las señalizaciones de tránsito se reforzarán, e incluso será necesario la intervención de policías de tránsito para permitir una flexibilización de las señales a fin de facilitar el tránsito.

Esto significa que dentro de un espacio (como puede ser las calles, un mercado, o un sistema jurídico) a mayor número de agentes, se necesita una regulación idónea, lo cual no equivale a regular más, sino responde a una necesidad de regular de forma cualitativa y no cuantitativa, o como sugiere EPSTEIN una regulación simple y clara⁴.

De lo anterior, tenemos que indicar que ante una situación problemática o compleja, no implica que una buena solución sea la no regulación. En este caso en particular, no se trata de una des-regulación del tránsito vehicular, sino

⁴ EPSTEIN, Richard. *“Reglas simples para un mundo complejo”*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima 2005, p. 45. Quien afirma que “la respuesta apropiada a las sociedades más complejas debe ser una mayor confianza en las normas legales simples, y la exclusión de reglas antiguas, frecuente y fácilmente descartadas como curiosas reliquias de la extinta época de las carretas”.

de una regulación diferente, en la cual se traslada a los privados, la facultad de regular sus propias acciones.

La regulación no pasa por ser una actividad neutra y desprendida de la realidad, al contrario debe conocer muy bien la realidad, y conocer muy bien cuál es el problema, y sobre esto tratar de plantear una solución, ya sea a través de incentivos o sanciones⁵.

No obstante, habrá grupos que se beneficiarán de dicha regulación y otros, por el contrario, se verán perjudicados⁶. Un caso típico es sobre el establecimiento de las zonificaciones, mientras que una zona es declarada como residencial, se tienen que realizar una serie de esfuerzos para convertir esa zona en comercial, solicitar por ejemplo la opinión favorable de todos los vecinos, y a parte adecuar la vivienda a uno de uso comercial respetando todas las medidas de seguridad que se exigen, luego de ello se inicia un procedimiento administrativo – burocrático.

⁵ FALLA, Alejandro. “¿Zanahoria o Garrote: De qué depende? De los estilos de *enforcement* de la Regulación”. En: *La Ley del Procedimiento Administrativo General*. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaúnde. Apuntes de Derecho y Economía. Fondo Editorial de la UPC. Mayo 2009, p. 490. OGUS, Anthony. “*Regulation: Legal Form and Economic Theory*”. Clarendon Law Series, Oxford: Oxford University Press, p. 71. AA.VV. “*Regulación, Desregulación, liberalización y competencia*”. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A., Madrid, 2006.

⁶ Al respecto OGUS ha manifestado respecto de la teoría positiva que “on the basis of public choice analysis there has emerged, particularly in the American literature, an “economic” theory of regulation according to which the existence and form of regulation may be predicted as a response by politicians to the demands of interest groups who will derive benefits from the measure. Given the advantages referred to above, of homogeneity of interest and relatively low organization costs, producer groups will typically be able to exert more influence than those representing consumers or ideologies. Hence, the central thesis that ‘as rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefit’”. OGUS, Anthony. *Op. Cit.*, p. 71.

Esto por ejemplo, sería mucho más fácil; es decir, cambiar a una zona comercial, si existe un número significativo de vecinos que ven que efectivamente es más lucrativo y beneficioso tener una zona comercial a una residencial, como también la presencia de varias empresas interesadas en invertir en esa zona, y porque no, que el alcalde viva en esa zona y hay empresas que quieren adquirir su vivienda, ello sin duda elevaría los precios de esa zona, pero otros, preferirán simplemente su tranquilidad, y verán que ese cambio zonal los afecta.

La regulación en el arbitraje, pasa por algo similar. A los inicios de la regulación del arbitraje en el Perú, era tan poco conocido, o tan poco aplicado que obligó a los actores en sí a no tener confianza en esta forma de resolución de conflictos, lo que conllevaba simplemente su inutilización, más aún porque resultaba ser un proceso alambicado. Posteriormente, con 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, se planteó una estructura regulatoria que hacía más amigable el uso del arbitraje, a diferencia de sus antecesoras regulaciones⁸.

⁷ Tal como refiere CONEJERO, “en 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”. CONEJERO ROOS, Cristian. “Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 4. Enero-Junio 2006, Bogotá, Ed. Legis, pp. 29-30.

⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Reflexiones acerca de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral: y después nos preguntamos por qué el arbitraje funciona recién desde

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

En sí, en los noventa y con la idea de cambiar el sistema económico, e impulsar la libre competencia, la inversión privada (dada la ineficiencia y fracaso del Estado empresarial) es que se abre el camino a los agentes económicos para que intervengan en el mercado⁹.

En esos años se impulsó a través de diferentes normas, e incluso la promulgación de la Constitución de 1993, un nuevo cambio en el régimen económico. Con esto se perfiló un notorio cambio en el comercio el cual fue creciendo notablemente, tanto nacional como internacionalmente, esto ha venido unido con el advenimiento de inversiones privadas extranjeras deseosas de invertir en el país, para lo cual era necesario recurrir a una vía alterna en caso de conflicto, diferente a un Poder Judicial local, para evitar parcialidades. Es en este punto, donde la presencia del arbitraje internacional cobrará nuevos brillos.

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

⁹ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. "La década de los noventa: La experiencia peruana en libre competencia". En: *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Thémis, USAID, Lima, 2003, pp. 39 y ss.

Fue en este escenario, que el arbitraje internacional tomó un papel importante, con lo que centros arbitrales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI), entre otros centros de arbitraje, se volvieron protagonistas para asegurar el buen desarrollo del sistema arbitral ante el crecimiento de los arbitrajes comerciales¹⁰ y de inversión¹¹, en este caso, que inversionistas extranjeros y los estados puedan recurrir a una vía neutral y no a la jurisdicción nacional, obteniendo las garantías necesarias para obtener su eficacia¹².

En el Perú, esta figura también se ha ido presentando, el aumento considerable de los casos arbitrales no solamente de arbitrajes institucionales llevados a cabo en las diferentes Cámaras de Comercio, sino además, en los arbitrajes *ad hoc*, como también de los arbitrajes administrativos llevados en el OSCE. Sin duda se presenta un marco auspicioso que pretende ingresar en otras actividades económicas como el arbitraje sobre protección al consumidor, el arbitraje popular, y otras por el estilo; basta con revisar el siguiente gráfico (ver cuadro 1) elaborado por la Cámara de Comercio de Lima, para darnos cuenta de cómo los casos arbitrales en esta sede fueron *in crescendo* desde el

¹⁰ 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, Laurence W., PARK, William y Jan PAULSSON. “*International Chamber of Commerce Arbitration*”. Tercera Edición. Oceana Publications Inc. – ICC Publishing, 2000, p. 2.

¹¹ Cfr. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y Roger RUBIO GUERRERO. “*El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte*”. En: Limaarbitration, N° 1-2006, pp. 69 y ss. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje”. En: *Revista de Economía y Derecho*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2004, pp. 29-50.

¹² KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y Roger RUBIO GUERRERO. *Op. Cit.*, p. 76.

año 1993 al 2011, nótese el aumento considerable de sólo dos casos llevados en el año 1993, a un incremento de 2042 casos en el 2011.

Cuadro 1



Fuente: Cámara de Comercio de Lima
www.camaralima.org.pe

Evidentemente, en el camino, al seguir aumentando el número de participantes en el arbitraje, tanto árbitros, partes, sedes arbitrales, peritos, el mismo Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Las reglas dadas por la Ley General del Arbitraje, fueron dándose insuficiente, por vacíos que no había previsto en un inicio. Esto es lógico tomando en cuenta que 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, y es esta la razón por la que se justificó la nueva ley de arbitraje, el Decreto Legislativo 1071, para poder arbitrar más y mejor¹³. Asimismo, a raíz de la experiencia generada a partir de

¹³ SOTO COAGUILA, Carlos A. y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ. "Why fix what is not broken?" En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, p. XVII.

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 judiciales¹⁴. Tal fue el caso, por ejemplo, de la designación del árbitro o tribunal arbitral.

Así, en la anterior Ley General de Arbitraje, en su artículo 21° establecía que “en el arbitraje con árbitro único, o cuando las partes hayan acordado que el nombramiento de los árbitros se efectuará de común acuerdo, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre su designación, transcurrido diez (10) días de la primera propuesta, el nombramiento lo efectuará el juez (subrayado nuestro).

Como podremos observar, en caso de desacuerdo se tendrá que recurrir al juez para que designe un árbitro, sin embargo era eso justamente lo que se quería evitar “recurrir al Poder Judicial”¹⁵.

Lo mismo sucede en caso de elegir un tribunal arbitral, el artículo anteriormente citado establecía que “si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) días de haberse requerido su

¹⁴ Al respecto puede revisarse: CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús. “¿Es el arbitraje administrativo una ventaja? A propósito del arbitraje regulado en la Ley de Contrataciones del Estado”. En: *Gestión Pública y Desarrollo*, Nro 19, Año 2, Febrero 2009, pp. C17-C20.

¹⁵ Cabe señalar que al establecer a las Cámaras Arbitrales como las entidades facultadas a designar a un árbitro en caso de desacuerdo entre las partes, ha generado algunas críticas como la del Profesor Carlos Matheus, quien expresa entre otras cosas que las Cámaras de Comercio son entes privados que no poseen potestad jurisdiccional alguna que justifique que sean ellas quienes cumplan esta específica integración del convenio arbitral, y menos aún que sus decisiones puedan contar con calidad de cosa juzgada. Ver. MATHEUS LOPEZ, Carlos. “Apostillas al Proyecto de Reforma de la Ley General de Arbitraje”. En: *Legal Express*. Número 67. Gaceta Jurídica. Lima. 2006. *Vid. Supra* nota 17. En un sentido contrario puede revisarse: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Jurassic Park. El retorno de los dinosaurios arbitrales”. En: *Legal Express*, N° 68, Año 6. Agosto, 2006, p. 7.

nombramiento, la designación será hecha por el juez. Por su parte, si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro dentro del mismo plazo, el nombramiento lo efectuará el juez (subrayado nuestro).

Este problema, ha sido resuelto en la Ley de Arbitraje, a través del artículo 23º de la Ley de Arbitraje¹⁶, que permite que en caso de desacuerdo de las partes, sea un tercero o la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje quien nombre al árbitro o árbitros encargados de resolver el conflicto y no tengan que recurrir las partes al Poder Judicial a solicitar el nombramiento del árbitro¹⁷.

¹⁶ **Ley de Arbitraje.- Decreto Legislativo 1071**

Artículo 23.- Libertad de procedimiento de nombramiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

- d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

¹⁷ Autores como Juan José Monroy Palacios han afirmado que “en un país como el nuestro donde la abogacía anda peleada con la ética; donde lo “ilustre” de algunos colegas que forman parte de las listas de árbitros no necesariamente tiene que ver con su formación ni con sus valores, ¿es sensato que se ponga en manos de las cámaras de comercio una elección que debiera ser intrínsecamente imparcial? Estamos muy lejos de sostener que las cámaras son corruptas ni mucho menos, pero darles semejante encargo (nombramiento de árbitros) en la creencia de que están más allá de cualquier tipo de influencia de poder (sobre todo económico) es de una ingenuidad insoportable. Probablemente el Poder Judicial no esté exento de tal situación pero sin duda se encuentra en un nivel superior de autonomía atendiendo al contenido de los conflictos a ser resueltos”. En: MONROY PALACIOS, Juan José. “*Primeras impresiones sobre la nueva Ley de Arbitraje: ¿Corporativismo a la peruana?*”. En: <http://derechoyproceso.blogspot.com>. Por su parte, en las Contrataciones del Estado, las reglas de designación de los árbitros en caso de desacuerdo de las partes se encuentra regulado en su Reglamento en el artículo 222º, a quien finalmente corresponderá a las partes solicitar al OSCE decidir o nombrar a un árbitro para dirimir dicho conflicto.

Así también en la Exposición de Motivos Oficial de la nueva Ley de Arbitraje, con relación a mejorar el marco regulatorio del arbitraje a fin de promoverlo aún más, se indicó que:

“(…) los cambios que se proponen en la nueva ley están dirigidos a aumentar la competitividad del Perú como sede de arbitrajes, de manera que pueda ser elegido en la región como lugar adecuado para arbitrar en razón a la existencia de un marco legal seguro y predecible, ajustado a estándares internacionales. (...) Se espera también, de otro lado, que estas nuevas reglas de juego consoliden y afiancen una cultura arbitral en los operadores del sistema, abogados, árbitros, instituciones arbitrales y jueces, por cuanto una sincronización adecuada de estos operadores garantiza un desarrollo óptimo de la institución”.

Podríamos preguntarnos ahora, si el arbitraje en el Perú ha pasado a ser una suerte de *naked street* en tanto que su sistema permite una mayor flexibilización en cuanto a sus reglas en comparación con el proceso civil, o bien, si ha pasado de ser una calle poco transitada a tener más regulación sobre sus calles.

Creemos que, dado que los agentes han aumentado en el mercado del arbitraje, así también han venido a participar una serie de actores externos de manera inmediata, como es el caso del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, etc., e incluso de entidades reguladoras que utilizan el arbitraje como medio de solución de conflictos, como el caso de OSIPTEL y el OSCE. Esto ha conllevado una regulación gradual, tratando de responder a la demanda de los agentes en el mercado del arbitraje, no obstante existen algunas inconsistencias dadas en la misma norma que se han reflejado en la

práctica arbitral, donde es ahí que la Ley de Arbitraje demuestra sus alcances, virtudes y defectos.

2. EL ARBITRAJE BAJO LA LUPA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (LAW & ECONOMICS)

En este punto, no vamos a desarrollar una introducción acerca del Análisis Económico del Derecho (AED), ni mucho menos su desarrollo e impacto en el Perú, para lo cual consideramos que existe ya bibliografía especializada en esa materia¹⁸. Por el contrario, nos enfocaremos en realizar la conveniencia del arbitraje y su regulación, a través de las herramientas del AED a efectos de darnos una mejor comprensión de esta institución, desde otra perspectiva.

Realizar este ejercicio, no es nuevo, dado que existe también abundante bibliografía al respecto, no obstante, existen pocos trabajos de análisis económico sobre el arbitraje en el Perú, y en Latinoamérica en general; y esto se puede deber a que los procesalistas han tratado de introducir al arbitraje dentro del derecho procesal, y los civilistas dentro del derecho contractual.

¹⁸ Al respecto puede revisarse: BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores. Lima, 2003. CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral". *Harvard Law Review*. Volumen 85, pp. 1089-1128. COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost". *Journal of Law and Economics*. 1960. Volumen 3, pp. 1-44. COASE, Ronald. "Economics and Contiguous Disciplines". *Journal of Legal Studies*. Volumen 7, pp. 201-211. COLOMA, Germán. *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. 1991, Buenos Aires. MATTEI, Ugo y Roberto PARDOLESI. Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach. En: *International Review of Law and Economics*. Volumen 11, pp. 265-275. POSNER, Richard. *Economic Análisis of Law*. 1ra edición. Boston. Little Brown, 1972. STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics*. Volumen 2, 1971, pp. 3-21. COOTER Robert y Thomas ULEN. *Derecho y economía*. Fondo de Cultura Económica, 2da edición. 2002.

Dentro de la perspectiva del AED, lo que debemos preguntarnos es: ¿Por qué utilizar el arbitraje? ¿Cuál es la ventaja que le representa a las partes y a la sociedad? ¿Debería el arbitraje ser subsidiado, proveído u ordenado por el Estado?¹⁹

Podríamos decir que, en el mercado de solución de conflictos, el particular puede escoger entre dos tipos de bienes: el que provee el Estado, o bien puede optar por la justicia privada²⁰.

La justicia que imparte el Estado, resulta ser lenta, por la carga procesal que soporta²¹, así también los jueces no necesariamente son especialistas²² en

¹⁹ Estas preguntas son la base del estudio que realiza Shavell sobre los ADR (Alternative Dispute Resolution). Cfr. SHAVELL, Steven. "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis". En: *The Journal of Legal Studies*, Volumen XXIV, Enero 1995, p. 2.

²⁰ LANDES, William y Richard POSNER. "*Adjudication as a private good*". National Bureau of Economic Research. Working Paper N° 263. Stanford, CA. 1978, pp. 1-2.

²¹ "En un principio, un alto número de casos ahoga el funcionamiento del despacho judicial. Si hoy un juzgado funciona bien pero mañana le empieza a llegar una cantidad de casos que supera lo normal, lo más probable es que disminuya la calidad de su trabajo en términos de, por ejemplo, el tiempo que demora en calificar una demanda, en emitir una resolución o en incorporar algún escrito de las partes al expediente judicial. Todo acto, procesal o administrativo, tenderá a ser más lento, porque, además, el juez promedio no está formado para emprender una gestión administrativa profesional de su despacho". HERNÁNDEZ BREÑA, Wilson. "*La carga procesal bajo la lupa: por materia y tipo de órgano jurisdiccional*". Instituto de Defensa Legal, 2008, p. 11.

²² Es pertinente resaltar lo que comenta POSNER al comparar a los árbitros con los jueces (y con el jurado, entiéndase que en Estados Unidos se utiliza al jurado en determinados procesos judiciales), así ha dicho que "los jurados no son los únicos legos empleados para adjudicar las disputas legales. La mayoría de los árbitros comerciales no son abogados (sin embargo, la mayoría de los árbitros laborales sí son abogados), y por definición ninguno de ellos es un juez públicamente empleado. La diferencia entre los árbitros y los jurados es que los primeros se escogen por su pericia en el área de disputa, ¡y los segundos por su falta de pericia! Sin embargo, la diferencia puede explicarse. Hay un dilema entre la pericia y la imparcialidad. Entre más sepa una persona acerca de algún área de la vida, menos influirán los argumentos y las pruebas de dos rivales sobre su resolución de la disputa; el incremento de su conocimiento es menor. En consecuencia, el experto es más poderoso. Si dos rivales optan (de ordinario antes de la disputa) por someter su disputa a un experto, no hay ninguna razón para no respetar su elección. Pero los jueces y los jurados ejercen el poder coercitivo del gobierno. Ese poder se amortigua al insistir en que no sepan tanto acerca de la disputa que sea improbable que escuchen atentamente las presentaciones de

cada uno de las materias que se someten a su conocimiento, por lo que la motivación y los fundamentos de sus fallos suelen ser insuficientes o muy sesgados, lo cual se ve reflejado en el empobrecimiento del contenido de las resoluciones judiciales²³.

Actualmente, en el país, y en general en todo Latinoamérica, el problema de la justicia pasa por un tema estructural, que va desde la corrupción de funcionarios públicos y jueces²⁴, hasta problemas de índole económico en los presupuestos asignados al Poder Judicial.

Esta es una dificultad, que viene de años atrás, es posible ver casos que llevan más de 20 ó 30 años sin resolverse. Es común fijarse en las oficinas del Poder Judicial, expedientes arrimados, unos encima de otros, en centenares.

los rivales, y se diluye al tener más de un jurado". POSNER, Richard A. *"El análisis económico del Derecho"*. Fondo de Cultura Económica, 2da Edición, México, p. 906.

²³ El arbitraje es solicitado en la medida de la especialización de los propios árbitros. Así el reconocido Juez POOLE indicaba que "perhaps the most important advantage" -refiriéndose a los tribunales arbitrales- "is specialized expertise. Since a referee does not even have to be a judge (...) cases involving complex technical matters can be handled by someone skilled in the field". POOLE, Robert W. Jr. "Can Justice be privatized?". En: *Fiscal Watchdog*, N° 49. Noviembre 1980.

²⁴ Como refiere BENSON "la corrupción es una consecuencia directa del poder discrecional de los funcionarios de la Administración. Cuando se congestiona el sistema judicial, los burócratas encargados de la ley y el orden adquieren un enorme poder discrecional en lo que respecta a la asignación de los escasos recursos de la Administración entre los distintos candidatos. Por ejemplo, la tipificación excesiva de delitos incrementa las probabilidades de corrupción, puesto que la policía está en una posición que le permite elegir qué leyes aplicará y cuáles otras ignorará. Este poder invita a la corrupción. Y el problema de los bienes comunales también confiere un considerable poder discrecional a jueces y fiscales. El tiempo limitado de los tribunales se raciona, en gran parte, por lista de espera, pero los fiscales también pueden asignar el tiempo de los tribunales decidiendo qué casos tramitar, qué casos consensuar, y qué casos archivar; los jueces, análogamente, deciden qué casos admitir a trámite. El poder irrestricto de otorgar derechos, que emana del problema de los bienes comunales generado por el excesivo número de delitos tipificados, se combina con el silencio de los burócratas para incrementar las oportunidades de corrupción". BENSON, Bruce L. *"Justicia sin Estado"*. Unión Editorial, Madrid, 2000, pp. 187-188. También puede revisarse BENSON, Bruce L. "Corruption in Law Enforcement: One Consequence of the 'Tragedy of the Commons' Arising with Public Allocation Processes". En: *International Review of Law and Economics*, N° 8, junio de 1988, pp. 73-84.

Sin duda es difícil que un expediente avance dada la cantidad de procesos que aún se encuentran pendientes, y sin contar con los que ingresan diariamente²⁵.

En esta situación, si las partes antes de que se configure un conflicto, preferirán no ir al Poder Judicial (salvo que la parte deudora quiera extender la posibilidad de no pagar su acreencia o no ejecutar su obligación) pueden observar al arbitraje como una vía alterna, la cual tiene algunas ventajas significativas frente al Poder Judicial²⁶.

Al respecto se dice con frecuencia que recurrir al arbitraje permite una solución rápida y eficiente del conflicto. Algunos autores clasifican estas razones en si esta ventaja responde a que las partes prefieren una solución procesal o sustancial; es decir, si la ventaja del arbitraje radica en la reducción de formalismo dentro del arbitraje en comparación con el proceso civil, o responde, por otro lado, a la especialización del arbitraje sobre la materia que se somete a litis²⁷.

²⁵ Cfr. DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto (Director). *“Balance de la Justicia 2009-2010 ¿Cómo estuvo la justicia en el Perú?”*. Instituto de Defensa Legal, 2010.

²⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *“Arbitraje comercial y de las inversiones”*. Fondo Editorial de la UPC, Lima 2007, pp. 3-5.

²⁷ “Parties use arbitration clauses in their contracts for a variety of reasons - some reasons that might be characterized as procedural and others that might be characterized as substantive. Procedural reasons focus on how the arbitral process differs from the litigation process: it may be faster, cheaper, and avoid “hometown justice”, for example. Substantive reasons focus on the rules of decision in arbitration versus litigation: parties may want decision makers who apply more formalistic rules or rules (such as transnational law) that are separate from national laws, for example. Of course, parties can agree to arbitrate for both procedural and substantive reasons, and some reasons are difficult to classify as either procedural or substantive. But subject to those quite serious limitations, the available empirical evidence suggests that procedural reasons are more important (in many contexts at least) than substantive reasons in explaining why parties agree to arbitrate. The one exception is that in some U.S. consumer contracts, businesses use arbitration clauses to reduce the risk of class relief (a reason that could be classified as either substantive or procedural). Otherwise, though, substantive reasons (such as avoiding otherwise applicable law or providing for the use of transnational law) appear to be relatively unimportant

Sea una u otra razón, el arbitraje puede representar en la mayoría de casos una reducción de costos substancial al resolver conflictos de manera más rápida. No obstante, como en todo sistema que está integrado y manejado por personas, dependerá mucho de cómo las personas manejan el sistema para que este resulte eficiente, es por ello que es conocida la frase que un arbitraje vale tanto como vale los árbitros²⁸.

La especialización de los árbitros también es una bondad del arbitraje, a diferencia del Poder Judicial, donde un Juez tiene que ser “experto” o “convertirse” en tal para poder resolver los distintos casos (y por distintos nos referimos a las varias materias diferentes que debe resolver un Juez, que van desde temas de familia, penal, administrativo o empresarial). Sobre ello BENSON, señala que mas bien la especialización de los árbitros es beneficiosa en tanto que “las disputas se resuelven con más rapidez, inmovilizando así recursos por periodos de tiempo menor. Los jueces privados son expertos en la materia del caso, por lo que no necesitan formarse en los pormenores técnicos, con el considerable ahorro de tiempo que esto implica”²⁹.

reasons why parties use arbitration clauses”. DRAHOZAL Christopher R. “*Why Arbitrate? Substantive Versus Procedural Theories of Private Judging*”. En: http://law.queensu.ca/events/lecture_ships/Visitorships/oslerDrahozalWhyArbitrate.pdf

²⁸ En el contexto internacional, la elección entre el arbitraje o el proceso judicial, debe tomarse con cuidado al momento de redactar un contrato, por ello Lamm y Hellbeck recomiendan tener en consideración los siguientes puntos: i) La jurisdicción del foro de la Corte o del tribunal arbitral; ii) El procedimiento; iii) *Discovery* (propio del sistema anglosajón, la cual consiste en la presentación o exhibición de cualquier documento e información antes del proceso, es descubrir lo que antes se desconocía); iv) Reglas aplicables sobre *evidence*, la admisión y tipos de *evidence* permitidos; v) Remedios preliminares, *judicial review*, y *enforcement*; vi) Confidencialidad; y, vii) Tiempo y costos. Vid. LAMM, Carolyn B. y Eckhard R. HELLBECK. “When to arbitrate rather than litigate”. En: *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (Director). Instituto Peruano de Arbitraje. Tomo I, 2008, p. 210.

²⁹ BENSON, Bruce. *Op. cit.*, p. 274.

Para resolver un conflicto, existen muchos caminos para alcanzarlo, ya sea por el arbitraje, la conciliación, el desistimiento, un proceso judicial, abandono, etc., si entendemos que si la parte afectada se trata de un consumidor razonable que busca en el mercado de solución de conflictos la mejor solución para el conflicto que tenga, no implica *a priori* que el arbitraje sea la mejor solución frente a las otras. En ciertos casos y dependiendo de las circunstancias, incluso el Poder Judicial puede resultar la mejor opción³⁰.

Entonces, nuevamente cabe preguntarnos, ¿por qué elegir el arbitraje? La mejor respuesta que nos puede dar el AED al respecto, es porque el arbitraje tiene los beneficios de ser un bien privado dentro del mercado de solución de conflictos, lo cual genera los incentivos necesarios para que los privados puedan recurrir al arbitraje, y que los árbitros tengan también incentivos –a diferencia de los jueces- de especializarse más, a efectos de tener mayor reconocimiento y un mayor número de casos arbitrales, tanto como árbitro o abogado de parte.

No creemos por otra parte, que el aumento de casos en el arbitraje implique de manera automática un aumento de eficiencia del arbitraje en general³¹, lo

³⁰ MACLEAN UGARTECHE, Roberto. “El alma dividida del arbitraje: ¿Solución alternativa para los usuarios o fuente alternativa de honorarios para abogados? Cómo apaciguar y conciliar el corazón consigo mismo”. En: *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (Director). Instituto Peruano de Arbitraje. Tomo I, 2008, pp. 117 y ss.

³¹ En ese sentido no estamos de acuerdo con lo sustentado por Sebastián Rodríguez y José González al indicar que “En un mercado libre de fallas y especialmente de prácticas restrictivas de la competencia y de competencia desleal, el productor de un bien aumenta clientela cuando su proceso de producción lleva a que el consumidor satisfaga su necesidad a un costo menor, respecto al que le representaría la elección del bien de su competidor. Si en el contexto internacional los consumidores se vuelcan hacia el arbitraje, significa que éste es más eficiente que la justicia estatal, pues maneja niveles más bajos de costos (mayor rapidez, calidad, autonomía), que se traducen en un menor precio al

cierto es que una de las consecuencias del arbitraje *puede ser* que genere en el mercado que una cantidad mayor de agentes se interese por recurrir a esta vía, antes que a la judicial.

Al considerarse como un bien privado³², las partes internalizan externalidades. Por un lado, no sufren la carga procesal del Poder Judicial, en ese sentido, el único expediente que se tramitaría en sede arbitral sería el suyo, lo que indica que la carga procesal es de uno. Por otro lado, reduce el costo social, en tanto que dado que el conflicto se lleva al arbitraje, implica un expediente menos en el Poder Judicial, lo que genera una externalidad positiva al permitir que se puedan ver otros casos disminuyendo la carga procesal³³.

Como señalamos anteriormente, la eficiencia del arbitraje no se mide en función de la cantidad de arbitrajes que un centro arbitral pueda tener, o el crecimiento acelerado de arbitrajes *ad hoc*. Sino por una serie de factores,

consumidor final” –y añaden– “El aumento de la elección de los comerciantes por el arbitraje, conduce a determinar que este es eficiente, pues ha acaparado mayor mercado que la justicia estatal dentro del contexto del comercio internacional”. RODRÍGUEZ BRAVO, Sebastián y José Gabriel GONZÁLEZ MARIÑO. “Análisis económico del arbitraje comercial internacional. Su aplicación en el derecho mercantil colombiano”. Pontificia Universidad Javeriana, Tesis, Bogotá, p. 137. Consideramos, por nuestra parte, que el hecho que exista un mayor número de arbitrajes, no significa que el arbitraje sea eficiente. En realidad que haya más casos de arbitraje es una de las consecuencias de la eficiencia del arbitraje –no la única-. Es decir, si bien es cierto que la premisa de los autores es verdadera (efectivamente existe un mayor número de arbitrajes) es falsa la consecuencia que por ello el arbitraje sea eficiente, por lo tanto la hipótesis planteada por los autores citados es falsa.

³² Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Comprando justicia: ¿Genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles”. En: *Themis, Revista de Derecho*, N° 53, Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, pp. 71 y ss. BAYLY LETTS, Andrés y Enrique PASQUEL RODRÍGUEZ. “¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: Rompiendo el mito de la justicia estatal”. En: *Thémis, Revista de Derecho*, N° 46, Lima, 2003, pp. 315 y ss.

³³ De acuerdo con EDWARDS “By diverting private disputes to arbitration, federal and state courts may be able to expend more time and energy resolving difficult public law problems”. Vid. EDWARDS, Harry T. “Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?”. En: *Harvard Law Review*, vol. 99, N° 4, Enero - 1986, p. 674.

como son los recursos utilizados, la calidad del laudo, la ejecutabilidad del mismo, rapidez, eficacia, etc.

Así, resulta importante la frase que señaláramos anteriormente “el arbitraje vale lo que vale un árbitro”³⁴, porque esto determina la calidad con la que puede resultar el laudo que pone fin al proceso.

Entonces, cada uno de estos factores determina la eficiencia del arbitraje. En ese sentido, las partes asumen el costo (internalizan) de la decisión que toman al nombrar al árbitro o árbitros para dirimir sus controversias, lo cual incidirá directamente en la calidad del laudo y la eficacia del mismo para ejecutarse, reduciéndose los riesgos de nulidad o anulabilidad que puedan presentarse. Es pues, una manifestación de los beneficios que presenta la especialización de los árbitros en las materias puestas a su conocimiento.

3. EL NO-SIGNATARIO EN EL ARBITRAJE Y SUS FUNDAMENTOS PARA SU ESTUDIO

Como hemos visto en los puntos anteriores, la regulación del arbitraje no es una tarea que se encuentre culminada, y mucho menos no significa que no se pueda hacer cambios o modificarla. El arbitraje en el Perú, como puede suceder 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

³⁴ MANTILLA SERRANO, Fernando. “La Constitución del Tribunal Arbitral: Cómo escoger el Árbitro”. En: *El Arbitraje Comercial Internacional*. Suplemento Especial. Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.

carrera, es la práctica arbitral 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 ha ido dando diversos problemas en atención a la posibilidad de incluir dentro de un arbitraje a una parte que no ha firmado la cláusula arbitral³⁵.

Probablemente uno de los casos paradigmáticos –*leading case*– y que es estudiado siempre cuando se trata el tema de la extensión del convenio arbitral, es aquel desarrollado en *Société Isover-Saint Gobain v. société Dow Chemical France*³⁶, en el cual se discutió acerca de la teoría del grupo de empresas (*group of companies theory*), éste, junto con otros laudos arbitrales y resoluciones judiciales ha crecido la tendencia a incorporar a no signatarios del convenio arbitral, en base a 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 a este estudio, y se volvieron a replantear otras teorías de vieja data, como el levantamiento del velo societario, y a construirse

³⁵ CORRIE, Clint A. “Challenges in International Arbitration for Non-Signatories”. En: *Comparative Law Yearbook of International Business*. Vol. 29, 2007 Kluwer Law International, pp. 45 y ss.

³⁶ ICC Award 4131, 1982.

otras de esencia netamente del *common law* como el alter 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.

Pero no solo cabe destacar que ha sido un esfuerzo sólo de los árbitros y las cámaras arbitrales, sino también de las Cortes Judiciales, a través de una serie de resoluciones judiciales³⁷ que han permitido la utilización en sede arbitral de estas teorías. En el Perú, como en Latinoamérica en general³⁸ la práctica arbitral ha ido también mostrando los mismos problemas que se han enfrentado en Francia, Suiza, Estados Unidos, Inglaterra, etc., sobre este tema en puntual³⁹.

³⁷ 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).

³⁸ Por ejemplo en Argentina destaca el caso *Basf Argentina S.A. v. Capdevielle y Cía SA*. CSJN, 11/05/2004, Competencia N° 1651, XXXIX. En Brasil se tiene el caso *Trelleborg v. Anel*, emitido por la Corte de Apelaciones de Sao Paulo, N° 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 Andrichi, decidido el 03/08/2006. Citado por SEREC, Fernando Eduardo y Eduardo R. KENT COES. "Arbitration and non signatories". En: *Vindobona Journal*. N° 14, Marzo 2010, pp. 67 y ss. En Colombia pueden 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 acuerdo entre las partes para llevar un conflicto al arbitraje.

³⁹ E incluso, estos problemas no sólo se ha presentado en regiones donde el *Civil Law* o el *Common Law* se encuentran, 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 comercial 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, Institucional Arbitration in Asia". Collection of Papers from ICC-SIAC. Symposium, Singapore, 18-19 de febrero 2005, pp. 1-71.

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 judicial⁴⁰.

Por nuestra parte, en la presente tesis, evaluaremos las propuestas dadas, así como también la opción regulatoria dada en la Ley de Arbitraje, y la conveniencia de la aplicación de las teorías formuladas por el arbitraje internacional y su recepción y aplicabilidad en el Perú.

Para ello, en el capítulo I, abordaremos como marco teórico el alcance del convenio arbitral, para esto analizaremos sus distintas variantes, sus principios y fundamentos como contrato. Toda vez que se habla de una extensión del convenio arbitral, es preciso conocer previamente los entornos del propio concepto del convenio arbitral.

En el capítulo II analizaremos los alcances del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, la cual regula la extensión del convenio arbitral en particular.

En el capítulo III, trataremos en específico y en extenso cada una de las teorías desarrolladas por el arbitraje internacional, y del tratamiento de su recepción en nuestra doctrina, legislación y jurisprudencia.

⁴⁰ Vid. *Infra* Capítulo IV, punto 1.

El capítulo IV, atraviesa por los caminos que se ha dado en la jurisprudencia comercial internacional sobre la incorporación de los no-signatarios, y analiza nuestra hipótesis de su funcionalidad dentro de nuestro sistema legal, en ese sentido es menester plantear la pregunta acerca de la extensión del convenio arbitral ¿sustancia o procedimiento?

Finalmente, damos cuenta de las conclusiones a las que se ha arribado en los capítulos anteriores, y de la factibilidad de nuestra hipótesis. Somos de la opinión que el sistema arbitral peruano está en un auspicioso aumento de su uso, no obstante, ya se están presentando los problemas planteados al inicio de estos párrafos, por ejemplo ya existe una resolución judicial que no reconoce la aplicación de la teoría del velo societario, simplemente porque no hay norma legal que la autorice⁴¹.

Es fácilmente pronosticar que más adelante se presentarán otros problemas –tanto en vía arbitral como judicial- relacionados a la extensión del convenio arbitral, como la incorporación por referencia, *estoppel* (doctrina de los actos propios)⁴², entre otros. El peligro potencial que se presenta es que los árbitros y/o los jueces desconozcan las instituciones arbitrales para este tipo de conflictos, y se siga aplicando supletoriamente reglas del proceso civil. Esto es más grave aún, en tanto que el problema de la extensión del convenio arbitral,

⁴¹ Vid. Exp. N° 00451-2009 de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. En: *RAE Jurisprudencia*, Tomo N° 29, Noviembre 2010, pp. 3-47.

⁴² En el caso *Duke vs. Perú*, llevado ante el CIADI, se ha discutido acerca de la doctrina de los actos propios. Este tema es tratado con mayor profundidad en el punto 1 del capítulo III.

es parte de un conjunto de instituciones arbitrales que no son estudiadas, lo que genera por tanto confusión al momento de resolverse un caso en concreto.

Pero existen además otros problemas relacionados a las reglas e instituciones del arbitraje, que no han sido tratados o estudiados en nuestro medio, o simplemente han recibido un tratamiento incipiente, y a medida que se van presentando más casos arbitrales, nuevos problemas e interrogantes también se van dando, y es a raíz de la práctica arbitral que se originan cuestiones complejas en el campo teórico.

Tal es el caso, por ejemplo de los arbitrajes paralelos⁴³, como también los casos de consolidación o *consolidation*⁴⁴, que viene hacer semejante a la acumulación de procesos, pero en este supuesto, se trata de acumulación de procesos arbitrales⁴⁵, los cuales han tenido bastante desarrollo en el arbitraje

⁴³ CREMADES, Bernardo M. e Ignacio MADALENA. "Procedimientos paralelos en el Arbitraje Internacional". En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 6, Magna Editores, 2008, pp. 3-87.

⁴⁴ JAN VAN DEN BERG, Albert. "Consolidated Arbitrations and the 1958 New York Arbitration Convention". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 2, N° 4, 1986, pp. 367 y ss. GAILLARD, Emmanuel. "The consolidation of arbitral proceedings and court proceedings". En: *Complex arbitrations. Perspectives on their procedural implications*. ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003, pp. 37 y ss. SCHINDLER, Patrick y Simrem DESAI. "Compulsory consolidation: The next step in International Construction Arbitration". En: *Dispute Resolution Journal*, Enero 1997, pp. 41-49.

⁴⁵ SUAREZ ANZORENA, Ignacio. "Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión". En: *Limaarbitration* N° 1, 2006, pp. 113-120. Del mismo autor también puede revisarse "Acumulación de arbitrajes en la esfera internacional: Tensiones y problemas". En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 4, Ed. Magna, Lima 2007, pp. 183-217. A manera de referencia, la Ley de Arbitraje Peruana, ha regulado en el artículo 39 inc. 4 la figura de la consolidación estableciendo que: "salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas".

internacional, se encuentra, además, los casos de transmisión del convenio arbitral⁴⁶.

Así también están los arbitrajes complejos⁴⁷, como también los denominados *class action arbitration*⁴⁸ y el arbitraje regulatorio⁴⁹, en donde se cuestiona la arbitrabilidad de las resoluciones del regulador⁵⁰, etc.

⁴⁶ SILVA ROMERO, Eduardo. "Transmisión y extinción del contrato de arbitraje". En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). "El Contrato de Arbitraje". Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, 1ra Ed. 2005, p. 755. CAIVANO, Roque J. "La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene". En: *Revista de Derecho Privado*, edición especial, 2012, pp. 3-53.

⁴⁷ HANOTIAU, Bernard. "Complex arbitration: Multiparty, multicontract, multi-issue and class action". Kluwer Law International, 2005.

⁴⁸ STRONG, S. I. "The sounds of silence: Are U.S. arbitrators creating internationally enforceable awards when ordering class arbitration in cases of contractual silence or ambiguity?". En: *Michigan Journal of International Law*, Vol. 30, pp. 1017-1018. Basta comentar que la *class action arbitration* a raíz del caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle* en el año 2003 cobra mayor fuerza convirtiéndose en un referente sobre este tipo de arbitrajes. Sobre un tratamiento pormenorizado del mismo puede consultarse en: HANOTIAU Bernard. "A new development in complex multiparty – multicontract proceedings: Classwide arbitration". En: *Arbitration International*, Vol. 20, Nº 1, 2004. Disponible también en español bajo el siguiente título: "Los arbitrajes colectivos: Un nuevo desarrollo en los procedimientos complejos de los arbitrajes multipartes-multicontratos". Traducción de Jesús Córdova Schaefer, en: *RAE Jurisprudencia*, Tomo 2, Año I, Agosto 2008, pp. 485-502.

⁴⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Sobre los entes reguladores y su función arbitral". En: *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica, Balance y Perspectivas*, Ara Editores, 2010, pp. 19-36. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "El Estado soy yo. Arbitraje y regulación: ¿Son los árbitros los nuevos reguladores?". En: *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica, Balance y Perspectivas*, Ara Editores, 2010, pp. 39-98.

⁵⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. "¿Las funciones del OSITRAN son materia arbitrable?". En: *Revista de Regulación en Infraestructura y Transporte*, Nº 5, Año 2010, pp. 11-40. También de los mismos autores se puede revisar la ampliación del trabajo citado en: "¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN". Vol. 17. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores. 2011.

CAPÍTULO I

EL CONVENIO ARBITRAL

1. LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral es una institución jurídica, un punto dentro de una materia más general que es el arbitraje, pero al mismo tiempo se constituye como su basamento principal o piedra angular, a tal punto que si no existe convenio arbitral no puede haber arbitraje.

Si partimos, por ejemplo desde una conceptualización del arbitraje, en sí mismo, nos daremos cuenta que a lo largo de la historia sobre el arbitraje ha generado diversas discusiones y teorías⁵¹ sobre su naturaleza jurídica⁵² y su

⁵¹ Entre estas teorías se ubican la jurisdiccional, contractual, mixta o híbrida y la teoría autónoma. Otros autores como CASTILLO y KUNZE han agregado una teoría más denominada teoría realista del arbitraje. Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *“Arbitraje: Naturaleza y definición”*. En: www.castillofreyre.com, visitado el 11.01.2011. Así, de acuerdo con estos autores “el arbitraje es la manifestación más elemental de la administración de justicia. En el presente estado de la evolución histórica, sólo puede ser concebido como una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal. Se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de Derecho deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva, de uno o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o por algún mecanismo establecido por ellas. Así, la decisión resolutoria de los árbitros o laudo, será de cumplimiento obligatorio para las partes en virtud de que el ordenamiento jurídico establece que los contratos son ley para las partes. La ejecución de la decisión arbitral, en caso ésta sea necesaria, queda siempre en manos del Estado”.

⁵² Mucho de los estudios sobre la naturaleza jurídica del arbitraje parten justamente del convenio arbitral, esto entendido como un contrato entre las partes, ha volcado que diversos autores rescaten dicha naturaleza contractual del arbitraje, y para los fines de este estudio, cabe resaltar su importancia toda vez, que dada la obligatoriedad que produce solo entre las partes, se debería entender que el carácter jurisdiccional que se desprende del mismo, debería, igualmente, integrar solamente a las partes. Al respecto puede verse: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *“Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a Don Raúl Medina Mora”*. En: www.gdca.com.mx, revisado el día 11-01-2011. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Op. Cit.*, p. 11. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *“Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje”*. En: *Advocatus*, Nº 7, Lima, 2002, pp. 67-75. PARK, William. *“Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad”*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*.

origen⁵³. El convenio arbitral no escapa de la misma suerte que la noción del arbitraje. Podríamos decir que es un concepto gaseoso que puede adaptarse de acuerdo al molde a que se acople, por ello debe tenerse cuidado al momento de limitar y conceptuar el convenio arbitral⁵⁴.

El problema de definir el convenio arbitral, y como toda definición implica, es una limitación dada por diversos parámetros⁵⁵. Una definición enmarca, limita, y por este carácter, resulta insuficiente, y genera –en teoría y en la práctica– mayores problemas que soluciones, y más aún el convenio arbitral muchas veces al estar sujeto a un contrato, no tiene un concepto o alcance

Bogotá: Legis, enero-junio 2005, N° 2, pp. 11 y ss. CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, 2da Edición. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balanceo químico”. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. VIII, 2008, pp. 509-525.

⁵³ Sobre el particular WOLAVER expresó que: “*The origin of arbitration is lost in obscurity. At what time or place man first decided to submit to his chief or to his friends for a decision and a settlement with his adversary, instead of resorting to violence and self-help, or to the public legal machinery available, is not known; and any inquiry of this sort would belong more properly in the history of social growth and ethics than in either law or economics. (...) The history of arbitration, unlike the history of law, is not an account of the growth and development of principles and doctrines that have come, through a long use, to have a general validity and force. While arbitration probably antedates all the former legal systems, it has not developed any code of substantive principles, but is, with very few exceptions, a matter of free decision, each case being viewed in the light of practical expediency and decided in accord with the ethical or economic norms of some particular group. One case is not authority for another since the decisions are in terms or persons and practices and not in accord with prescribed rules and doctrines*”. WOLAVER, Earl. “The historical Background of Commercial Arbitration”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, 1934, p. 132. En la misma línea, KUNDMULLER CAMINITI, Franz. “El futuro del arbitraje en el Perú”. En: *Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Palestra Editores, Vol. N° 6, p. 419.

⁵⁴ En la jurisprudencia peruana, por ejemplo la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial, en el Exp. 205-2005, ha señalado que “*el Convenio Arbitral celebrado es, pues, un negocio jurídico bilateral que permite la resolución de la controversia por órgano distinto al judicial, caracterizándose por su libertad formal plasmada en la expresa voluntad de las partes*”. (Considerando segundo).

⁵⁵ Uno de estos parámetros es el dado por la jurisprudencia, que a partir de la casuística va cincelandos los conceptos jurídicos. Por ejemplo en el caso *Roses v. Moller* la Corte de Casación Francesa resaltando el carácter contractual del convenio arbitral señaló que: “*Arbitral awards which rely on an arbitration agreement, constitute a unit with it and share with it its contractual character*”. Cfr. *Roses v. Moller et Cie I Dalloz* 25 (1938), 27 de julio de 1937.

generalizado, sin embargo será el rol de las partes al momento de estipular el convenio arbitral, lo que conformará la piedra angular al arbitraje, es por ello que de acuerdo con CARBONNEAU un principio universal del derecho arbitral contemporáneo es que el contrato juega un rol vital en la regulación del arbitraje. La vitalidad de ese rol puede variar por el sistema legal, la Corte, los Estatutos o Tratados. No obstante, es el acuerdo entre las partes la que a menudo proporciona las normas más importantes para la reglamentación y la realización de los arbitrajes como de sus procedimientos⁵⁶.

De una definición propuesta por VIDAL tenemos que “las partes, en virtud del convenio arbitral, deciden sustraer el conocimiento y la solución de su conflicto de la Jurisdicción Ordinaria y someterse a la decisión de árbitros, quedando vinculadas como efecto directo e inmediato de los pactos contenidos en él, entre los cuales pueden dar cabida a las normas de procedimiento con las que se iniciará, se desarrollará y concluirá el proceso arbitral”⁵⁷.

De la definición anterior, el autor citado propone dicho concepto a través de los efectos del convenio arbitral. El primero de dichos efectos es el negativo, el cual es una derivación del principio *ubi partes sunt concordēs nihil abjudicem* (donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez)⁵⁸, esto involucra

⁵⁶ CARBONNEAU, Thomas E. “The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements”. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. N° 36, 2003, pp. 1189-1191.

⁵⁷ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “El convenio arbitral y las normas de procedimiento”. En: *Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Palestra Editores, Vol. N° 6, p. 155.

⁵⁸ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Elena ARTUCH IRIBERRI. “Validez y eficacia del convenio arbitral internacional”. En: *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*. SOTO

que el juez natural no conocerá del asunto materia del conflicto, por ello VIDAL RAMÍREZ refiere que las partes “deciden sustraer el conocimiento y la solución de su conflicto de la Jurisdicción Ordinaria”. Por otro lado, el efecto positivo, es reflejo del anterior, esto es si se está quitando competencia al Juez natural, ello implica que se le está otorgando dicha competencia a otra persona, en este caso sería al árbitro o árbitros.

Al respecto, sobre el efecto positivo y negativo, es de mencionar que no han recibido mucha atención en la doctrina⁵⁹ y jurisprudencia nacional⁶⁰, como si lo

COAGUILA, Carlos (Director), Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, Colección Estudios, p. 769.

⁵⁹ De acuerdo con SOTO: “de conformidad con el efecto positivo del acuerdo arbitral, las partes están obligadas a someter a la decisión de un tribunal arbitral las controversias que queden cubiertas por el convenio arbitral. Cuando las partes pactan un convenio arbitral surge entre ellas una obligación de hacer y, por lo tanto, cuando surja algún conflicto, si alguna de las partes desea iniciar un reclamo a la otra tendrá que solicitar la constitución de un tribunal arbitral y someter a la competencia de dicho tribunal la controversia surgida; por su parte, la otra parte no podrá negarse a iniciar el arbitraje, ya que estaría incumpliendo la obligación voluntariamente asumida, vale decir, el *pacta sunt servanda*, principio fundamental en los contratos y en el derecho internacional privado. (...) El efecto negativo supone la renuncia a la jurisdicción de los jueces y tribunales del Poder Judicial peruano, de avocarse al conocimiento de las controversias que las partes han sometido a arbitraje. Esta obligación de no hacer se encuentra implícita en todo convenio arbitral y obliga a las partes a abstenerse de acudir a los jueces y tribunales locales para demandar la solución de un conflicto sometido al fuero arbitral. El hecho de acudir a los tribunales judiciales implica violar el principio del *pacta sunt servanda* y, en cierta forma, contravenir la doctrina de los actos propios. Ver: SOTO COAGUILA, Carlos. “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje de 2008”. En: <http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Comentarios%20Ley%20de%20Arbitraje%20%20Carlos%20A.%20Soto.pdf>

⁶⁰ De acuerdo con el Tribunal Constitucional en el caso Cantuarias: “La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de Derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal a de la Constitución, y que, en relación a la jurisdicción arbitral, puede tener dos vertientes:

- a) Una negativa: En cuya virtud permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas.
- b) Una positiva: En cuya razón el carácter autónomo, garantista y procesal del arbitraje, equivale a facultar a los particulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre disposición, es decir, plantea la conceptualización, si bien de modo no absoluto, del arbitraje como un derecho fundamental.”

Asimismo, en la misma sentencia, se ha dicho que “el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados. En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de

ha merecido en otras regiones como en la doctrina y legislación española⁶¹, donde si se ha revisado y analizado los efectos del convenio arbitral.

Por su parte, el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, aprobado mediante el Decreto Legislativo N° 1071, publicado en el Diario Oficial El peruano el 28 de junio del 2008, en su artículo 13° referente al convenio arbitral⁶² establece lo siguiente:

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

El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre

este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral. Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del *orden público constitucional*, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43° de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho”. Cfr. Exp. N° 06167-2005-HC/TC, fjs. 16 y 17.

⁶¹ Al respecto la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje Española, Ley 60/2003 ha expresado sobre este punto lo siguiente: “La ley mantiene los llamados efectos positivo y negativo del convenio arbitral. Respecto de este último, se mantiene la regla de que debe ser hecho valer por las partes y específicamente por el demandado a través de la declinatoria. Además, se precisa que la pendencia de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga; de modo que la incoación de un proceso judicial no puede ser sin más utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje. Y se aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno renuncia tácita al arbitraje; aunque tampoco hace actuar sin más el efecto negativo del convenio arbitral. Con ello se despeja cualquier duda que pudiese subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero es importante que se recoja también en la legislación de arbitraje. Además, da cobertura a una eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la ley española”.

⁶² Cabe referir que en la derogada Ley General de Arbitraje el convenio arbitral se encontraba regulado en el artículo 9°, el mismo que señalaba que: “*El acuerdo arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial*”.

ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

(...)

Esta norma, ha sido elaborada de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Ley Modelo de la CNUDMI o UNCITRAL (sus siglas en español), la cual en el artículo 7° otorga la siguiente definición del convenio arbitral:

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

El principal cambio que ha tenido la nueva norma sobre arbitraje, y que ha seguido, en buena parte los lineamientos dados por la Ley modelo de la UNCITRAL⁶³, reposa en los alcances de la forma del convenio arbitral, el mismo que veremos con detalle más adelante⁶⁴.

La importancia de la Ley Modelo ha permitido que muchos países⁶⁵ adoptaran un sistema regulatorio arbitral abierto y eficaz para el uso del arbitraje a través de principios uniformes en el proceso arbitral⁶⁶.

⁶³ JACOBS, Marcus S. "Requirement of Writing and of Signatures under the UNCITRAL Model Law and the New York Convention". En: *Mealey's Int'l Arb. Rep.*, Nov. 2006.

⁶⁴ *Vid. Infra*, Capítulo I, punto 1.2.

⁶⁵ La Ley Modelo influyó para que muchos países en Latinoamérica adoptarán en sus leyes nacionales esta nueva regulación en materia de arbitraje internacional, tal fueron los casos

En nuestro medio, DE LA PUENTE ha referido que no sólo por aplicación supletoria del artículo 1361 del Código Civil, que dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, sino también y especialmente por lo establecido por el artículo 9° de la Ley (se refiere a la Ley General de Arbitraje derogada⁶⁷), según el cual el convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.⁶⁸

por ejemplo de Bolivia mediante la Ley N° 1770 sobre Arbitraje y Conciliación, publicada el 10 de marzo de 1997; en Brazil se decretó la Ley de Arbitraje, Ley N° 9307 del 23 de setiembre de 1996; Chile hizo lo propio a través de la Ley N° 19971 del 29 de setiembre del 2004; en Colombia, por su parte, aprobó el Decreto 1818, de fecha 7 de setiembre de 1998; con el Decreto Ley N° 7727, Costa Rica aprobó la Ley para los Métodos Alternativos de Solución de Disputas y la Promoción de la Paz. En Perú, como hemos visto se aprobó la Ley N° 26572, siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo, la cual fue derogada por el Decreto Legislativo 1071, la misma que sigue los mismos lineamientos pero con agregados resultantes de la práctica arbitral peruana.

⁶⁶ HOLTZMAN, Howard M. y Joseph E. NEUHAUS. “A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative history and commentary”. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, pp. 354-355.

⁶⁷ **Ley N° 26572. Ley General de Arbitraje (derogado)**
Artículo 9.- Definición de convenio arbitral.-

El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral. El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada. Independientemente de lo dispuesto en el párrafo anterior, los árbitros se encuentran facultados para imponer multas hasta por un máximo de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias a la parte que no cumpla sus mandatos. Estas multas que serán a favor de la otra parte, constarán en el laudo arbitral y se ejecutarán conjuntamente con éste último.

⁶⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Convenio Arbitral”. En: “Arbitraje on Line”, Boletín jurídico editado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Año III, Número 6, setiembre, 2005.

Por otra parte, en el ámbito internacional⁶⁹, podemos encontrar como definición del convenio arbitral la establecida en el artículo II del Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, también conocido como la Convención de Nueva York⁷⁰ de 1958, lo siguiente:

“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un compromiso, firmados por las partes o contenidas en un canje de cartas o telegramas”.

Por nuestra parte, podemos advertir que el convenio arbitral es un acuerdo por el cual dos o más partes convienen en someter a arbitraje, a fin de resolver las diferencias o conflictos que se hayan presentado o puedan presentarse entre ellas.

Ahora bien, el convenio arbitral ha tenido que pasar por muchas vicisitudes, para lograr la eficacia que tiene en la actualidad.

⁶⁹ *The definition makes it clear that the disputes submitted to the arbitrators must result from a defined legal relationship, whether contractual or not. The parties cannot, without waiving their freedom, undertake to submit to arbitration any dispute which might arise between them in the future.* POUURET, Jean-François y Sébastien BESSON. “Comparative Law of International Arbitration”. Sweet & Maxwell Ltd., 2007, p. 121.

⁷⁰ De acuerdo con CANTUARIAS “la primera referencia al convenio arbitral se dio en el ámbito internacional en el Protocolo Relativo a Cláusulas de Arbitraje, adoptado en Ginebra en 1923. El artículo 1º dice a la letra: “Cada uno de los Estados contratantes reconoce la validez de un acuerdo relativo a diferencias actuales o futuras entre partes sujetas, respectivamente, a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes, por el que las partes en un contrato convienen en someter al arbitraje todas o cualesquiera diferencias que puedan suscitarse respecto del contrato...”. *Vid.* CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Arbitraje comercial y de las inversiones”. Fondo Editorial de la UPC, Lima 2007, pp. 226-227.

Esto se debe, entre otras cosas, a que una definición es, simplemente, una fotografía en el tiempo, pero tanto el sistema jurídico como las instituciones jurídicas al igual que la sociedad, se van transformando, adaptando y evolucionando⁷¹. Por ello, no es de extrañar que el convenio arbitral, a pesar que sea un acuerdo entre dos o más partes para someterse a un arbitraje, pueda ir variando este concepto en el tiempo (como efectivamente se ha dado en los últimos años). En ese sentido, el concepto del convenio arbitral actualmente, dista mucho del que se conocía décadas atrás, al igual que el arbitraje en sí mismo.⁷²

Basta referirnos que antes de la Ley N° 26572, Ley General del Arbitraje, la regulación del convenio arbitral estaba en la base de la cláusula compromisoria

⁷¹ Sobre el particular FRIEDMAN nos indica que un sistema jurídico en funcionamiento debe ser analizado a través de tres componentes básicos: i) Estructurales, el cual está referido al número de Cortes, la existencia de una Constitución, la división de poderes, procedimientos de las instituciones, entre otros; ii) Culturales, los cuales son los valores y actitudes dentro de la sociedad entendida como un conjunto; y iii) Sustantivos, los cuales son las leyes mismas, normas jurídicas, la doctrina en la medida que son usadas eficazmente. Estos tres elementos reunidos (estructural, cultural y sustantivo) configuran lo que se llama un sistema jurídico, es el derecho que vive en la sociedad, el sistema legal, es el derecho como un proceso efectivo (“The living law of a society, its *legal system* in this revised sense, is the law as actual process”). Será la forma como estos tres elementos se interrelacionan, bajo otros factores externos y situacionales (*situational*) que presionen a toda la sociedad. FRIEDMAN, Lawrence M. “Legal Culture and Social Development”. En: *Law and the Behavioral Sciences*. FRIEDMAN, Lawrence M. y Stewart MACAULAY. The Bobbs-Merrill Company, USA, Contemporary Legal Education Series, 1969, p. 1004.

⁷² La concepción del arbitraje, como toda institución jurídica, evoluciona y se adapta a la forma de las necesidades que la sociedad demanda de ella, es por ello, y tal como indica DE TRAZEGNIES “debemos apartarnos de la tentación de pensar que el arbitraje es una institución eterna, siempre igual a sí misma a través de los tiempos. Los juristas tenemos siempre una cierta tendencia a justificar nuestra realidad presente con argumentos *ab omni aeternitate*, como si no nos sintiéramos seguros de que los fundamentos actuales fueran suficientes para una institución jurídica: queremos hacerla casi divina o, cuando menos, consubstancial al hombre. De esta manera, todo en Derecho parece haber existido siempre: la persona, la familia, la propiedad, el contrato, etc. Al punto que casi uno se pregunta qué sentido tienen las obras de Derecho contemporáneas porque, si todo era conocido ya por Solón, por los jurisconsultos romanos y por Alfonso el Sabio, parece que es poco lo que podemos agregar sobre ello”. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Los conceptos y las cosas. Vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral”. En: *El arbitraje en el Derecho Latinoamericano y español. Libro homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz*. Cultural Cuzco, Lima, 1989, p. 544.

y el compromiso arbitral, los cuales se ubicaban entre los artículos 1906 al 1922 del Código Civil de 1984.

De acuerdo con CANTUARIAS, “la exigencia legal de que las partes que ya habían pactado el sometimiento de cualquier futura controversia al arbitraje (mediante la celebración de la cláusula compromisoria) necesariamente tuvieran que suscribir un nuevo contrato –compromiso arbitral- como paso previo al arbitraje, sin que el contrato otorgado antes de la controversia –cláusula compromisoria- tuviera otro valor que el de un simple contrato o convenio preparatorio, es para la gran mayoría de expertos en la materia la principal razón por la cual el arbitraje ha demorado su desarrollo en Latinoamérica”⁷³.

En general, en Latinoamérica, en las distintas legislaciones mantenían esta distinción entre compromiso arbitral y cláusula compromisoria⁷⁴, lo que demostraba una hostilidad, al menos a través de las normas, hacia el arbitraje en Latinoamérica⁷⁵.

⁷³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. Cit.*, p. 200.

⁷⁴ Como lo indican CANTUARIAS y ARAMBURÚ, esta división estaba dada antes en diversas legislaciones latinoamericanas, tal es el caso del Código Civil y Comercial Federal Argentino (art. 739), Código Civil del Brasil (art. 1308), Código de Comercio de Colombia (art. 2011), Código de Procedimientos Civiles del Ecuador (art. 1014), Código de Comercio de México (art. 1052), Código Judicial de Panamá (art. 1733) y el Código de Procedimientos Civiles de Venezuela (art. 503). *Cfr.* CANTUARIAS, Fernando y Manuel ARAMBURÚ. “*El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*”. Fundación M. J. Bustamante De La Fuente, Lima-Perú, 1994, p. 112.

⁷⁵ GARRO, Alejandro M. “Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 1, N° 4, 1984, pp. 293-321. GRIGERA NAÓN, Horacio A. “Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility (An Update)”. En: *The University of Miami Inter-American Law Review*. Vol. 22, N° 2/3 (Spring – Summer, 1991), pp. 203-257. LAYTON, Robert. “Changing attitudes toward dispute resolution in Latin America”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 10, Issue 02, 1993, pp. 123-141.

Así, para SANDERS, al hacer una evaluación sobre los efectos del compromiso arbitral en Latinoamérica, ha expresado que “el Compromiso es un contrato entre las partes y los árbitros, con sus nombres y la descripción de la posición de las partes y las cuestiones que están por decidir. Una cláusula de arbitraje en el contrato sólo surtirá efecto después que la transacción se haya celebrado. Surge entonces la pregunta, qué es lo que una de las partes puede hacer si no hay acuerdo entre las mismas para llegar a este acto de compromiso. En algunos países de América Latina la parte puede solicitar al tribunal ejecutar la transacción. Otros países de América Latina no ofrecen esa asistencia judicial y por lo tanto la cláusula de arbitraje se convierte, en efecto, inaplicable. Esta característica especial de arbitraje de América Latina es un gran inconveniente para el desarrollo del arbitraje. Varios países ya han modificado su legislación y permiten que el arbitraje que se inicie de inmediato sobre la base de la cláusula arbitral contenida en el contrato”.⁷⁶

En la misma línea postula DE TRAZEGNIES al considerar que la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral convertía al arbitraje en “algo absolutamente inoperante”⁷⁷.

⁷⁶ Traducción libre del siguiente texto: “*The compromise is a contract between the parties and the arbitrators, containing their names and describing the position of the parties and the issues which are to be decided. An arbitral clause in the contract only becomes operative after the compromise has been concluded. The question then arises, what a party can do if no agreement between the parties can be reached on this acto de compromiso. In some Latin American countries the party may request the court to execute the compromise. Other Latin American countries do not provide such court assistance and thus the arbitration clause becomes, in effect, unenforceable. This special feature of Latin American arbitration is a great drawback for the development of arbitration. Several countries have already changed their legislation and permit arbitration to be started immediately on the basis of the arbitral clause contained in the contract. Others may follow*”. En: SANDERS, Pieter. “*Quo vadis arbitration?: Sixty years of arbitration practice: a comparative study*”. Kluwer Law International, 1999, p. 40.

⁷⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Los conceptos y las cosas. Vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral”. *Op. Cit.*, p. 543.

Este escenario, se debía principalmente a que el acuerdo arbitral que pudiesen celebrar las partes tenía dos momentos en el que operaban. El primero de ellos, era la cláusula compromisoria, el mismo que se insertaba en el contrato primigenio de las partes, el cual consistía en un contrato preparatorio, en el cual las partes se comprometían a celebrar un compromiso arbitral en caso tuvieran algún conflicto. En ese momento, cuando las partes tenían un conflicto, recién ahí podían firmar un nuevo contrato –denominado compromiso arbitral- por el cual deciden resolver la litis mediante arbitraje.

El problema surgía cuando las partes se enfrentaban a un conflicto, y una de ellas, normalmente la parte deudora, se rehusaba a firmar el compromiso arbitral. Y es que, claro, cuando una persona o una empresa saben que tiene grandes posibilidades de perder en un proceso, hará todo lo posible para dilatar la resolución del mismo. Por ello, una parte podía tranquilamente oponerse a firmar este nuevo acuerdo. La contraparte, en este caso, tenía que acudir a la vía judicial para solicitar al juez que la otra parte firme el compromiso arbitral, una vez que obtenga una resolución favorable que obligue a la parte a firmar, recién en ese momento podían ir a un arbitraje.

1.1 La cláusula compromisoria y el compromiso arbitral: ¿Regulación anti arbitraje?

De acuerdo con LOHMANN, “la cláusula compromisoria –conocida también como convenio preliminar- puede, pues, conceptuarse como acuerdo o estipulación autónoma por la cual dos o más partes interesadas en una relación

jurídica existente y determinada, deciden someter a arbitraje sus posibles diferencias futuras que surjan de tal relación”⁷⁸.

Si, tal como vimos en el punto anterior, el arbitraje regulado a través de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral resulta ciertamente impracticable, además resultaba ser un incentivo para no pactar una cláusula arbitral. Imaginemos por un momento que una empresa o una persona natural que ha firmado una cláusula compromisoria, tarda mucho en obligar a su contraparte –luego de un proceso judicial- a ir al arbitraje, -lo que incluso en algunos casos concretos demoró varios años⁷⁹- seguramente en su próximo contrato no incluiría dicha cláusula, dado que sería mejor, ante un conflicto, ir al Poder Judicial directamente, en vez de demorar en obligar a la otra parte al ir a un arbitraje.

Pero ¿cuáles fueron los motivos del legislador de mantener una regulación, que no sólo obstruye el arbitraje, sino que además la desincentiva?

De acuerdo con CLEMENTE se tiene que la utilidad práctica del compromiso a contratar destaca “para todos aquellos casos en los que las partes contratantes no quieren o no les es conveniente o no pueden de momento celebrar el contrato, pero conviniéndoles la celebración en un tiempo posterior, se ligan y comprometen a celebrarlo *in futurum*, Es una forma que se ofrece

⁷⁸ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G. “*El Arbitraje*”. Biblioteca “Para leer el Código Civil”, Vol. V. Fondo Editorial de la PUCP, 1993, p. 79.

⁷⁹ *Vid.* El caso entre *Pesquera María del Mar SRL y Panamericana Compañía de Seguros y Reaseguros SA.*, llevado ante el Tercer Juzgado en lo Civil de Lima, el cual demoró aproximadamente seis años en resolver la aplicación del compromiso arbitral. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. Cit.*, pp. 210-212.

para asegurar la conclusión de un contrato posterior; su función, por lo tanto, es preparatoria y de garantía o aseguración”⁸⁰.

Obviamente, en este extremo, se trata de asimilar la cláusula compromisoria a un compromiso a contratar. Lo cual por tener la cláusula compromisoria la naturaleza a aquella no implica que su eficacia y bondades se reflejen en un plano práctico, como efectivamente sucedía en la realidad, era una cláusula absolutamente inútil y anacrónica⁸¹.

Ahora bien, dentro de sus caracteres básicos, CÁRDENAS señala que “en cuanto a la exigibilidad del compromiso a contratar, el Código ha optado por la solución según la cual en caso de ocurrir una negativa injustificada de la parte obligada o de una de las partes obligadas a celebrar el contrato definitivo, puede exigirse judicialmente su celebración (artículo 1418, inciso 1). Esto significa que el juez está en aptitud de dictar una sentencia que surtirá los mismos efectos del contrato definitivo”⁸².

De esto, la consecuencia inmediata es el efecto que se quería evitar desde un primer momento, recurrir al Poder Judicial⁸³. Si las partes celebran un

⁸⁰ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Cláusula compromisoria y compromiso arbitral”. En: *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil*. Parte III, Tomo VI. Compiladora: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1988, p. 638.

⁸¹ *Vid.*, LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G. *Op. cit.*, p. 81.

⁸² CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op. cit.*, p. 397.

⁸³ De acuerdo con CAIVANO: “Baste señalar (...) que, hasta no hace demasiado, la cláusula arbitral no tenía eficacia si no era complementada luego por un nuevo acuerdo de voluntades (compromiso arbitral). Con posterioridad se admitió que, si bien carecía de efectos plenos, al menos ostentaba la condición de precontrato, que permitía exigir forzosamente la celebración del compromiso. Con todo, esta solución era incompleta y

contrato con una cláusula arbitral la intención de ambas es evitar que ante un posible conflicto cualquiera de ellas recurra al Poder Judicial. El problema surge que la cláusula compromisoria es un contrato preparatorio, siendo necesario que las partes celebren un nuevo contrato (entiéndase un compromiso arbitral) para recién configurarse la obligación de las partes de ir al arbitraje. Esto conlleva que en caso de simplemente negarse una de las partes a celebrarlo, la parte afectada tendrá que recurrir al Poder Judicial para obligar a la otra parte a celebrar el compromiso arbitral, esto trae, lógicamente más dilaciones a la solución del conflicto.

Por lo tanto, esta figura de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral en un plano práctico resultaba sumamente difícil de hacerlo efectivo, lo cual explica los pocos arbitrajes que se desarrollaron durante su vigencia. Será, posteriormente, con la figura del convenio arbitral que se da un cambio importante que desató un mayor uso y efectividad del arbitraje, a pesar que tuvo algunos inconvenientes durante la vigencia del Decreto Ley N° 25935, que si bien recogía la figura del convenio arbitral, y dejaba atrás la regulación de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. En caso faltase designar a los árbitros y determinar la materia controvertida, la parte tenía que recurrir a la otra a efectos de “integrar” el convenio arbitral, acudir a un notario a través de

contradictoria en su misma formulación. Incompleta porque, de todas maneras, implicaba un enorme escollo para el acceso a la jurisdicción arbitral pactada: la falta de celebración voluntaria del compromiso obligaba al interesado en recurrir al arbitraje a promover una acción judicial, de la que resultaría finalmente una condena a otorgar el compromiso. Contradictoria, porque finalmente mandaba a las partes a los tribunales judiciales, cuando habían estipulado el arbitraje para evitarlos”. CAIVANO, Roque J. *“La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada”*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 23.

un formulario de sumisión⁸⁴, en caso de negativa luego de un plazo de diez días, se tenía que recurrir al Poder Judicial⁸⁵.

1.2 El convenio arbitral y la relativización de la forma

Probablemente, uno de los elementos del convenio arbitral que más modificaciones y cambios ha tenido en los últimos años, es aquel relativo a la forma en cómo se suscribe el convenio arbitral.

Inicialmente, bajo el Código Civil, la regulación del acuerdo arbitral, era por escrito bajo sanción de nulidad⁸⁶, de igual forma con el Decreto Ley N° 25935 se mantenía la misma línea⁸⁷, como también en la Ley N° 26572, el convenio

⁸⁴ **Decreto Legislativo N° 25935**

Artículo 13.- El interesado puede proponer notarialmente a la otra u otras partes, un formulario de sumisión que deberá contener los requisitos del artículo 10°, precisando la controversia sujeta a arbitraje en los casos que:

- 1.- Fuera necesario integrar el contenido del convenio y no hubiera árbitro designado ni sometimiento a un reglamento arbitral;
- 2.- O que no hubiera convenio arbitral y la controversia verse sobre un contrato de naturaleza comercial.

Si la parte a quien se hiciera el ofrecimiento no contestara dentro del plazo de diez días naturales, la otra parte puede solicitar judicialmente, según corresponda, la integración del convenio o la formalización del arbitraje.

⁸⁵ CASTILLO FREYRE, Mario, VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo y Rita SABROSO MINAYA. *“La otra justicia: Fundamentos, desarrollo y avances legislativos del arbitraje en el Perú”*. En: www.castillofreyre.com

⁸⁶ **Código Civil Peruano** (artículo derogado).

Artículo 1910.- El compromiso arbitral debe celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad. Si hay juicio pendiente, se formaliza mediante escrito presentado al juez con firmas certificadas por el secretario de la causa. (Subrayado nuestro).

⁸⁷ **Decreto Ley N° 25935** (Derogado)

Artículo 5.- El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Puede estipularse como cláusula incorporada a un contrato o convenio principal, o como acuerdo independiente.

Se entiende que el convenio se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. (Subrayado nuestro).

arbitral debía ser por escrito, bajo sanción de nulidad⁸⁸. En ese sentido la regulación de la cláusula arbitral que sanciona su nulidad al no encontrarse escrita consagraba la forma *ad solemnitatem*.

Este escenario es diferente con el Decreto Legislativo N° 1071, al pasar de una forma *ad solemnitatem* a una forma *ad probationem* al exigir simplemente que el acuerdo se encuentre por escrito sin sancionar con nulidad su inobservancia⁸⁹.

⁸⁸ **Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572** (Derogado)

Artículo 10°.- Forma del convenio arbitral.-

El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Se entiende además que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento. Se entenderá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de él o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención. (Subrayado nuestro).

⁸⁹ Sobre esto, SANTISTEVAN ha sostenido que: “La nueva ley al optar por la naturaleza *ad probationem* del convenio arbitral ha querido evidentemente hacerse eco de las más avanzadas propuestas en el ámbito internacional en su esfuerzo por priorizar la realidad de las cosas sobre las formalidades a las que el derecho se suele apegar muchas veces para esterilizar los efectos jurídicos de los contratos y de los convenios arbitrales, en particular en el marco del tráfico comercial y en el desarrollo de las inversiones. Pero, en segundo lugar, porque la naturaleza *ad probationem* que admite actualmente la ley peruana contribuye mejor a la eficacia del arbitraje y a la inevitabilidad de sus consecuencias que constituyen la vigas maestras de la construcción del nuevo cuerpo normativo peruano”. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 8, 2009, p. 21. En el mismo sentido se han pronunciado CANTUARIAS y CAIVANO al sostener que “(...) [a]unque sigue siendo necesario que exista algún medio que permita constatar la existencia de la voluntad, la *forma* requerida por la LA dejó de ser un requisito *ad solemnitatem* para convertirse un requisito *ad probationem*. El principal efecto de la norma en comentario es que se da preeminencia al contenido por sobre el continente: en tanto cumpla la principal finalidad que se atribuye a la forma en el moderno derecho de los contratos (dar seguridad a los actos, constatar la presencia del individuo al realizar el acto y registrar su voluntad; en suma, ser *objetivamente reconocible y valorable*), el acuerdo arbitral será válido”. CANTUARIAS Fernando y Roque J. CAIVANO. “La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 7, Magna Editores, 2008, p. 58. Véase también: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Legis, Bogotá, N° 7, 2007, pp. 91 y ss.

Este cambio dado en la Ley de Arbitraje, no es exclusivo en la regulación peruana, sino que sigue la línea establecida en la Ley Modelo de la UNCITRAL. Cabe precisar además, las recientes legislaciones de arbitraje en el mundo han ido adecuando sus legislaciones de arbitraje bajo este criterio.

Ahora bien, este cambio ha contraído un problema de índole formal con la Convención de Nueva York, el cual exige que sea por escrito y firmado por las partes.

Posteriormente, se buscó una interpretación, por la cual el requisito “por escrito” establecido por la Convención de Nueva York, debía entenderse como un techo, un estándar máximo⁹⁰ que las naciones parte suponen como un límite.

En esa línea, tal como señaláramos anteriormente, la Ley Modelo ha establecido mecanismos menos formales sobre el convenio arbitral, y del cual muchos países siguen actualmente, permitiendo dentro de sus legislaciones la posibilidad de pactar un arbitraje por medios electrónicos, u otros medios similares, pero lo más importante, ha abierto una puerta por la cual es posible entender que lo “escrito” sea considerado también lo “no escrito”.

Por ejemplo en el Perú, un segundo nivel en el cambio de la forma del convenio arbitral radica en que, tal como establece el artículo 13° numeral 2 de la Ley de Arbitraje, es que este sea “escrito”, no obstante, el mismo artículo 13°

⁹⁰ CREMADES, Bernardo M. “Regulación Nacional del Arbitraje y la Convención de Nueva York”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, 2005, Ed. Grijley, pp. 188-189.

en los numerales 3, 4 y 5 entiende que por “escrito”, también comprende lo “no escrito”. Así, el citado artículo señala:

Artículo 13°.- 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.

(...)

Con ello podría pensarse en una interpretación estricta que la legislación peruana –como muchas otras en Latinoamérica y Europa- por ese carácter más amplio del convenio arbitral colisionarían con la ejecución y reconocimiento de un laudo en otro país no pueda beneficiarse de la

Convención de Nueva York⁹¹, por esta formalidad exigida en el mencionado Tratado.

Sin embargo, la propia Convención de Nueva York tiene una regulación abierta para este tipo de supuestos que se presentan en la práctica. Así, a través del artículo VII (1)⁹² establece la posibilidad de la aplicación de la norma más favorable, para que la parte interesada pueda optar entre el régimen autónomo o bien el convencional a efectos de lograr el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral⁹³.

Sobre el particular CREMADES ha afirmado que “la interpretación del artículo VII (1) de la CNY debería permitir una remisión fragmentada al ordenamiento jurídico más favorable, pudiéndose aplicar leyes nacionales de manera parcial que favorezcan el reconocimiento y ejecución. Así, el juez nacional, a instancia

⁹¹ Esto se ha podido evidenciar en muchos casos arbitrales, por ejemplo en el laudo emitido en *Banque Arabe et Int'l d'Inv. v. Inter-Arab Inv. Guarantee* se dijo que: “contrary to litigation in front of state courts where any interested party can join or be adjoined to protect its interests, in arbitration only those who are parties to the arbitration agreement expressed in writing could appear in the arbitral proceedings either as claimants or as defendants. This basic rule, inherent in the essentially voluntary nature of arbitration, is recognized internationally by virtue of Article II of the New York Convention”. Cfr. Ad-hoc Award, 1994, publicado en: *Yearbook of Commercial Arbitration* N° XXI (1996).

⁹² La Convención de Nueva York en su artículo VII (1) dispone que no “privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudieran tener o hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país en donde dicha sentencia se invoque (...)”.

⁹³ Sobre el particular POUDET ha señalado que “we note that our sources do not show same degree of liberalism concerning this question. While the New York Convention, the 1961 Geneva Convention, the Model Law, the Swiss and the Italian law retain the requirement of a written agreement, which to our mind excludes oral and tacit acceptance, the doctrine of abuse of rights being of course reserved, Dutch, English and German law have relaxed this requirement, while French and Swedish law contain no requirements of form at all. Depending on whether one is more concerned with predictability or, on the contrary, with accommodating commercial practice, one can express a preference for one or the other of these solutions, but the differences existing between the norms in force are not disputable”. POUDET, Jean-François y Sébastien BESSON. “Comparative Law of International Arbitration”. Sweet & Maxwell Ltd, 2007, p. 169.

de la parte que solicite el reconocimiento, aplicará la norma que facilite el reconocimiento y la ejecución, pudiendo la parte interesada recurrir al texto que resulte más favorable”⁹⁴.

Son, entonces, hasta donde hemos visto, que la doble evolución del convenio arbitral, por una parte, cambiar la forma del arbitraje de la exigencia de la firma por la relativización de la misma a través del intercambio de documentos; y por otro lado, el cambio de un arbitraje *ad solemnitatem* por un *ad probationem*, donde ya no es necesario que la misma conste por escrito, sino basta demostrar su existencia. Este nuevo escenario ha permitido que las teorías sobre la extensión del convenio arbitral se asomen y cobren cada vez más fuerza⁹⁵.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En esta sección, abordaremos de manera general el tema relativo a la autonomía de la voluntad de los contratos, para sentar un marco teórico al respecto, para luego analizar con detenimiento la figura de la autonomía de la voluntad en el arbitraje.

⁹⁴ CREMADES, Bernardo M. *Op. Cit.*, p. 190.

⁹⁵ VULLIEMIN, Jean-Marie. “La extensión de la cláusula arbitral a terceros: ¿Cláusula arbitral versus convenio arbitral”. En: *Revista del Club Español del Arbitraje*, N° 5, Madrid, 2009, p. 54.

2.1 La autonomía de la voluntad en los contratos

El estudio tradicional de la autonomía de la voluntad en el contrato, tiene que ver con dos grandes temas relacionados entre sí, el primero de ellos es acerca de la libertad de contratar, la cual es vista como aquella facultad de una persona de poder elegir con quien va a celebrar un contrato, esto es, el Estado concede, a través de la Ley, la libertad y autonomía a las personas, para que dentro de la sociedad puedan elegir con la persona que deseen contratar para llevar a cabo la realización de determinadas prestaciones a las cuales se sujeta el contrato.

El otro segundo gran tema que hemos comentado, está referido a la libertad contractual, esto consiste en la potestad que tienen las partes de regular en el contrato que están celebrando de disponer de todas aquellas cláusulas que resultan convenientes a sus intereses y necesidades.

Puede considerarse o cuestionarse estos dos niveles de libertad en el contrato, con el tema de los contratos por adhesión o predispuestos, en los que prácticamente, el contrato es redactado por una de las partes, y sólo le queda a la contraparte aceptar dicho contrato *in toto*, sin ningún tipo de cuestionamiento o modificación del mismo.

En estos supuestos, como se podrá observar de manera más detenida, en realidad sólo estamos ante el caso de la relativización de uno de los niveles de la libertad en el contrato, esto es de la libertad contractual, dado que una de las

partes no puede establecer en el contrato las cláusulas que aquélla le gustaría o necesita que dicho contrato establezca.

Mientras que, respecto de la libertad de contratar, sigue incólume, toda vez que una persona puede aceptar o no contratar con aquel sujeto que tiene en su poder un contrato por adhesión.

En general, se ha explicado que los contratos por adhesión, responden a la necesidad de una sociedad –devenida por la revolución industrial-, en un sociedad altamente consumidora que demanda cada vez más servicios, más productos, más bienes, etc., ante esto, y dado el hecho que muchas empresas brindan servicios públicos, o bien se encuentran altamente tecnificadas y extendidas, celebran sus contratos a cada momento, a cada minuto, están contratando con 5, 10 ó 100 personas al mismo tiempo, por lo que resultaría ineficiente ponerse a revisar dichos contratos uno por uno, en virtud de esto es que se realizan “contratos en masa”, facilitando con ello el tráfico económico de los bienes y productos, son contratos que se ofrecen frente a los consumidores como un contrato de “tómalo o déjalo” (*take it or leave it*)⁹⁶.

⁹⁶ BEBCHUK, Lucian A. y Richard A. POSNER. “One - sided contracts in competitive consumer markets”. En: *HARVARD. John M. Olin Center for Law, Economics, and Business*. Discussion Paper N° 534, 11/2005. Harvard Law School, p. 3.

2.2. La autonomía de la voluntad en el arbitraje

En el arbitraje, o, propiamente, dentro de un contrato de arbitraje, podemos distinguir dos niveles: i) la autonomía de la voluntad de las partes de celebrar un contrato de arbitraje; y, ii) la autonomía del arbitraje frente al contrato.

2.2.1. La autonomía de la voluntad de las partes de celebrar un contrato de arbitraje

Las partes al momento de celebrar un contrato (libertad contractual), en virtud de su autonomía de la voluntad, es que deciden libremente pactar un contrato de arbitraje, el mismo que puede ser celebrado de manera independiente o bien puede ser celebrado dentro de otro contrato principal, en donde solo bastaría incluir una cláusula arbitral⁹⁷.

⁹⁷ Por el momento nos limitaremos a mencionar estas dos formas de pactar un convenio arbitral, sin embargo, cabe comentar que existen supuestos en los que se puede recurrir a un arbitraje sin contar necesariamente con un convenio arbitral (denominados también *arbitration without privity*), es el caso, por ejemplo, de los contratos que se encuentran bajo el ámbito de un tratado de inversión bilateral (BIT). Cfr. PAULSSON, Jan. "Arbitration without privity". En: *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Volume 10, Number 2, Fall 1995, pp. 232-257. BULLARD GONZALEZ, Alfredo. "Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos". En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, 2006, pp. 158-159. 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 arbitrarán con el Estado a pesar que no exista ni siquiera un contrato".

En este escenario, el contrato de arbitraje puede estar dentro de otro contrato, que lo vincula pero que no resulta accesorio a él, lo que sería en todo caso, una parte de aquel⁹⁸.

En efecto, la cláusula arbitral no resulta accesorio al contrato, porque si fuera ese el caso, la nulidad del contrato conllevaría también la nulidad del convenio arbitral al seguir ésta la suerte de aquélla.

Al respecto, RIVERA ha expresado que “la autonomía consiste en que la eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal. En otras palabras, la ineficacia del contrato, sea genética (nulidad) o sobreviniente (resolución, rescisión), no causa la ineficacia de la cláusula arbitral. La convención arbitral, como negocio autónomo, no depende del contrato principal en cuanto a su validez, ni a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción para la resolución de una eventual controversia”.⁹⁹

En este momento, tenemos que profundizar tres temas que consideramos importantes para el desarrollo del presente capítulo. En primer lugar, las consecuencias o implicancias que conlleva suscribir una cláusula arbitral, como parte de la expresión del efecto negativo del convenio arbitral.

⁹⁸ En ese mismo sentido, Caivano refiere que la “teoría de la ‘accesoriedad’ de la cláusula arbitral respecto del contrato base adolece de un visible error de apreciación. La cláusula en cuestión, más que ‘accesoria’ de un contrato ‘principal’, es –en todo caso- una ‘parte’ de aquel”. CAIVANO, Roque J. “La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada”. *Op. Cit.*, p. 219.

⁹⁹ RIVERA, Julio César. “Arbitraje Comercial Internacional y doméstico”. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 100-101.

En segundo lugar las cláusulas arbitrales en un contrato de adhesión, y el rol que cumple el consentimiento en este caso.

Y en tercer lugar, analizaremos el rol del convenio arbitral en los contratos administrativos.

2.2.2. Las consecuencias o implicancias que conlleva suscribir una cláusula arbitral (expresión del efecto negativo del convenio arbitral)

Cuando las partes suscriben un convenio o cláusula arbitral, se están comprometiendo a no recurrir a la jurisdicción de un juez para resolver algún conflicto que se derive o podría derivar del contrato celebrado¹⁰⁰.

Introducir una cláusula de arbitraje implica, en un primer momento una obligación de no hacer, esto es ante el supuesto de hecho de presentarse un conflicto entre las partes, la parte que pretenda demandar a la otra se ve impedida de formular su demanda ante el juez competente (renuncia del juez natural) para que sea un árbitro o un tribunal arbitral quien resuelva el conflicto puesto a litis¹⁰¹.

¹⁰⁰ Esto es el efecto negativo del convenio arbitral que ya hemos visto en líneas atrás (*Vid. Supra*, Capítulo I, punto 1). Asimismo DE BENITO afirma sobre este carácter que “el efecto esencial que nace con la suscripción de un convenio arbitral es, (...) la obligación de abstenerse de recurrir a los tribunales del Estado para ventilar las controversias que surjan en el curso de la relación jurídica comprometida”. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. “*El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*”. Ed. Civitas – Thomson Reuters, julio 2010, p. 167. Por otra parte, este efecto negativo se representa procesalmente a través de una excepción procesal en caso cualquiera de las partes recurra al Poder Judicial a pesar de existir un convenio arbitral.

¹⁰¹ De acuerdo con SILVA ROMERO “la prestación de la obligación de no hacer consiste en una abstención o prohibición que pesa sobre el deudor. Dado que el contrato de arbitraje es (...) un “contrato bilateral”, la obligación de no hacer resultante del contrato de arbitraje impone

En este sentido, la renuncia de recurrir al Poder Judicial implica renunciar al juez natural a quien en principio le correspondería ser competente para dirimir los conflictos que puedan suscitarse entre las partes. Cabe precisar, si una de las partes que suscribió un convenio arbitral interpone una demanda a un juez, la contraparte puede oponer la excepción correspondiente, por dicho convenio¹⁰².

Por otra parte, implica una obligación de hacer, esto es, de llevar a arbitraje cualquier conflicto originado entre las partes de una relación contractual o no contractual.

a todas las partes del mismo la prestación de no someter las controversias que resulten del contrato que comprenda el pacto arbitral o al que éste esté relacionado a la solución mediante la intervención de los jueces del Estado”, añade además que “en primer lugar, si una de las partes del contrato de arbitraje intenta someter a la jurisdicción estatal una controversia que, en virtud de la voluntad de las partes, debería ser sometida a un tribunal arbitral, las demás partes del pacto arbitral pueden oponer, dentro del proceso judicial, la excepción previa de existencia de compromiso o cláusula compromisoria (...). Ahora bien: si a pesar de la existencia de una cláusula compromisoria o de un compromiso, se comienza un proceso judicial, y ninguna de las partes opone la excepción previa arriba mencionada, se debe concluir, en nuestra opinión (sic), que las partes han renunciado a la aplicación y ejecución del contrato de arbitraje. En definitiva, la voluntad tiene el poder de deshacer lo que ha hecho (...). En segundo lugar, en caso de incumplimiento de la obligación de no hacer resultante del contrato de arbitraje, la o las partes cumplidas tienen el derecho de reclamar de la o las partes incumplidas, aquéllas que, a pesar de la existencia de un contrato de arbitraje, comenzaron un proceso judicial, el pago de una indemnización por daños y perjuicios”. SILVA ROMERO, Eduardo. “Una obligación de no hacer: No someter los litigios a la jurisdicción estatal”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). *“El Contrato de Arbitraje”*. Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, 1ra Ed. 2005, pp. 695-696.

¹⁰² De acuerdo con el artículo 446° inc. 13 del Código Procesal Civil el demandado puede interponer como excepción el convenio arbitral, el cual tiene como efecto, conforme al artículo 451° inc. 5 del mismo cuerpo normativo, la anulación de todo lo actuado y la conclusión del proceso.

Cabe mencionar que otros autores han estimado que también se origina una obligación de dar¹⁰³ en tanto que implica pagar los honorarios correspondientes a los árbitros que vean el caso en cuestión.

En este punto cabe hacer precisión entre la obligación de ir a un arbitraje, y el llevar un conflicto de manera compulsiva a arbitraje. Para ello, el siguiente caso llevado ante el Tribunal Constitucional nos permitirá explicar esta diferencia.

En el caso llevado entre *Corporación Meier SAC y Persolar SAC contra Aristocrat Technologies INC y Aristocrat Internacional PTY Limited*¹⁰⁴, los demandantes solicitaban que se determine la incompatibilidad constitucional por el uso abusivo del derecho y se declaren inaplicables las cláusulas arbitrales que habían suscrito con los demandados en diversos contratos, argumentando que con dichas cláusulas se les pretendía someter compulsivamente a un arbitraje de derecho, vulnerando de este modo sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, entre otros derechos.

¿Qué es lo que había sucedido? Los demandantes habían suscrito diversos contratos de compraventa de máquinas tragamonedas y kits de conversión,

¹⁰³ ECHEVERRI LÓPEZ, Ricardo. "De los costos del arbitraje en Colombia", también puede revisarse CONEJERO ROOS, Cristian. "Los costos en el arbitraje internacional", ambos títulos se encuentran publicados en: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). *Op. cit.*, pp. 707-729, y 731-751 respectivamente. VIGORITI, Vincenzo. "L'onorario degli arbitri". En: *Rivista Dell'arbitrato*. Pubblicazione trimestrale, Direttore Elio Fazzalari, Anno XV, N° 1/2005, Giuffrè Editore, pp. 189-197.

¹⁰⁴ Exp. N° 4972-2006-PA/TC.

siendo obligación de los demandados, sufragar los costos de importación y nacionalización de las máquinas, asimismo las demandantes tenían un contrato de *Know How* y la prestación de diversos servicios relacionados a los mismos, pero éstos fueron incumplidos, lo que motivó la celebración de nuevos contratos, donde los demandados señalaban que serían sus filiales quienes brindarían el servicio y serían ellas las responsables del mismo.

Sin embargo, se siguieron presentando incumplimientos, lo que originó que los demandantes no pagasen la contraprestación que les correspondía, presentando para ello una demanda de amparo ante el Segundo Juzgado Especializado Civil de Trujillo, señalando que los contratos se encuentran plagados de cláusulas abusivas y desproporcionadas, lesivas del principio de igualdad, y lo más delicado, pretenden obligarlas a aceptar que sus reclamos frente a los mismos solo pueden realizarse a través de la vía arbitral. Con esto, el Segundo Juzgado declaró fundada la demanda e infundadas las excepciones de convenio arbitral, señalando que “si bien los contratos suscritos por las partes contienen una serie de obligaciones y contraprestaciones de índole civil y comercial, el conjunto de dichas relaciones no deben exceder los estándares mínimos que garantizan las normas vigentes”. Adicionalmente, acotó que “el reconocimiento constitucional de la instancia arbitral no significa que dicho fuero haya recibido competencias exclusivas y excluyentes, poderes extraterritoriales y competencias irrevisables por el Poder Judicial, habiéndose acreditado que en el presente caso existe una evidente situación de abuso del derecho”.

Apelando esta decisión, ante segunda instancia, se declaró improcedente, revocando la sentencia del Segundo Juzgado. Sobre esto, el Tribunal Constitucional estimó que resulta perfectamente legítimo acudir al proceso constitucional a efectos de cuestionar el carácter lesivo de los actos expedidos por la jurisdicción arbitral, ello solo es posible cuando allí se obre de modo arbitrario, y por demás inconstitucional. Así también, indicó que el control constitucional sólo procederá *a posteriori*.

Asimismo, señaló que, desde un punto de vista casuístico, serían, entre otras, tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora, esto es: a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa; b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.).

Sobre lo primero señaló que así como ocurre respecto de otras variables jurisdiccionales, y principalmente de la judicial, en el caso del supuesto examinado, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela

jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (Artículo 4).

En lo que respecta al segundo criterio, y que más nos interesa resaltar es que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional:

“(…) la naturaleza de la jurisdicción arbitral es en esencia facultativa para el caso de los particulares o sujetos privados. Desde dicha perspectiva, es evidente que toda situación en que se le pretenda articular con carácter obligatorio o sin consentimiento expreso de quienes suscriban un contrato, se constituirá en un fenómeno abiertamente inconstitucional, que habilitará con toda legitimidad el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Lo señalado, en otras palabras, lleva implícita la regla de que los particulares no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean *prima facie* ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera tal que solo será en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, en que se habilitará el ejercicio de la jurisdicción arbitral.”¹⁰⁵

Adicionalmente, sobre el tercer punto, referente al tema de la arbitrabilidad manifestó que aun cuando la jurisdicción arbitral tenga su origen en el consentimiento de quienes participan de una relación contractual, ello de

¹⁰⁵ Fundamento N° 19 del Exp. N° 4972-2006-PA/TC.

ninguna manera justificará el que hacia su estructura se reconduzcan asuntos por su propia naturaleza indisponibles por los propios sujetos participantes de dicha relación. Es eso precisamente lo que ocurre cuando se trata de derechos fundamentales que, como se sabe, no pueden ser objeto de negociación alguna ni siquiera en los casos en que exista la voluntad expresa de prescindir de los mismos o alterarlos en todo o parte de su contenido. Es eso también lo que sucede, por citar otros supuestos, con las materias penales o incluso con las materias tributarias en las que el Estado de ninguna manera puede renunciar a su capacidad de control y sanción.

En el caso planteado se discutió el alcance de cláusulas contractuales de contenido civil y comercial, por lo demás incuestionablemente aceptadas de manera voluntaria por las empresas recurrentes vía la celebración de contratos de naturaleza eminentemente privada. Por otra parte, el que las cláusulas referidas versen sobre la posibilidad de someter al arbitraje los conflictos derivados de los contratos respectivos, no cambia en nada las cosas, pues, como ya se adelantó, no estamos *stricto sensu* en ninguna de las tres hipótesis anteriormente referidas.

Si, contrariamente a lo señalado en el fundamento precedente, se pudiese discutir el contenido o los alcances de cualquier cláusula contractual vía el proceso de amparo constitucional, se desvirtuaría por completo el alcance de este recurso, el cual, como bien se sabe, solo se encuentra limitado a la tutela de urgencia de los derechos fundamentales, antes que a la discusión de los temas eminentemente ordinarios. Cabe, por lo demás, añadir que si bien la

libertad de contratación tiene un indiscutible reconocimiento constitucional, no todos los aspectos que integran su contenido pueden considerarse de absoluta relevancia constitucional. En dicho contexto queda claro que la discusión de temas como los que plantean las empresas recurrentes mediante la presente demanda, sin perjuicio de requerir de una estación probatoria adecuada, corresponden ser ventilados a través del ejercicio de los procesos de carácter ordinario, siendo aplicable en tales circunstancias la previsión contenida en el inciso 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

2.2.3. La cláusula arbitral en un contrato de adhesión

La aceptación de un contrato de adhesión lleva aparejado la aceptación del mismo en su integridad, valga la redundancia, esto es, como ya lo habíamos señalado previamente, el aceptar en su totalidad el contrato, sin la posibilidad de negociar su contenido, simplemente se acepta o rechaza. Son contratos que por su naturaleza, las cláusulas de dichos contratos son “preformuladas y establecidas por el estipulante sin negociación particular, concebida con caracteres de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad, determinando una pluralidad de relaciones, con independencia de su extensión y características formales de estructura o ubicación”¹⁰⁶.

Sobre este tipo de contratos y su relación con el convenio arbitral, CAIVANO comenta que existe un doble desafío, por un lado cómo compatibilizar que el acuerdo arbitral sea producto de la libre voluntad de las partes, y por otro, dado

¹⁰⁶ CAIVANO, Roque J. “La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada”. Op. Cit., p. 273.

que dicha libertad en la contratación por adhesión tiene importantes limitaciones¹⁰⁷.

En general, las personas dentro de una sociedad de consumo, contratan de manera constante, lo que ha permitido que muchas empresas adopten como política introducir dentro de sus contratos cláusulas de arbitraje, muy común en contratos de consumo, bancarios¹⁰⁸, de seguros¹⁰⁹, mercantiles navieros, siendo países como Estados Unidos¹¹⁰ y gran parte de Europa quienes los utilizan con mayor frecuencia y que ha recibido el nombre de *consumer arbitration*¹¹¹ o arbitrajes de consumo¹¹².

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 274.

¹⁰⁸ Cfr. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. "El arbitramento y el derecho bancario". En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). *Op. cit.*, pp. 405-415. FURLETTI, Mark J., "Mandatory Arbitration Clauses in the Credit Card Industry" (January 2003). *Federal Reserve Bank of Philadelphia Payment Cards Center*. Discussion Paper No. 03-01, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=927078>.

¹⁰⁹ ALJURE SALAME, Antonio. "El arbitraje y el contrato de seguros en el Derecho Nacional e Internacional". En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). *Op. cit.*, pp. 361-376. VENEGAS FRANCO, Alejandro. "Arbitraje y Derecho de Reaseguros". En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). *Op. cit.*, pp. 377-403. ABRAHAM, Kenneth S. y MONTGOMERY, J.W., "*The Lawlessness of Arbitration*". UVA School of Law, Public Law Research Paper. December 2002, No. 02-09.

¹¹⁰ En Estados Unidos resulta singular los motivos por los cuales el número de empresas fueron adaptando dentro de sus contratos cláusulas arbitrales en sus relaciones de consumo, uno de estos motivos fue evitar el pago de fuertes sumas de dinero en caso de indemnizaciones por productos defectuosos u otros ordenados por la Cortes Americanas (estas grandes sumas de dinero se ordenan en Estados Unidos con el fin de incentivar, en este caso a las empresas productoras a tener mucho cuidado con los productos que elabora, esto es lo que se conoce como el efecto *deterrence*). Cfr. SHERMAN, Jason. "*Injury or deterrence: The end of class-action litigation and its benefit to consumers*". Harvard Business Law Review Online, pp. 50-51. POSNER, Richard A. "*The Economics of Justice*". Harvard University Press, pp. 208-209.

¹¹¹ ALDERMAN, Richard M., "*The Future of Consumer Law in the United States - Hello Arbitration, Bye-Bye Courts, So-Long Consumer Protection*" (September 19, 2007). University of Houston Law Center No. 2008-A-09. Del mismo autor puede revisarse la siguiente crítica sobre el arbitraje de consumo: ALDERMAN, Richard M., "*Consumer Arbitration: The Destruction of the Common Law*". Journal of American Arbitration. ALPA, Guido. "Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore". En: *Rivista Dell'arbitrato*. Pubblicazione trimestrale, Direttore Elio Fazzalari, Anno XVI, N° 4/2006, Giuffrè Editore, pp. 619-627. MARENGO, Roberto. "Clausola compromissoria e contratti dei consumatori". *Rivista*

En el Perú, actualmente, el arbitraje de consumo ha tenido una regulación especial. Así a través del Decreto Supremo N° 046-2011-PCM se publicó el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo, la cual tiene como objeto regular la organización del Sistema de Arbitraje de Consumo y el procedimiento de arbitraje previsto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.¹¹³ Del cual sobre esta norma no entraremos en detalle, dado que por un lado esta norma aún se encuentra pendiente de implementación; y segundo porque abordaremos el fenómeno de la cláusula arbitral dentro de los contratos de adhesión en general.

Se podría prever que el arbitraje en sede de protección al consumidor debería tener las mismas virtudes que el arbitraje en general, sin embargo la experiencia americana muestra otras facetas del arbitraje que conviene analizar.

Por ejemplo, los bancos suelen usar de manera más frecuente dentro de sus contratos, las cláusulas arbitrales, y esto se fundamenta principalmente en el hecho que por temas de responsabilidad contractual y extracontractual

Dell'arbitrato. Pubblicazione trimestrale, Direttore Elio Fazzalari, Anno XVI, N° 1/2006, Giuffrè Editore, pp. 57-78.

¹¹² En España por ejemplo se publicó el 3 de mayo de 1993 el Real Decreto 636/1993 en el cual regula el sistema arbitral de consumo, dicho sistema ofrece a los usuarios y establecimientos que se encuentren afiliados a este sistema recurrir a una Junta Arbitral de Consumo en caso de conflicto, para ello formalizará el convenio arbitral, iniciándose el procedimiento arbitral con el nombramiento de un Colegio Arbitral (Tribunal Arbitral). Ver: ROMERO HERRERO, Francisco. "El arbitraje de consumo en la defensa del consumidor-turista". En: *Anuario de Justicia Alternativa*. N° 4, 2003, pp. 9-52.

¹¹³ El Código de Protección y Defensa del Consumidor, fue aprobado mediante la Ley N° 29571. En efecto, en este cuerpo legal se regula el Sistema de Arbitraje de Consumo en los artículos 137 y siguientes.

pueden disminuir considerablemente el pago de las indemnizaciones en comparación si ese mismo conflicto se llevara a sede judicial. Es decir, en casos de responsabilidad que deba asumir un banco, puede limitar los montos indemnizatorios a través de una cláusula arbitral, mientras que un proceso judicial, no sólo tendría que pagar una indemnización, sino también los daños punitivos¹¹⁴.

Pero, cabe pensar que así como puede presentarse un escenario donde el arbitraje en sí mismo sea una ventaja para aquél quien redacta el contrato, también debe tenerse en cuenta sobre aquellas materias que no resultan arbitrables¹¹⁵.

En la Ley de Arbitraje, ha sido recogida la figura del convenio arbitral insertos en los contratos de adhesión, en el artículo 15° el cual señala lo siguiente:

¹¹⁴ KAPLINSKY, Alan S. y Mark J. LEVIN. “Excuse Me, but who’s the Predator? Banks Can Use Arbitration Clauses as a Defense”. Business Law Today, May-June 1998, at 24, 24, 26-28.

¹¹⁵ En un caso resuelto por el Tribunal Constitucional a raíz de un proceso de amparo interpuesto por un trabajador contra una aseguradora, solicitando se le otorgue una renta vitalicia por padecer una enfermedad profesional, sosteniendo que ha laborado en una empresa minera, y que como consecuencia de sus laborales, en la actualidad padece de neumeconiosis, por lo que le corresponde la pensión solicitada. A ello, la aseguradora en diversas oportunidades se defendió a través de una excepción del convenio arbitral. El mencionado colegiado estableció como precedente vinculante que “cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes”. Cfr. STC Exp. N° 10087-2005-PA/TC.

Artículo 15.- Relaciones jurídicas estándares.

1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.
2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:
 - a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.
 - b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.
 - c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

El artículo 15° de la Ley de Arbitraje, se cuida de limitar su aplicación solamente a los arbitrajes nacionales¹¹⁶. La particularidad en estos contratos de adhesión es que establecen su eficacia aun en casos en que la contraparte tenía la “posibilidad” de conocer el convenio arbitral.

Como señaláramos en los párrafos anteriores, en un contrato de adhesión contiene una serie de disposiciones redactadas exclusivamente por una de las partes, mientras que la contraparte simplemente acepta en su totalidad el contrato, y con ello la cláusula arbitral incorporada. Pero también es posible

¹¹⁶ Recuérdese que el actual sistema arbitral peruano es monista, lo que implica que las reglas establecidas son tanto para el arbitraje nacional como internacional. Este régimen era diferente con la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, que establecía un régimen dualista.

que este contrato contenga una cláusula con incorporación por referencia a otro documento o contrato que contenga una cláusula arbitral.

Ahora bien, la segunda parte del artículo establece una presunción *iuris et de iure*, de tres situaciones en la cuales se presume que el convenio arbitral ha sido conocido por la contraparte: i) si el convenio arbitral está inserto en las condiciones generales dentro del contrato principal, el mismo que es escrito y firmado por las partes; ii) si se encuentra al reverso del documento principal, y hay una referencia expresa al arbitraje en el cuerpo del contrato principal e igualmente es escrito y firmado por las partes; y iii) si está incluido en las condiciones estándares separadas del documento principal, y hay mención expresa del arbitraje en el contrato principal, debe estar escrito y firmado por las partes.

En ese sentido, a efectos que el ordenamiento jurídico proteja el contenido del derecho contractual y la autonomía de la voluntad a fin de “evitar el abuso en la contratación privada por parte de uno de los contratantes en perjuicio de la otra parte, abuso que puede ser consecuencia de diversos factores como la evidente desigualdad económica y social de las personas o la información asimétrica en que se encuentran las personas al momento de contratar”¹¹⁷.

Probablemente uno de los mayores temores en los contratos de adhesión, es la presencia de cláusulas que pueden resultar abusivas, y que al momento

¹¹⁷ SOTO COAGUILA, Carlos A. “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”. En: *Vniversitas*, diciembre, N° 106, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2003, p. 523.

de contratar –a veces por la premura en celebrar un contrato- se esté firmando sin que la parte se de cuenta realmente de los efectos que puede generar una cláusula abusiva en la ejecución del contrato. La cláusula arbitral también podría configurarse, en estos casos, como una cláusula abusiva, si por ejemplo deja a solo una de las partes (normalmente quien las ha redactado) a elegir al árbitro.

2.2.4. La cláusula arbitral en un contrato administrativo

De acuerdo con el artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado o LCE señala cuáles son las cláusulas que debe contener todo contrato que las Entidades realicen para adquirir bienes o contratar servicios, dentro de estas cláusulas que obligatoriamente se deben incorporar al contrato se encuentra la relacionada a la de solución de controversias la cual indica lo siguiente:

Artículo 40º.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

b) *Solución de controversias*: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.

Este artículo muy similar al artículo 41º inc. b) de la anterior Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, mantiene el criterio que toda controversia sin excepción deba recurrirse a conciliación o arbitraje, en tal

sentido el modelo del convenio arbitral plasmado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF es el siguiente:

“Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OCSE y de acuerdo con su Reglamento”.

Durante la vigencia de la normativa anterior referida a las contrataciones del Estado, CONSUCODE (ahora OSCE) emitió diferentes pronunciamientos al respecto de la obligatoriedad de las entidades de introducir cláusulas de solución de controversias, con la finalidad de evitar completamente la intromisión del Poder Judicial.

Ahora bien, cabe observar que si bien es cierto que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se pronuncia acerca de la obligatoriedad de la inclusión de una cláusula arbitral, ello no impide que las partes puedan convenir sobre otros aspectos del convenio arbitral.

Así, dentro de la negociación sobre el convenio arbitral, las partes pueden convenir respecto de qué tipo de arbitraje se puede realizar, esto es si puede ser institucional o *Ad-hoc*, en el primer caso si el arbitraje es institucional las partes tendrá que convenir que Institución arbitral van a recurrir y en consecuencia a someterse a sus reglamentos institucionales, nótese en este

caso que no implica que dicha institución tenga una injerencia directa en la forma como resuelvan los árbitros, como bien señala DEL ÁGUILA “la intervención de la institución arbitral está enfocada al apoyo e intermediación en la relación principal entre las partes y los árbitros, así como en la regulación, por voluntad expresa o defecto de acuerdo de aquéllas, de situaciones diversas al interior del proceso. En tal sentido, en modo alguno puede tener injerencia en las apreciaciones de hecho y derecho que formulen los árbitros, mucho menos en sus resoluciones ni en el laudo arbitral”.¹¹⁸

Por su parte, LORCA NAVARRETE y SILGUERO citado por DEL ÁGUILA indican que “el arbitraje institucional supone que las partes, previo convenio arbitral, acuerden que sea una institución de las que en sus estatutos o normas reguladoras se previene la realización de funciones arbitrales, la que resuelva las cuestiones litigiosas (...) bien encomendándole sólo la administración del arbitraje y reservándose a sí mismas el nombramiento de los árbitros, bien encomendándole tanto la gestión del arbitraje, como la elección de los árbitros a la institución que designen”¹¹⁹.

En el segundo caso, los arbitrajes *Ad-hoc*, solamente existe la intervención de las partes con los árbitros, y son aquéllos quienes formulan las reglas a seguir en el arbitraje, primera diferencia con el arbitraje institucional, sin embargo, es posible que las partes puedan utilizar las reglas o reglamentos de

¹¹⁸ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿he ahí el dilema?”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, Núm. 1, 2006, p. 235. También puede revisarse RUBIO GUERRERO, Roger. “Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”. En: *Thémis*, Revista de Derecho, N° 53, 2007, pp. 7-28.

¹¹⁹ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Op. Cit.*, p. 240.

instituciones arbitrales a fin de seguir con el arbitraje, pero ello parte justamente de la libertad de las partes de establecer o crear sus reglas, y si en este supuesto, las partes utilizan las reglas de una institución arbitral no trae como consecuencia que dicho arbitraje sea institucional y mucho menos que en dicho arbitraje participe de manera mediata la institución arbitral.

En el RLCE se permiten ambas formas o tipos de arbitraje, así en el artículo 215 relativo al inicio del arbitraje se establece que “de haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la parte interesada debe recurrir a la institución arbitral en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje *ad hoc*, la parte interesada procederá a remitir a la otra la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento”.

Como vemos, las partes pueden establecer en principio que tipo de arbitraje pueden realizar, y a qué institución –en caso decidan un arbitraje institucional– acudir o designar en el convenio arbitral, tal como lo establece el artículo 216° del Reglamento, el cual indica lo siguiente:

Artículo 216°.- Convenio Arbitral

En el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. La OSCE publicará en su portal institucional una relación de convenios arbitrales tipo aprobados periódicamente.

¿Qué tipo de arbitraje elegir? ¿Un arbitraje institucional o un arbitraje *Ad-hoc*? Ciertamente la respuesta puede variar en función de las necesidades de las partes. Un arbitraje institucional puede resultar muy confiable en la medida que detrás de ella existe una institución –valga la redundancia- que respalda las actuaciones, seguridad y confidencialidad del arbitraje, sin embargo puede resultar más costoso. Al contrario en un arbitraje *Ad hoc* si bien, de manera relativa podemos señalar que resulta menos costoso, la confianza de las partes a este tipo de arbitraje, pensamos, dependerá en gran medida de la confianza que tenga las partes al árbitro que designaron, asimismo una gran virtud pero al mismo tiempo a tener mucho cuidado sobre el arbitraje *Ad hoc*, está dada por su gran flexibilidad, decimos virtud porque permite a las partes crear sus reglas del proceso adecuando plazos, intervenciones, etc., sin embargo se debe tener cuidado porque a veces se presentan las llamadas cláusulas patológicas en estos casos lo que hacen finalmente es complicar el proceso del arbitraje.¹²⁰

DEL ÁGUILA identifica ambos tipos de arbitrajes, sus debilidades y fortalezas, sacando la siguiente conclusión “podemos decir que el arbitraje *Ad hoc* brinda a las partes flexibilidad para la elección de los árbitros; el arbitraje *ad-hoc* también ofrece a éstas amplia libertad para establecer las reglas del proceso; y adicionalmente, el arbitraje *Ad-hoc* resulta más económico que acudir al Poder Judicial. (...) Categóricamente, todo lo anterior es correcto. Sin embargo, el arbitraje institucional es mejor. En efecto, creemos que las

¹²⁰ Al respecto puede revisarse: DERAIS, Yves. “Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas”. En: “*El Contrato de Arbitraje*”. Eduardo Silva Romero (Director), Universidad del Rosario, Ed. Legis. 2005, pp. 191-202.

ventajas comparativas del arbitraje institucional en todos los aspectos – reglamentario, procedimental, organizativo, administrativo y supervisor–, son superiores al arbitraje *Ad-hoc*¹²¹.

Por otra parte, PARK¹²² sostiene que los arbitrajes *ad hoc*, a pesar de presentar diversas virtudes, como las que ya anotamos precedentemente, y otras como la de permitir a los árbitros adecuar normas discrecionales dentro del proceso donde el único límite que se les presenta es el respeto al debido proceso, el referido autor sostiene que debe haber una base común, y reglas claras en el manejo del arbitraje y esto se hace imprescindible en cualquier campo del arbitraje, desde el arbitraje comercial internacional hasta el arbitraje administrativo, en tanto que las reglas procesales deban ser claras para las partes, de ello y reflejando su intención de reglas predecibles las cuales pueden ser dadas a través de una institución arbitral aboga por un arbitraje institucional.

Sin embargo, también se pronuncia justamente por el mecanismo procesal regulado en las instituciones arbitrales al afirmar que “las instituciones arbitrales deberían considerar con mayor seriedad el adoptar normas con protocolos procesales más precisos, que sirvan de marco estándar para la forma en que se debe conducir el arbitraje. Estos reglamentos deben tomar en cuenta, de manera explícita, cuestiones como la publicación de pruebas — discovery—, los privilegios, el testimonio de los testigos, el orden de los

¹²¹ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Op. Cit.*, p. 262.

¹²² PARK, William W. “La naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 2, Enero-Junio, 2005, Ed. Legis, pp. 11 y ss.

memoriales, el momento de realización de las audiencias, la carga de la prueba y la duración de los testimonios verbales. Expectativas poco reales son resentimientos que se espera que ocurran. El arbitraje no es una excepción. Cuando el árbitro adopta un modelo de justicia procesal diferente al esperado por las partes, puede realmente creer que su aproximación corresponde a la “forma normal de hacer las cosas”¹²³.

En nuestra opinión, como ya hemos ido alcanzando, dependerá de las necesidades de las partes, siempre es más recomendable un arbitraje institucional en vista que ofrece ventajas para ambas partes las cuales se refuerzan en la confianza vertida en una institución.

Por otra parte, en un arbitraje *Ad-hoc*, la libertad que otorga a las partes y al árbitro puede permitir sin duda una gran flexibilidad y ello permitiría también una mayor rapidez en el desenvolvimiento del proceso arbitral; sin embargo creemos que ello solo se evidencia en la confianza que ambas partes tengan sobre el árbitro, de lo contrario dicha flexibilidad se transformará en un proceso lento, engorroso y complicado.

¿Qué sucede si las partes no establecen que tipo de arbitraje se llevará a cabo? En este supuesto el artículo 216º en su segundo párrafo del RLCE ha contemplado que “si el convenio arbitral incluido en el contrato no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un

¹²³ *Ibidem.*

arbitraje *Ad hoc*. El arbitraje *Ad hoc* será regulado por las Directivas sobre la materia que para el efecto emita el OSCE”.

Resulta claro del contenido de la norma glosada que el arbitraje *Ad hoc* resulta una opción *default*, en caso que las partes no han decidido acerca del tipo de arbitraje se entenderá que es un arbitraje *Ad Hoc*, el sentido y sustento de esta norma se basa en la autonomía de las partes para decidir acerca de las reglas del proceso y procedimiento del arbitraje, a lo cual solamente el OSCE puede dar algunas Directivas que sirvan para manejar el proceso.

3. LA AUTONOMÍA EN EL ARBITRAJE

3.1. La autonomía del arbitraje frente al contrato

Un segundo nivel de aproximación del arbitraje es referente de su autonomía frente al contrato celebrado por las partes¹²⁴, en este punto de análisis, conviene precisar a qué nos referimos a que el convenio arbitral es autónomo e independiente del contrato, más aún la interpretación del mismo se realiza de forma separada.

¹²⁴ FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. *“International Commercial Arbitration”*. Eds. GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE. Kluwer Law International, 1999, p. 198. What is traditionally meant by the autonomy of the arbitration agreement is its autonomy from the main contract in which it is found or to which it relates. Common Law authors, long reluctant to accept the principle of autonomy, tend to refer to it as the principle of “severability” or “separability”. Some authors with a civil law background have also suggested that common law terminology such as the “separability”, “independence” or “detachment” of the arbitration agreement should be preferred when referring to the traditional meaning of autonomy, so as to avoid any confusion with its second, more recent and more controversial meaning. However, at least in continental Europe, the practice of referring to the principle of autonomy to denote the rule whereby the fate of the arbitration agreement is dissociated from that of the main contract is so firmly established that it would be unhelpful to change the accepted terminology merely for the purposes of avoiding the risk of such confusion.

Para esto, se han desarrollado dos teorías recogidas en nuestra legislación, tanto la doctrina de la separabilidad y el principio Kompetenz - Kompetenz, teniendo ambas teorías la función de proteger la jurisdicción arbitral y la autonomía del proceso arbitral de cualquier interferencia del Poder Judicial.

Ahora, debemos tener cuidado y diferenciar entre la autonomía de la cláusula arbitral frente al contrato y también frente al principio *kompetenz-kompetenz*¹²⁵, conviene en este punto citar el artículo 41° de la Ley de Arbitraje. Así el mencionado artículo en el inciso 1 regula sobre el principio *Kompetenz-Kompetenz*, el cual citamos a continuación:

Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

¹²⁵ De acuerdo con Guillermo Sánchez es conveniente hacer referencia al principio competencia-competencia en lugar de la mención al Kompetenz-kompetenz. Esta precisión se sustenta en el hecho que en la doctrina alemana el principio Kompetenz-Kompetenz tiene un cariz diferente. Según esta corriente doctrinaria es el árbitro quien puede decidir sobre su competencia de manera definitiva, sólo si las partes del arbitraje le han conferido dicho poder. En este sentido, la intervención de la jurisdicción estatal se limita a ratificar la interpretación dada por el árbitro a la cláusula compromisoria, a fin de establecer si las partes habían otorgado dicha competencia con esos alcances. V.F-E., Klein, "Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international". En: *Revue de l'arbitrage*, 1961, p. 56. Citado por: SANCHEZ BRAVO, Guillermo. "La eficacia del arbitraje internacional y el nebuloso control judicial de los convenios arbitrales en el Perú, ¿quién controla al controlador?". En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 4 (2007), p. 344.

Por su parte, el inciso 2, del citado artículo regula el principio de separabilidad, en los siguientes términos:

2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.

A continuación analizaremos estos dos principios relativos al convenio arbitral, los cuales serán base de nuestro marco teórico hasta ahora expuesto. Asimismo, conviene mencionar que no procederemos a analizar el principio de no interferencia judicial de forma independiente, dado que lo consideramos como expresión del efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*.

3.2. El principio *Kompetenz-Kompetenz*

3.2.1. Concepto y regulación

La Ley que norma el arbitraje, regula el principio *Kompetenz Kompetenz*¹²⁶, en el artículo 41º, inciso 1, el cual indica que:

¹²⁶ La expresión *Kompetenz-Kompetenz* producto de la jurisprudencia alemana, actualmente reconocida a nivel mundial en diversas legislaciones, no ha escapado de ciertas críticas hechas por la propia doctrina alemana sobre el referido principio, así, por ejemplo, se ha dicho que: “una decisión del *Bundesgerichtshof* que fue interpretada en este sentido hizo esta expresión famosa en el mundo entero. (...) No importa si esta interpretación fue acertada o no, el caso es que los autores están generalmente de acuerdo en que la

“El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales”.

De acuerdo, con CARBONNEAU “la doctrina *Kompetenz-Kompetenz*, también conocido como *compétence sur la compétence* o competente para pronunciarse sobre los problemas de competencia, dispone que el tribunal arbitral tenga la autoridad para decidir sobre cuestiones que guarden relación con el principio o el alcance de su jurisdicción. En otras palabras, la autoridad del árbitro para decidir acerca de los problemas de competencia se extiende a cuestiones relativas a la validez del acuerdo de arbitraje (el principio de su autoridad para juzgar) y de los asuntos relacionados con la interpretación de la cobertura o alcance del acuerdo de arbitraje (el alcance de autoridad jurisdiccional previstas en el acuerdo). El tribunal arbitral, por lo tanto, tiene la facultad de pronunciarse sobre las denuncias de que hay una falla en el contrato principal que afecta a la validez de la cláusula arbitral. El tribunal también puede decidir que las demandas de la controversia en cuestión no están cubiertas por la cláusula de arbitraje. Los fallos del tribunal sobre las cuestiones jurisdiccionales están sujetos a control judicial, ya sea en el

“*Kompetenz-Kompetenz*” no existe según la nueva Ley. (...) Los árbitros solamente tienen el Derecho a decidir sobre una excepción a su competencia como cuestión previa y proseguir luego sus actuaciones. La última decisión sobre la existencia y la validez del convenio arbitral será tomada por el juez estatal”. LEIBLÉ, Stefan y Matthias LEHMANN. “El arbitraje en Alemania”. En: *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*. BARONA VILAR, Silvia (Dir). Thomson Civitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, pp. 162 y ss.

momento de su pronunciamiento (dictada en la forma de un laudo provisional) o en la fase de ejecución del proceso (como parte del laudo definitivo)”¹²⁷.

En virtud del principio *Kompetenz-Kompetenz* corresponderá al árbitro o al tribunal arbitral decidir acerca de su propia competencia para resolver el conflicto originado entre las partes, en este sentido, si bien es posible que el árbitro o el tribunal arbitral pueden decidir acerca de su competencia y alcance del convenio arbitral, también es cierto que el propio tribunal arbitral o el árbitro en su caso determinen su incompetencia para dirimir un caso en particular.

Este principio nace a raíz de la recurrente intersección entre el Poder Judicial y el arbitraje las cuales no ha ido a menos, con frecuencia se presentan casos donde a pesar de haberse pactado una cláusula arbitral, las partes o una de ellas recurre al Poder Judicial por razones de estrategia a fin de dilatar el proceso de resolución del mismo, con intenciones muchas veces de que sea el mismo Poder Judicial quien resuelva el litigio¹²⁸. Es por ello, que una de las

¹²⁷ Traducción libre del siguiente texto: “*The Kompetenz-Kompetenz doctrine, also know as compétence sur la compétence or jurisdiction to rule on jurisdictional challenges, provides that the arbitral has the authority to rule on questions pertaining to the principle or scope of its jurisdiction. Otherwise stated, the arbitrator’s authority to rule on jurisdictional challenges extends to matters involving the validity of the agreement to arbitrate (the principle of their authority to adjudicate) and to matters involving the interpretation of the coverage or range of the agreement to arbitrate (the scope of adjudicatory authority provided by the agreement). The arbitral tribunal, therefore, has the power to rule on allegations that there is a flaw in the main contract that affects the validity of the arbitral clause. The tribunal also can decide claims that the dispute in question is not covered by the arbitral clause. The tribunal’s rulings on jurisdictional matters are subject to judicial scrutiny either at the time of pronouncement (rendered in the form of an interim award) or at the enforcement stage of the process (as part of the final award).*” CARBONNEAU, Thomas E. “*Cases and Materials on Commercial Arbitration*”. Volume One of the Adams&Reese legal Series, Juris Publishing, 1997, p. 20.

¹²⁸ Cfr. ARRARTE ARISNABARRETA Ana María “Apuntes sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales y su Eficacia a Propósito de la Intervención Judicial”. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa: Arbitraje y Empresa*, Vol. 56. Lima, 2003. pp. 126, de la misma autora puede revisarse también: “De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites a su actuación”. En: *Themis, Revista de Derecho*, Lima 2007, pp. 91-106.

partes, al alegar, por ejemplo, la nulidad del contrato, pide también la nulidad del convenio arbitral. En ese sentido, el principio *Kompetenz-Kompetenz*, responde a la necesidad de que sea el propio árbitro quien decida su propia competencia y no el Juez, a fin de dilucidar el conflicto sometido al arbitraje¹²⁹.

En Inglaterra, por ejemplo, también es aceptado que sea el tribunal arbitral quien decida sobre su propia competencia, no obstante las Cortes Judiciales tienen la posibilidad de revocar esa decisión¹³⁰. Así en el caso *Christopher Brown v. Genossenschaft Oesterreichischer Waldbesitzer*¹³¹ la Suprema Corte indicó que:

“It is not the law that arbitrators, if their jurisdiction is challenged or questioned, are bound immediately to refuse to act until their jurisdiction has been determined by some Court which has power to determine it finally. Nor is the law that they are bound to go on without investigating the merits of the challenge and to determine the matter in dispute, leaving the question of their jurisdiction to be held over until it is determined by some court which had power to determine it. They might then be merely wasting their time and everybody else’s. They are not obliged to take either of those

MADRID HORNA, Víctor. “Sobre la Intervención de los Órganos Jurisdiccionales en los Procesos Arbitrales: El caso de las medidas cautelares reguladas por la Ley General de Arbitraje”. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa: Arbitraje y Empresa*, Vol. 56. Lima 2003, pp. 176-178. RIVERA, Julio César. “Interferencias judiciales en el arbitraje”. En: *La Ley*. Tomo 2006-F, pp. 1462-1482.

¹²⁹ En sede constitucional se indicó que “la suma importancia práctica que reviste dicho principio, [kompetenz-kompetenz] a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o de la competencia de los árbitros sobre una determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial” STC, Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, Fundamento 13.

¹³⁰ JALILI, Mahir. “Kompetenz-Kompetenz: Recent U.S. and U.K. Developments”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, No. 4, 1996, pág. 169.

¹³¹ *Christopher Brown Ltd v. Genossenschaft Oesterreichischer Waldbesitzer Holzwirtschaftsbetriebe Registrierte GmbH* [1954] 1 Q.B. 12, 13.

courses. They are entitled to enquire into the merits of the issue whether they have jurisdiction or not, not for the purpose of reaching any conclusion which will be binding upon the parties –because they cannot do so- but for the purpose of satisfying themselves as a preliminary matter about whether they ought to go with the arbitration or not”.

Como es de notarse, el principio *Kompetenz-Kompetenz*, no debería presentar algún problema en su aplicación. Sin embargo, como toda norma legal, ésta es sujeta a las interpretaciones que puedan hacer de ella los árbitros, y sobretodo los jueces.

En efecto, el principio *Kompetenz-Kompetenz* ha ido teniendo algunos matices, dados por la doctrina y la jurisprudencia. En esencia, en sus orígenes, la escuela alemana consideraba que correspondía *únicamente* al árbitro decidir acerca de su propia competencia. Posteriormente, la escuela francesa –y la que actualmente tiene mayores adeptos- estima que el árbitro decide sobre su competencia, pero es el juez quien en una segunda oportunidad decidirá¹³².

Ahora bien, el problema central del principio *kompetenz-kompetenz* ha sido a lo relativo de la competencia del propio árbitro de decidir su competencia en caso se solicite la nulidad del propio convenio arbitral¹³³. Dado que la propia

¹³² GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “*Kompetenz – Kompetenz a la mexicana: Crónica de una muerte anunciada*”, En: www.gdca.com.mx, p. 11.

¹³³ En Latinoamérica, algunos países, han tenido resistencia, mas que en la aplicación, en el entendimiento de esta figura. El caso extremo es el panameño, en donde la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en el Fallo N° 055-2000, emitido el 13 de diciembre del 2001, declaró inconstitucional los párrafos 1 y 3 del artículo 17 del Decreto Ley N° 5, norma que regula el arbitraje, mediación y conciliación. El citado artículo en dichos párrafos disponía que: “El tribunal arbitral deberá decidir, de oficio o a petición de parte, acerca de su propia competencia y del ámbito a que ésta se extienda, incluso pronunciándose sobre la validez, inexistencia o ineficacia del convenio arbitral. (...) El tribunal arbitral decidirá las cuestiones sobre su competencia, en una decisión de carácter previo, que se hará en el plazo máximo de un mes a partir de su constitución, sin perjuicio de su reproducción en el laudo. La

convención de Nueva York hace alusión, a que quien debería resolver dicha nulidad debería ser el Juez. Esto se desprende del artículo II apartado 3, que establece que:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable” (subrayado nuestro).

Lo cual, aparentemente, a través de la Convención tendríamos que si el convenio arbitral es nulo, tendría que ser revisado por el Juez y no por el árbitro.

Esto ha hecho, que algunos países, como México, tengan dentro de su regulación un dispositivo similar¹³⁴ -y lo peculiar en el caso mexicano, es que tienen adicionalmente otro artículo dentro del mismo Código de Comercio, que

decisión sobre la competencia podrá ser impugnada por las partes, con motivo del recurso de anulación, o en el trámite de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, según proceda”. La Corte llegó al razonamiento, que esta disposición contrariaba el artículo 32 de la Constitución, violando el reconocimiento dado al debido proceso, garantía de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial. Somos de opinión, que dicho fallo, es equivocado al no comprender los alcances del principio *kompetenz-kompetenz*. En el mismo sentido se pronuncia SILVA ROMERO, Eduardo. “Breves observaciones sobre el principio “Kompetenz-Kompetenz”. En: “*El contrato de Arbitraje*”. Universidad del Rosario, Ed. Legis, 2005, pp. 583-584.

¹³⁴ Así, el Código de Comercio de México, en su artículo 1424, establece que: “El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible (...)”.

regula una situación distinta¹³⁵-. Esto ha generado cierta confusión en la jurisprudencia, donde ha adoptado diversos criterios sobre el tema.

El primero de estos criterios, es la interpretación y asimilación que a quien compete analizar si el convenio arbitral es nulo o no corresponde al Juez, así por ejemplo la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que:

ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1,424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL. La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí, que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1,432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aún sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla cuando, en términos del artículo 1,424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de

¹³⁵ El Código de Comercio mexicano establece en su artículo 1432 que: "El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje (...)".

manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1,424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva¹³⁶.

Pero, esta sentencia, confunde –como bien hace notar PEREZNIETO¹³⁷- al asimilar el convenio arbitral con el propio contrato, al no considerarlos como dos convenios distintos. Así, la nulidad del contrato conllevaría la nulidad del convenio arbitral y por lo tanto la competencia de los árbitros a dirimir la controversia. Esta situación evidentemente afecta el espíritu del principio *kompetenz kompetenz*.

En esencia, los problemas relativos de la nulidad del contrato (y su extensión al convenio arbitral) son resueltos a través del principio de separabilidad, mientras que si los problemas son relativos a la nulidad del convenio arbitral en sí mismo, es el principio *Kompetenz Kompetenz* donde adquiere una particular importancia¹³⁸.

¹³⁶ Contradicción de Tesis 51/2005-PS. Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de tres votos de los Señores Ministros: José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza (Ponente). Votó en contra la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas y el Presidente José Ramón Cossío Díaz, quienes manifestaron un voto de minoría.

¹³⁷ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y James A. GRAHAM. “El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana”. En: *Limaarbitration*, N° 2, 2007, pp. 243-244.

¹³⁸ TALERO RUEDA, Santiago. “La eficacia del pacto arbitral en los negocios internacionales. Alcances del Artículo II.3 de la Convención de Nueva York”. En: *Revista de Derecho* N° 38, Universidad de los Andes, Junio de 2007, p. 8.

En sí, la nulidad del propio convenio arbitral, debe ser observado por el árbitro, en nuestra legislación lo establece de esa manera, siguiendo el modelo que plantea la Ley Modelo Uncitral, salvo que el convenio arbitral sea *manifiestamente nulo*¹³⁹.

No obstante, a pesar que nuestra legislación es clara al respecto, a nivel jurisprudencial es donde se evidencia los problemas sobre el principio *kompetenz-kompetenz*.

Así por ejemplo, en el caso llevado entre *Algodones Tangüis SA v. Banco Latino*¹⁴⁰, la empresa Algodones Tangüis había autorizado al Banco Latino (acreedor hipotecario) a que contrate a su favor un contrato de seguro. A su vez, Banco Latino celebró un contrato de seguro con Sul América Compañía de Seguros (contrato de adhesión que incluía una cláusula arbitral). Sobre esto, la empresa Tangüis, demandó tanto a su acreedor hipotecario como a la empresa de seguros, la nulidad de la póliza de seguro en tanto que no había dado poder suficiente a Banco Latino a que celebre un contrato a su favor que contenga una cláusula arbitral.

¹³⁹ Así, por ejemplo, el artículo 16.3 de la Ley de Arbitraje establece que “la excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo” (subrayado nuestro). Sobre el mismo puede revisarse: POZNANSKI, Bernard G., “The Nature and Extent of an Arbitrator’s Powers in International Commercial Arbitration”. En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 4, N° 3, 1987, pp. 100-101.

¹⁴⁰ *Vid.* Casación N° 1085-2001-Lima. Emitido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Publicado en: DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Arbitraje: Principios, convenio arbitral y nulidad del laudo arbitral”. Lima: Caballero Bustamante, 2011, pp. 170-171.

Sobre esto, a pesar que las dos primeras instancias fallaron a favor de la excepción del convenio arbitral deducidas por los demandados, no obstante la Corte Suprema tuvo otra impresión y señaló que:

“[R]esulta incongruente y prematuro que las instancias de mérito se hayan pronunciado sobre la cláusula que contiene el convenio arbitral, mediante la cual las partes pactan que la discrepancia derivada del contrato que vincula a las partes sea resuelto por un arbitraje, ya que precisamente lo que se persigue con la pretensión principal es la declaración de nulidad de la cláusula que contiene dicho pacto arbitral, llegando incluso, el Colegiado, al absurdo de señalar en su segundo considerando que no existe declaración de nulidad de la referida cláusula, cuando en realidad la pretensión incoada tiene ese propósito, e ignorando el contenido normativo del artículo 1398 del Código Sustantivo aplicable al caso de autos por razones de temporalidad”¹⁴¹.

Como podemos observar, la resolución rompe abiertamente el principio *kompetenz kompetenz*, en donde a pesar que se pida la nulidad del propio convenio arbitral, corresponde a los árbitros dirimir la misma, y no el Juez, salvo que el convenio arbitral resulte manifiestamente nulo.

3.2.2.El efecto positivo y negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz*

El principio *Kompetenz Kompetenz* tiene, además, un doble efecto. Por un lado, tiene un efecto positivo, por el cual se concede al árbitro o al tribunal arbitral la facultad de decidir sobre su propia competencia; mientras que por

¹⁴¹ Casación N° 1085-2001-Lima. Considerando tercero.

otro lado, tiene un efecto negativo, el cual consiste en evitar que los jueces o tribunales decidan primero sobre la competencia de los árbitros, es decir, establece una prioridad en el tiempo en que primero son los árbitros en decidir sobre su propia competencia, y corresponderá, por otra parte, un control posterior a cargo de los tribunales¹⁴².

Pero cabe referir que este principio cobró mayor fuerza en Latinoamérica en virtud de la adopción de la Ley Modelo, tal como refiere CONEJERO “el principio *kompetenz-kompetenz* tiene un reconocimiento expreso en las normas que han seguido de cerca la Ley Modelo. Como resultado de lo anterior, los árbitros aparecen investidos de una poderosa herramienta para controlar los procesos desde su inicio. Con ello se evita que la solución de las cuestiones recién señaladas produzca dilaciones en el proceso arbitral como consecuencia de la intervención de los tribunales nacionales”¹⁴³.

Quizás, es más conveniente tratar el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz*, que el efectivo positivo, dado que es en el primero donde más controversias se han generado en la práctica arbitral¹⁴⁴.

En principio la Constitución, reconoce en el artículo 139 inciso 2 que “ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano

¹⁴² FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. *Op. cit.*, p. 401.

¹⁴³ CONEJERO ROOS, Cristian. “Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 4. Enero-Junio 2006, Bogotá, Ed. Legis, p. 54.

¹⁴⁴ *Cfr. Companhia Paranaense de Energia v. UEG Araucária Ltda.* 15 de marzo del 2004, Juez Josély Dittrich. Juzgado Tercero de finanzas públicas de Curitiba.

jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”. Este avocamiento indebido recogido en la Constitución, define la prohibición de cualquier autoridad avocarse¹⁴⁵ a otro proceso o causa que se encuentra en competencia de un órgano jurisdiccional.

Este principio es conocido como el principio de no-interferencia¹⁴⁶, el cual particularmente ha sido fundamental para reconciliar la relación entre árbitros y jueces, sobretodo la tensión generada por la interferencia del Poder Judicial en procesos arbitrales. Sobre el mismo el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de señalar que:

“El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones [...]”¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Sobre el avocamiento indebido el Tribunal Constitucional ha referido que “la figura del avocamiento supone, por su propia naturaleza, que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa y, en su lugar, el proceso se resuelva por una autoridad distinta, cualquiera sea su clase”. Exp. N° 1091-2002-HC/TC.

¹⁴⁶ Cfr. LANDA ARROYO, César. “El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Themis. Revista de Derecho*. Segunda Época, N° 53, 2007, p. 36. ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. “El Arbitraje y su aparente collision con algunos principios y derechos de la función jurisdiccional”. En: *Compilación de Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*, Vol. 6. Biblioteca Castillo Freyre, Palestra Editores, pp. 97-99.

¹⁴⁷ Expediente N° 6167-2005-PHC/TC. Caso Cantuarias Salaverry, fs. 12.

Como adelantamos, consideramos que el principio de no-interferencia es la expresión del efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*, el cual tiene como contrapartida que una Corte que se enfrenta a la cuestión de la existencia o validez del acuerdo de arbitraje deberá abstenerse de escuchar los argumentos de fondo en materia de competencia de los árbitros hasta que ellos mismos tengan la oportunidad de hacerlo¹⁴⁸.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional en el caso Cantuarias, dejó claramente establecido que la intervención judicial se produce en un momento *ex post*, restringiendo la posibilidad de la intervención judicial en procesos arbitrales:

Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje¹⁴⁹.

Este doble control, el cual es explicado por HERRMANN, a través de su “teoría de los disparos”¹⁵⁰ en donde el primer disparo (*first shot*) -para conocer

¹⁴⁸ GAILLARD, Emmanuel y Yas BANIFATEMI. “Negative effect of Competence-Competence: The rule of priority in favour of the arbitrators”. En: *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*. GAILLARD, Emmanuel y Domenico DI PIETRO (Eds.). Ed. Cameron May, 2008, pp. 259-260.

¹⁴⁹ Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, Fj. 12.

¹⁵⁰ HERRMANN, Gerald. “The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and its Recognition by the Courts”. En: *ICCA Bahrain Arbitration Conference*, 1993, Kluwer Law and Taxation Publishers, p. 48. No obstante, coincidimos con GONZÁLEZ DE COSSÍO cuando refiere que en realidad la “teoría de los disparos” se debe a una mala traducción del

la validez del convenio arbitral- le corresponde al árbitro; mientras que el segundo disparo (*second shot*) al Juez.

Esta interrelación entre el árbitro y el Juez es complementaria y debe seguirse en orden, corresponderá al árbitro decidir en un primer momento resolver el fondo de la controversia, e incluso el Juez tendrá la obligación de remitir a arbitraje en caso alguna de las partes haya puesto en conocimiento ante él la causa. Luego que el árbitro emita un laudo, corresponderá al Juez analizar la nulidad cuando corresponda o bien su ejecución.

Con ello, debe quedar claro que la misión de los tribunales es la de mantener la eficacia del arbitraje transfronterizo y salvaguardar su legitimidad mediante la corrección de los abusos fundamentales¹⁵¹.

3.3. La Doctrina de la Separabilidad

3.3.1. Concepto

En base a la doctrina de la separabilidad tenemos que el acuerdo o convenio arbitral contenido en un contrato es separable¹⁵² de éste, es decir

término *shot*, que en estricto significa “disparo”, pero coloquialmente significa “oportunidad”. Es ésta última la acepción correcta para significar que son los jueces quienes tienen en una segunda oportunidad la opción de revisar la validez del convenio arbitral. Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “*El principio compétence-compétence, revisitado*”, p. 22. En: www.qdca.com.mx.

¹⁵¹ CARBONNEAU, Thomas E. “At the crossroads of legitimacy and arbitral autonomy”. En: *Bepress Legal Series*, Paper 1139, 2006, p. 15.

¹⁵² Sobre la separabilidad preferimos no usar el término “independiente” dado que dicho término puede plantear algunos inconvenientes y confusiones sobre el tratamiento de la transmisión del convenio arbitral.

tiene un tratamiento distinto del resto de cláusulas que el contrato contiene, de tal manera que la invalidez o nulidad del contrato no implica que la cláusula arbitral conlleva también la invalidez o nulidad de la misma. Ello trae como consecuencia inmediata que, corresponde al árbitro o tribunal arbitral -y no al juez- tener la facultad para determinar incluso la validez del contrato que contiene la cláusula arbitral.

En virtud de ello, podemos considerar al convenio arbitral como un contrato inserto en otro contrato. Lo cual justifica que en caso una de las partes, alegara la nulidad del contrato que posee la cláusula arbitral, éste no debería extenderse a dicha cláusula, con lo cual, corresponde al árbitro y no al juez determinar la nulidad de dicho contrato. A efectos de evitar las dilaciones judiciales por tratar de evitar el arbitraje.

De acuerdo con CARBONNEAU la finalidad de la doctrina de la separabilidad es contrarrestar estas prácticas dilatorias (haciendo entender a la dilación del Poder Judicial). Como el nombre sugiere, la separabilidad dispone que el acuerdo de arbitraje sea separable e independiente del contrato principal. Por lo tanto, las alegaciones de nulidad contractual contra el contrato principal no necesariamente afectará a la validez también lleva directamente a la cláusula arbitral. De lo contrario, la referencia al arbitraje sigue en vigor. La crítica a los centros de investigación entonces va en determinar si la Corte o el tribunal arbitral deben decidir si el argumento de invalidez alcanzó el acuerdo de arbitraje. En esta coyuntura, la doctrina de la separabilidad, trabaja junto con el

principio *kompetenz - kompetenz*¹⁵³. A ello, podemos decir, que tanto el principio *kompetenz - kompetenz*, como el principio de separabilidad responden a una misma pregunta pero desde dos enfoques distintos: quién determina la competencia del árbitro.

3.3.2. Prima Paint Corp. V. Flood & Conklin Mfg. Co

En Estados Unidos, los casos más representativos son el establecido por la Corte Suprema de Estados Unidos en el año 1967 en el caso *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*¹⁵⁴, el cual podría considerarse como el primer caso en Estados Unidos en aplicar la doctrina de la separabilidad¹⁵⁵.

En este caso tenemos que la empresa *Flood & Conklin Mfg. Co.*, dedicada al negocio de las pinturas, había vendido su negocio a *Prima Paint*,

¹⁵³ Traducción libre del siguiente texto: "The separability doctrine was introduced to counter these dilatory practices. As the name suggest, separability provides that the agreement to arbitrate is separable from and independent of the main contract. Therefore, allegations of contractual invalidity made against the main contract do not necessarily affect the validity also bears directly upon the arbitral clause. Otherwise, the reference to arbitration remains in effect. The critical inquiry then centers upon whether a court or the arbitral tribunal would decide whether the alleged invalidity reached the arbitration agreement. At this juncture, the separability doctrine works in tandem with *kompetenz - kompetenz*". CARBONNEAU, Thomas E. "Cases and Materials on Commercial Arbitration". *Op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁴ *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.* 338 U.S. 395 (1967). Disponible en: <http://supreme.justia.com/us/388/395/case.html>.

¹⁵⁵ Cabe precisar, que existen otros casos a nivel internacional, donde también se aplicó la doctrina de la separabilidad, por ejemplo en Japón a través del caso *Kokusai Kinzoku Kogyo K. K. v. Guard-Life Corp.*, 29 Minshu 1061 (Sup. Ct., Julio 15, 1975); IV Year Book Commercial Arbitration 122, 1979. En Alemania, en lo resuelto por *Landgericht Hamburg*, (16 de marzo de 1997), en el caso *Italian company v. Geerman (F.R.) firm*, III Year Book Commercial Arbitration 274, 1978. Y en Italia, la *Corte di Appello* de Venecia resolvió en el caso *Carapelli v. Ditta Otello Mantovani*, VII Year Book Commercial Arbitration 340, 1982. La *Corte di Appello* de Bologna en *SpA Coveme v. Compagnie Francaise des Isolants S.A.* XVIII Year Book Commercial Arbitration, 422, 1993. Cfr. FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. "International Commercial Arbitration". Eds. GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE. Kluwer Law International, 1999, p. 204.

vendiéndole también su cartera de clientes, con la promesa de no vender pintura a dichos clientes por un periodo de seis años, asimismo hicieron un contrato de asesoramiento por el mismo plazo a *Prima Paint*, éste último acuerdo contenía una cláusula arbitral.

Posteriormente, la empresa *Prima Paint* no efectuó los pagos previstos en el acuerdo de consultoría, ya que sostuvo que *Flood & Conklin Mfg. Co* se había presentado fraudulentamente como una empresa solvente y capaz de realizar su contrato, pero, en realidad, era insolvente e incluso era muy probable que se presentara en quiebra poco después de la ejecución de su acuerdo de consultoría.

Así, *Flood & Conklin Mfg. Co* remitió una notificación a *Prima Paint* de su intención de someter el conflicto a arbitraje. Paralelamente a esto, *Prima Paint* demandó ante el Tribunal Federal la rescisión del contrato de consultoría y por consiguiente la nulidad del convenio arbitral. Con esto, *Flood & Conklin Mfg. Co.* demandó a *Prima Paint* ante el Tribunal Federal la rescisión del contrato de consultoría, como también la nulidad del convenio arbitral.

En este caso la Corte falló en contra de *Flood & Conklin Mfg. Co.*, el Tribunal no rechazó el argumento de que esta empresa actuó de forma fraudulenta para firmar el acuerdo de consultoría. La Corte no abordó este argumento. De hecho, el Tribunal de Justicia declaró que ningún tribunal debería abordar este argumento sino el árbitro.

En su oportunidad, la Corte Suprema Federal confirmó el pronunciamiento de los anteriores tribunales en base al artículo 4 de la Ley Federal de Arbitraje¹⁵⁶. En ese sentido, la Corte ordenó el arbitraje siempre que se solicite el inicio o ejecución del mismo, en tanto que el convenio arbitral no se halle en discusión, la invalidez del contrato no puede afectar la cláusula arbitral.

3.3.3. First Option of Chicago, Inc. v. Manuel Kaplan y MK Investments, Inc.

Probablemente uno de los mayores casos comentados en la doctrina americana¹⁵⁷ es el relativo al caso *First Option of Chicago, Inc. v. Manuel*

¹⁵⁶ **Federal Arbitration Act**

Section 4. Failure to arbitrate under agreement; petition to United States court having jurisdiction for order to compel arbitration; notice and service thereof; hearing and determination

A party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States district court which, save for such agreement, would have jurisdiction under Title 28, in a civil action or in admiralty of the subject matter of a suit arising out of the controversy between the parties, for an order directing that such arbitration proceed in the manner provided for in such agreement. Five days' notice in writing of such application shall be served upon the party in default. Service thereof shall be made in the manner provided by the Federal Rules of Civil Procedure. The court shall hear the parties, and upon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement. The hearing and proceedings, under such agreement, shall be within the district in which the petition for an order directing such arbitration is filed. If the making of the arbitration agreement or the failure, neglect, or refusal to perform the same be in issue, the court shall proceed summarily to the trial thereof. If no jury trial be demanded by the party alleged to be in default, or if the matter in dispute is within admiralty jurisdiction, the court shall hear and determine such issue. Where such an issue is raised, the party alleged to be in default may, except in cases of admiralty, on or before the return day of the notice of application, demand a jury trial of such issue, and upon such demand the court shall make an order referring the issue or issues to a jury in the manner provided by the Federal Rules of Civil Procedure, or may specially call a jury for that purpose. If the jury find that no agreement in writing for arbitration was made or that there is no default in proceeding thereunder, the proceeding shall be dismissed. If the jury find that an agreement for arbitration was made in writing and that there is a default in proceeding thereunder, the court shall make an order summarily directing the parties to proceed with the arbitration in accordance with the terms thereof.

¹⁵⁷ *Vid.* BARCELÓ III, John J. "Who decides the arbitrators' jurisdiction? Separability and Competence-Competence in transnational perspective". En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, pp. 1115 y ss. REISBERG, Steven H. "The rules governing who decides

*Kaplan y MK Investments, Inc.*¹⁵⁸, y ello se debe principalmente a que la Corte Suprema de Estados Unidos, estaba sembrando con esta resolución un peligro potencial para el arbitraje al cambiar las reglas que habían sido establecidas en el caso *Prima Paint*, así también ponía en tema de debate lo que debía entenderse por arbitrabilidad.

En este arbitraje, *First Option of Chicago, Inc.* era una empresa que cotizaba en la Bolsa de Filadelfia. El señor Kaplan, su esposa, eran dueños de *MK Investments, Inc.* (MKI), empresa dedicada a hacer inversiones. Todos ellos tenían una cuenta de operaciones (*trading account*) con *First Option*, y como consecuencia de la caída de la bolsa en octubre de 1987, los Kaplan incurrieron en un déficit comercial sustancial dejando una deuda con *First Option*. En un esfuerzo por resolver la deuda, las partes firmaron una serie de acuerdos. El señor Kaplan, como el presidente y accionista único de MKI, firmaron un acuerdo que contenía una cláusula de arbitraje en representación de una MKI. Kaplan, a título individual, había firmado un acuerdo adicional que no contenía una cláusula de arbitraje. La disputa se refería al cumplimiento del acuerdo de "entrenamiento" (*workout agreement*) para poder responder por las deudas que MKI y los Kaplan tenían frente a *First Option*.

Ante la pérdida adicional de MKI de \$.1,5 millones, *First Option* tomó el control de ciertos activos y liquidó MKI, exigió el pago inmediato de la totalidad

jurisdictional issues: *First options v. Kaplan revisited*". En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 20 N° 2, pp. 159 y ss. PARK, William W. "Arbitral jurisdiction in the United States: Who decides what?". En: *International American Law Review*, 2008, pp. 33 y ss. DULIC, Adrianna "First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan and the Kompetenz-Kompetenz Principle". En: *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. Vol. 2: Iss. 1, Article 3, 2002, pp. 77 y ss.

¹⁵⁸ *First Options of Chicago v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 943 (1995).

de la deuda de MKI, e insistió en que el señor Kaplan pague personalmente cualquier deficiencia. Cuando sus demandas no se cumplieron, *First Option* solicitó un arbitraje. MKI aceptó el arbitraje, pero el señor Kaplan, quien no había firmado personalmente el documento que contenía la cláusula de arbitraje, negó que la disputa sea arbitrable.

El tribunal arbitral, por su parte, decidió que tenían la facultad de decidir sobre los méritos de la controversia entre las partes, y lo hizo a favor de *First Option*. Los Kaplan, apelaron y solicitaron a la Corte Federal de Distrito para anular el laudo arbitral, mientras que *First Option* pidió su confirmación. El tribunal confirmó el laudo señalando lo siguiente:

[f]inding that Kaplan had "waived" his jurisdictional objections: "[A party who voluntarily and unreservedly submits an issue to arbitration cannot later maintain that the arbitrators acted without authority to resolve that issue". Because Kaplan, rather than "consistently maintain[ing] an objection to the arbitration panel's jurisdiction" had filed a motion expressly asking the panel to decide the jurisdictional issue and had "expressed no unwillingness to abide by the arbitrators' decision", he had thereby "manifest[ed] a clear acceptance of the arbitration panel's authority".¹⁵⁹

En la apelación, el Tribunal de Apelaciones revocó la confirmación del Tribunal de Distrito sobre la concesión del laudo, al estimar que la controversia no era arbitrable.

A ello, el Tercer Circuito determinó que:

¹⁵⁹ SCOTT RAU Alan. "The Arbitrability Question Itself". En: *The American Review of International Arbitration*. Vol. 10, Nro 3, 1999, p. 287.

[b]efore "arbitrators" could purport to take jurisdiction over Kaplan personally. It is necessary to show that Kaplan had consented to their exercise of authority (...) [that] Kaplan had maintained consistently that he had never personally consented to arbitration- and therefore, he had not 'waived' or 'surrendered' that defense, (...) [and as such the] determination that he had consented to arbitration must be made by a court.¹⁶⁰

Adicionalmente, el Tercer Circuito, aplicando un examen *de novo*, determinó que la defensa jurisdiccional de Kaplan, de hecho, fue bien fundada. En concreto, “[é]l nunca había consentido, a título individual, permitir a los árbitros determinar los méritos de la controversia”. La Corte Suprema concedió en este caso un *certiorari* para considerar quién debería tener la potestad originaria para decidir recurrir al arbitraje.

Lo peculiar de este caso, es que el Tribunal sostuvo unánimemente la cuestión de si corresponde a los tribunales arbitrales o bien a las Cortes Judiciales la potestad originaria para decidir si las partes acordaron arbitrar el fondo de la controversia depende de lo que las partes acordaron arbitrar. El tribunal de apelaciones aplicó el estándar de revisión *de novo*, sin respetar la decisión del tribunal arbitral, a menos que exista una “evidencia clara e inequívoca” de que las partes tuvieron la intención de presentar su conflicto a un tribunal arbitral, y si la intención de las partes es, efectivamente, “clara e inequívoca”, para que el tribunal arbitral decida las cuestiones de arbitrabilidad entonces la presunción de

¹⁶⁰ SCOTT RAU Alan. *Op. cit.*, p. 291.

competencia judicial sobre dicha cuestión es desestimada y deben dar pie a que sea el tribunal arbitral quien se encargue de resolver el conflicto.

Finalmente, el Tribunal consideró que la cuestión de si un tribunal arbitral o las Cortes tienen la potestad originaria para decidir si las partes acordaron arbitrar el fondo de la controversia dependerá de que cuál fue la intención de las partes cuando acordaron el arbitraje porque la asignación de funciones entre jueces y árbitros se basa en los principios del contrato.

3.3.4. Buckeye Check Cashing, Inc. v. John Cardegna et al.

Un tercer caso, está dado por el pronunciamiento de la misma Corte Suprema de Estados Unidos, el cual ha sido objeto de diversos estudios¹⁶¹, el 21 de febrero del 2006, casi cuarenta años después del caso *Prima Paint*, en *Buckeye Check Cashing, Inc. v. John Cardegna et al.*¹⁶²

En este caso, la empresa *Buckeye Check Cashing*, se dedicaba a realizar operaciones financieras de otorgamiento de préstamos inmediatos con un interés encubierto (estas operaciones son denominadas como *payday loans*). De esta forma el cliente recibe un préstamo en efectivo a cambio de tenía que

¹⁶¹ Al respecto puede revisarse SCOTT RAU, Alan. "Separability in the United States Supreme Court". En: *Public Law and Legal Theory Research Paper N° 102* The university of Texas School of Law. WARE, Stephen J. "Arbitration Law's Separability Doctrine after Buckeye Check Cashing, Inc, v. Cardegna". En: *Nevada Law Journal*, Vol. 8, 2008, pp. 107-134. DE LOTBINIERE McDougall, Andrew y Leon LOANNOU. "Separability Saved: US Supreme Court Eliminates Threat to International Arbitration". White&Case, 2006, pp. 1-4.

¹⁶² *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, 546 U.S. 440 (2006). Disponible en: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/04-1264.pdf>.

entregar de cheques personales incorporando un interés (este era, pues, un interés usuario, prohibido por las leyes de Florida). En ese sentido, el señor Cardegna junto con otros clientes demandó a dicha empresa por tratarse de préstamos usurarios prohibidos ante la Corte de Florida, mientras que *Buckeye*, solicitó que dicha demanda sea vista a través de un arbitraje en virtud de una cláusula arbitral establecida en el contrato. Por su parte, los demandantes sostuvieron que los acuerdos de cambio de cheques eran ilegales, lo que constituye un delito grave de tercer grado bajo las leyes de Florida, y eran nulos *ab initio*, lo que vicia las cláusulas de arbitraje contenidas en dichos contratos¹⁶³.

El caso resulta interesante, en vista que tuvo que pasar por cuatro instancias, todas ellas judiciales, para que finalmente sea la Corte Suprema Federal de Estados Unidos quien reenvíe el caso a los árbitros en vista que nunca se cuestionó la validez del convenio arbitral, sino el contrato de préstamo en sí mismo. De acuerdo con CAIVANO, la Corte Suprema “[c]onsideró que los precedentes de la misma Corte en “Prima Paint” y “Southland” dan respuesta a la cuestión planteada en este caso, al establecer tres proposiciones: primero, que como cuestión regida por la legislación federal sobre arbitraje, la cláusula arbitral es separable del resto del contrato; segundo, que a menos que el cuestionamiento sea dirigido específicamente a la validez de la cláusula, la validez del contrato debe ser juzgada por los árbitros en

¹⁶³ SHEPPARD, Ben H. Jr. “The moth, the light and the United States’ Severability Doctrine. The Decision of the Supreme Court in *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 23, N° 5, pp. 480-481.

primera instancia; y tercero, que esta legislación debe ser aplicada tanto por los tribunales federales como por los locales”¹⁶⁴.

3.3.5. *Sociètè Omenex SA v. el Sr. Michell X*

En Francia, por ejemplo, en un pronunciamiento dado por la Primera Sala Civil de la Corte de Casación Francesa, seguido entre la empresa *Sociètè Omenex SA* y el *Sr. Michell X*, se discutía acerca de la nulidad del contrato de agencia celebrado entre ambas partes, por lo que la cláusula arbitral contenida en él, de acuerdo con el argumento de una de las partes (en este caso de aquella que incumplió el contrato) también debería ser declarada nula.

A ello, la mencionada Corte estimó que “en aplicación del principio de la validez del convenio de arbitraje y de su autonomía en los asuntos internacionales, la nulidad no es alcanzada por la inexistencia del contrato que lo contiene ni lo afecta”¹⁶⁵.

En este caso resulta más clara la posición de la Corte al establecer la diferenciación entre el convenio arbitral y el propio contrato, en sí ambos son contratos, pero el primero se encuentra incluido dentro del segundo, con lo que

¹⁶⁴ CAIVANO, Roque J. “*La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*”. Op. Cit., p. 206.

¹⁶⁵ Traducción libre del siguiente texto: “*qu'en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent*”. Casación N° 1389 de la Sala Civil de la Corte de Francia, de fecha 25 de octubre de 2005, disponible en: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/actualite_jurisprudence_21/premiere_chambre_civile_568/arrets_569/br_arret_616.html. Vid. RACINE, J-B., “*Revue de l'arbitrage*”. N° 1, 2006, pp. 103-125.

la nulidad de éste no lo afecta. Siendo incluso que la nulidad pretendida del contrato, se dilucida en virtud del convenio arbitral que lo contiene.



CAPÍTULO II

LOS NO-SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE

Análisis de la estructura del artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana (Decreto Legislativo 1071)

1. DISTINCIÓN ENTRE NO SIGNATARIO Y TERCERO

En la primera parte de la tesis hemos podido analizar cómo el concepto del convenio arbitral ha ido evolucionando, no solamente en el tiempo, sino por las distintas necesidades económicas que se realizan en el mercado y en particular en las relaciones contractuales que se presentan.

Ello se hace más ostensible en otras regiones, donde el convenio arbitral ha ido atravesando otras esferas como son las relaciones de consumo, laborales, financieras, etc., todo ello nos muestra una idea acerca de lo equívoco del concepto del convenio arbitral.

Por ello, en las líneas siguientes vamos a abordar el tema de la distinción entre no-signatario y tercero.

En primer lugar el término “signatario” es una traducción del término “*signatory*”, el mismo 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, la 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” (resaltado nuestro).

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 señala que el convenio arbitral “*deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes*” (subrayado nuestro). En México, en el Código de Comercio, en su artículo 1423 establece que “*el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes (...)*” (subrayado nuestro).

No obstante, como ya hemos visto, 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 confusiones¹⁶⁶. Sin embargo, tanto la Ley Modelo como la Convención de Nueva York sigue 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.

¹⁶⁶ BLAISE, Stucki y Wittmer SCHELLENBERG. *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories*. ASA Below 40 – Conference of September 29, 2006, p. 1.

En principio, la tendencia actual es que no es exigible la “firma” como tal, sino que el convenio arbitral se encuentre por escrito¹⁶⁷. El problema se presenta, como hemos dicho, 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, en razón a que, dado que las partes excluyen a la Administración de Justicia Estatal de la resolución de sus conflictos, el Estado tiene que estar seguro que ambas partes prestaron su consentimiento, a fin de no permitir abusos entre ellas y no vulnerarse su derecho al juez natural.

Otra de las justificaciones que se daban, era que producía certeza sobre el arbitraje que se origina en función del convenio arbitral, dado que no existiría dudas acerca de su eficacia, además que permite que el laudo pueda ser ejecutado y reconocido sin contratiempos en el extranjero¹⁶⁸.

Ciertamente, a raíz del crecimiento de la tecnología a mediados de los años 80, el internet y el comercio electrónico han hecho posible que el número de contratos internacionales se elevaran a niveles exponenciales, y que la negociación de las mismas pueda llevarse a cabo entre partes que se ubiquen a grandes distancias una de la otra, puedan celebrar un contrato en minutos.

¹⁶⁷ Vid. *Obergericht of Basle*, 3/06/1971. Publicado en: *Yearbook Commercial Arbitration*, Tomo IV, 1979, p. 309.

¹⁶⁸ Por ejemplo, el artículo 35.2 de la Ley Modelo establecía que para reconocer o ejecutar un laudo no solamente 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 la cual se ha eliminado el requisito de la presentación por escrito del convenio arbitral.

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

La Ley Modelo, incorpora en su sesión del 2006, la opción I del artículo 7, donde 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, en el año 1958 era todavía impensable realizar contratos vía esta forma, simplemente, 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 escritura¹⁶⁹ y firma¹⁷⁰ se encuentran dentro de los alcances del comercio

¹⁶⁹ **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.

(...)

¹⁷⁰ **Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico**
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.

electrónico. Este criterio, ha sido útil y seguido por muchos árbitros y jueces, a pesar de haber ciertos casos en los que se han opuesto abiertamente¹⁷¹.

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

Por otra parte, usamos el término de “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, reconocemos, que en cierta medida el término “extensión” puede causar cierta confusión o engaño. Tal como refiere HANOTIAU:

“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

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.

(...)

¹⁷¹ 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.

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 que debe adoptarse”¹⁷².

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 arbitral¹⁷³ y en consecuencia ser obligado por ello. Más aún, tal como referimos en los párrafos anteriores, esta distinción entre signatario y no-signatario conlleva también a cierta confusión, en vista 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 contiene¹⁷⁴, por ejemplo en el caso de las *Plataformas de las Pirámides* (conocido también como *Plateau des Pyramides*),

¹⁷² 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, Bernard. “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts–Parties–Issues – An Analysis”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 18 No. 3, 2001, p. 254.

¹⁷³ HANOTIAU, Bernard. “Groups of companies and groups of contracts: A general introduction”. En: “*Contemporary issues in International Arbitration and Mediation*”. ROVINE, Arthur W. (Editor) The Fordham Papers. Martinus Nijhoff Publishers 2011, Netherlands, 2012, p. 124.

¹⁷⁴ POUURET, Jean-François y Sébastien BESSON. “*Comparative Law of International Arbitration*”. Sweet & Maxwell Ltd, 2007, p. 211.

fue una controversia que dio lugar a un laudo arbitral por la CCI el 16 de febrero de 1983, la cual fue anulada por la Corte de Apelaciones de París¹⁷⁵, y a su vez fue rechazada por la Corte de Casación Francesa¹⁷⁶, finalmente resuelta, después de nuevo años, en la resolución del CIADI en 1992¹⁷⁷, en donde la firma o rúbrica de un Ministro de Egipto en un 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 estamos cuidando de no señalar 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”¹⁷⁸ para esto nos explicamos de la siguiente forma:

¹⁷⁵ Vid., la Sentencia de la Cour d'appel de París del 12 de julio de 1984, *République arabe d'Egypte v. Southern Pacific Properties Ltd y Southern Pacific Ltd (Middle East)*, publicado en: *Revue de l'Arbitrage*. 1986, p. 75, con el comentario de Ph. Leboulanger, “Etat. Politique et arbitrage – L'affaire du Plateau des Pyramides”, En: *Revue de l'Arbitrage*. 1986, núm. 3, pp. 471-478. RAMBAUD, Patrick. “L'affaire des ‘Pyramides’: suite et fin”. En: *Annuaire français de droit international*, volume 39, 1993. pp. 567-576.

¹⁷⁶ Vid., la Sentencia de la Cour de cassation (1^a Ch., sect. C.) de enero de 1987, *Southern Pacific Properties Ltd y Southern Pacific Ltd v. République arabe d'Egypte*, En: *Revue de l'Arbitrage*., 1987, núm. 4, pp. 469-471.

¹⁷⁷ Vid., el laudo del CIADI de 20 de mayo de 1992, *Souther Pacific Properties (Middle East) v. República Arabe de Egipto*. En: *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XIX, 1994, p. 51

¹⁷⁸ Tal como comenta SILVA “el arbitraje, (...) es un mecanismo jurisdiccional de resolución de litigios que proviene de un contrato –llámese éste pacto arbitral, cláusula compromisorio 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”. SILVA ROMERO, Eduardo. “El

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 poder incluir dentro del proceso a este no signatario, pero el problema se suscita con una falta de legitimación por parte de éste último toda vez que no suscribió el contrato que contenía la cláusula arbitral, o algún otro acuerdo arbitral celebrado entre ellas.

E incluso, podríamos hacer la figura más compleja a través del denominado arbitraje multiparte, en el cual CAIVANO nos indica la diferencia entre arbitraje multiparte (*multiparty arbitration*) que puede implicar un solo contrato y diferentes partes, o en contraposición varios contratos y sólo dos partes (arbitrajes múltiples o paralelos)¹⁷⁹.

arbitraje examinado a la Luz del derecho de las obligaciones”. En: *El Contrato de Arbitraje*. Op. Cit., pp. XXIV-XXV.

¹⁷⁹ “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, Roque J. “Algunos problemas derivados de los

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

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

Artículo 14^o.- 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 sólo la relación que mantiene con la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, también será importante su consentimiento.

arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 5, Ed. Grijley, Lima, 2007, p. 66. Véase también: GRAVEL, Serge. “Multiparty arbitration and multiple arbitrations”. En: *ICC bulletin*. Vol. 7, N° 2, 1996, pp. 45-52. VOSER, Nathalie. “Multi-party disputes and joinder of third parties”. ICCA, Congress 2008, Dublin.

En un laudo arbitral, comentando 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 buena¹⁸⁰.

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 si existe, es una vasta jurisprudencia arbitral, y 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 arbitral¹⁸¹.

¹⁸⁰ *TSG v. Pesquera Industrial Chicama y otros*. Laudo Arbitral de Derecho del 18/03/2009, Fundamentos 253 y 254. Para un mayor comprensión de este laudo y la sentencia que resuelve el recurso de anulación contra la misma, véase: *Infra*, Capítulo IV, punto 4.1.

¹⁸¹ De acuerdo con Santistevan de Noriega, comentando este artículo, indica que el contenido esencial del artículo 14º 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". En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 8, 2009, p. 21. Por otra parte, a nivel jurisprudencial se han ido perfilando teorías como el agency, third beneficiary,

El artículo 14º 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 de la incorporación de la figura de la buena fe en el artículo citado.

Sobre este punto se ha dicho 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”¹⁸².

Por su parte, SUÁREZ ha afirmado que en “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

alter ego, piercing veil, Estoppel. En el mismo sentido se pronuncia el Dr. Bullard al referir que “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”. En: BULLARD, Alfredo. “¿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: <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-están-invitados-a-la-fiesta/>

¹⁸² GALLUCCIO TONDER, Giuseppe y Pablo C. MORI BREGANTE. *“El juego de las máscaras: La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el caso de los grupos de sociedades”*. Tesis de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011, p. 19.

acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe”¹⁸³.

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

En principio, siempre ha habido un 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 terceros¹⁸⁴. Sobre el particular, por ejemplo BOISSÉSSON 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”¹⁸⁵.

Es posible identificar según la intervención del tercero, características particulares, la cual dependerá en que momento se presenta dicho tercero, si

¹⁸³ SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 2, Universidad Sergio Arboleda: Comité Colombiano de Arbitraje - Legis, Enero – Junio, 2005, pp. 57-58.

¹⁸⁴ BIANCA, C. Massimo. “*Diritto Civile*”. Tomo III. Il Contratto. Giuffrè Editore, 1987, p. 535.

¹⁸⁵ DE BOISSÉSSON, Matthieu. “*Le droit français de l'arbitrage interne et international*”. GLN Joly Ed. 1990, p. 246. 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.*

es antes de la constitución del tribunal arbitral, o bien, en una fase posterior cuando ya se ejecute el laudo.

También es posible avizorar 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”¹⁸⁶.

Asimismo, procesalmente, también se reconoce al tercero de acuerdo al tipo de pretensión que busca, MOURRE reconoce diferencia entre la intervención voluntaria principal (título activo) y la intervención forzosa (título pasivo)¹⁸⁷.

No obstante, tal como hemos 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, y esto en base a dos razones principalmente; la primera, es referente a una cuestión de economía procesal, en palabras de MOURRE 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

¹⁸⁶ MOURRE, Alexis. “La intervención de terceros en el arbitraje”. En: *Iuris Consulto*. Revista de la carrera de Derecho de la USIL, Año 1, Nro. 1, p. 18.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 17.

laudo puede afectar un derecho legítimo del tercero, debería entonces tener el derecho a defenderse en el arbitraje¹⁸⁸.

Sin embargo, guardamos 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 a rechazar dicho supuesto.

2. EL CONSENTIMIENTO EN EL ARBITRAJE (*meeting of the minds*)

En primer lugar, el artículo 14º de la Ley de Arbitraje peruana refiere que el convenio arbitral se extiende a aquellos que presten su consentimiento. Este primer concepto “consentimiento”, implica que dada la evidencia de una parte mediante su voluntad de intervenir en una relación jurídica a través de su participación en la misma mediante actos, tal cual se comporta como cualquier otra parte, debemos entender que también forma parte del contrato¹⁸⁹.

Para efectos de la presente tesis, nos sumamos al concepto esbozado por DE LA PUENTE, quien señala que el consentimiento es la integración de las voluntades de las partes para dar lugar a un acto jurídico unitario, de manera tal que el contrato es el resultado de esa integración. En la medida que las

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 18.

¹⁸⁹ En el Código Civil peruano, de acuerdo al artículo 1352º, tenemos que “*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*”. (sombreado y subrayado nuestro).

declaraciones de voluntad de cada parte conserven su individualidad y no lleguen a fusionarse, a convertirse en una declaración propia del contrato, no se habrá formado éste¹⁹⁰.

Cabe resaltar como indica SHAVELL, “una pregunta básica a que un tribunal debe contestar es en qué etapa de interacciones entre las partes hacen un contrato para que sea reconocido legalmente, es decir, sea ejecutorio. La regla general es que los contratos son reconocidos si y solamente si ambas partes dan una indicación razonablemente clara del asentimiento, por ejemplo la firma de sus nombres en un documento. Esta regla permite obviamente que las partes hagan contratos ejecutorios cuando así lo desean. Por otra parte, porque la regla requiere asentimiento mutuo, protege a las partes legalmente contra el obligarse contra sus deseos. Así, previene la formación de contratos indeseables”¹⁹¹.

Por otro lado, tal como lo indica RUBINS, 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

¹⁹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*”. Tomo I, Palestra Editores, 2007, p. 100.

¹⁹¹ Traducción libre del siguiente texto: *A basic question that a tribunal must answer is at what stage of interactions between parties does a contract become legally recognized, that is, become enforceable. The general legal rule is that contracts are recognized if and only if both parties give a reasonably clear indication of assent, such as signing their names on a document. This rule obviously allows parties to make enforceable contracts when they so desire. Moreover, because the rule requires mutual assent, it protects parties against becoming legally obligated against their wishes. Thus, it prevents the formation of what might be undesirable contracts (...)* SHAVELL, Steven. “Contracts”. En: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Volume 1 (A-D), NEWMAN, Peter (Editor), Stockton Press, New York, 1998, p. 436.

los tribunales nacionales. Este derecho del juez natural, es ampliamente reconocido como un derecho fundamental¹⁹².

En efecto, el consentimiento juega un rol importante dentro del arbitraje, pero es posible observar diferentes formas de consentimiento, de acuerdo con STEINGRUBER¹⁹³ se puede identificar por un lado, que el consentimiento a arbitrar se dirige a *una persona determinada*, o bien a *un grupo de personas*; y por otro lado, el consentimiento puede ser expresado *después* del conflicto, o bien puede ser dado *antes* del mismo. Combinando estos tipos de consentimiento, -el autor sugiere- una clasificación interesante sobre como el consentimiento se presenta en determinados tipos de problemas, el cual también se hace extensible en nuestro medio:

a) Consentimiento individual-concreto

Este tipo de consentimientos son aquellos en los que el acuerdo arbitral se da por las partes identificadas después de surgir el conflicto. Ejemplos clásicos de este tipo de consentimiento, es cuando las partes dentro de un proceso judicial deciden someter su conflicto a un árbitro, en este caso las pretensiones se encuentran ya plenamente determinadas. O bien, las partes

¹⁹² RUBINS, Noah. "Arbitration agreements and non-signatories". En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*. SOTO COAGUILA, Carlos (Ed.). Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, 2009, pp. 539-540. PAVIC, Vladimir. "Non-Signatories' and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction". En: *Resolving International Conflicts - Liber Amicorum Tibor Varady*. P. Hay, L. Vekas, Y. Elkana, N. Dimitrijevic, eds., CEU Press, 2009, pp. 213-229.

¹⁹³ STEINGRUBER, Andrea Marco. "*Notion, nature and extent of consent in International Arbitration*". Queen Mary University of London. School of International Arbitration. Thesis for the degree of Doctor of Philosophy, London, 2009, p. 52.

se ponen de acuerdo qué temas o controversias serán resueltas exclusivamente por el arbitraje.

b) Consentimiento individual-abstracto

Este tipo de consentimiento es el que se puede encontrar en las cláusulas de arbitraje donde se da el consentimiento de las partes definidas antes de que surja la controversia. Por ejemplo, una cláusula arbitral en un contrato de concesión, donde establece la obligación de las partes de llevar *cualquier* conflicto a un arbitraje.

c) Consentimiento general-abstracto

Este tipo de consentimientos son propios de los arbitrajes de inversión, llamados también en el comercio internacional como “*public offer of arbitration*”¹⁹⁴ el cual se manifiesta el consentimiento a través de la legislación estatal, o bien a través de los BITs, o tratados multilaterales, donde el Estado da su consentimiento a un grupo (de inversionistas) de arbitrar las futuras posibles controversias antes que ellas se puedan originar.

¹⁹⁴ CREMADES, Bernardo M. “Arbitration in investment treaties: Public offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties”. En: “*Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böchstiegel*”. Köln-Berlín-Bonn.München, Carl Heymanns Verlag AG, 2001, pp. 149-164.

d) Consentimiento general-concreto

Si bien este tipo de consentimiento a primera vista parece menos evidente, se pueden encontrar ejemplos en donde se forman tribunales con un propósito especial, esto es se establecen para llevar a cabo la resolución de ciertos tipos de controversias. Por ejemplo, una serie de comisiones de reclamaciones o tribunales de reclamaciones se han creado con el fin de hacer frente a las consecuencias jurídicas y económicas de las nacionalizaciones, revoluciones, guerras y otros eventos que afectan a un gran número de partes de la misma manera.

Contrariamente a los casos de arbitrajes de inversión considerados en la letra c), aquí el Estado da su consentimiento cuando las consecuencias que afectan a un gran número de partes ya han surgido. A menudo, la compensación se paga a los reclamantes con un fondo especial.

El arbitraje tiende por lo tanto a ser un método para asignar recursos a un grupo de personas que han sido afectadas por un mismo evento. En este tipo de arbitrajes en general no hay acuerdo de arbitraje formal entre los demandantes y las partes contra las que las reclamaciones son presentadas en este tipo de tribunales, pero las partes tienen un crédito comprendido en la jurisdicción declarada de dicho tribunal los cuales tienen el derecho de presentar su demandas a esos tribunales.

La inserción de una cláusula arbitral en un contrato, comporta un acuerdo de voluntades, conocido como *meeting of the minds*¹⁹⁵ en el arbitraje internacional, en ese sentido si bien las reglas de los contratos es de plena aplicación, el acuerdo sobre el convenio arbitral resulta de suma importancia para la futura posición de cualquiera de las partes¹⁹⁶.

Por eso, podemos afirmar que si la base del arbitraje es el convenio arbitral, entonces la base del convenio arbitral (y su extensión) es el consentimiento.

El problema de la extensión del convenio arbitral radica poder extender sus efectos hacia un no-signatario, es decir, a aquella parte que no ha prestado su consentimiento. Entonces, la pregunta básica, en un primer análisis es, cómo se puede obligar a alguien quien no ha prestado su consentimiento a ir a un arbitraje.

Si bien es cierto, no existe un consentimiento expreso, si se puede hablar de un consentimiento implícito o tácito, tal como explica PARK, hay acuerdos que existen a partir de la inferencia de la conducta de las partes. Es posible

¹⁹⁵ Vid. *Interocean Shipping Co. v. National Shipping & Trading Corp.*, 462 F.2d 673 (2d Cir. 1972). *Par-Knit Mills, Inc., v. Stockbridge Fabric Co.*, 636 F. 2d 51, 54-55 (3d Cir. 1980). Donde expresa que: “An unequivocal denial that the agreement had been made, accompanied by supporting affidavits, however, in most cases should be sufficient to require a jury determination on whether there had in fact been a ‘meeting of the minds’”.

¹⁹⁶ SANDROCK, Otto. “Arbitration between U.S. and West German companies: An example of effective dispute resolution in international business transactions”. En: *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, Volume 9, issue 1, pp. 35-36. Sobre el particular, el autor citado haciendo referencia a las normas americanas y alemanas sostiene que: “Both U.S. and West German domestic law, as well as article II of the New York Convention, require the existence of a “meeting of the minds” of the parties to an arbitration agreement. According to U.S. and West German laws, the general principles of contract apply, subject to the consideration, however, that an arbitration agreement is of utmost importance for the future position of any of the parties and that the existence of a meeting of the minds is of special importance”.

imaginar que una pareja que va a un restaurante de lujo a comer con gusto unas chuletas de cordero, mientras toman un *Blanc de Saint-Emilion* de 1982, estarán obligados a pagar los precios exorbitantes del chef, a pesar de no haber una oferta formal y una aceptación. Lo mismo sucede entre dos empresas, donde se puede observar que su comportamiento refleja un compromiso para arbitrar sus disputas¹⁹⁷.

Recordemos también, que para efectos jurídicos, la manifestación de la voluntad, no siempre requiere una exteriorización formal, esta puede tener un carácter tácito.

Tal como señala el artículo 141 del Código Civil Peruano, la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita¹⁹⁸. Cuando es tácita, el citado artículo precisa que dicha voluntad puede inferirse a partir de una actitud o circunstancia derivada, del propio comportamiento del agente, o también puede

¹⁹⁷ PARK, William. "Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma". En: *Multiple parties in International Arbitration*. Oxford, 2009, p. 3.

¹⁹⁸ **Código Civil:**
Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.
(...)

darse por la naturaleza de la operación o según los usos¹⁹⁹, revela la existencia de su manifestación de voluntad²⁰⁰.

Existen otros casos de manifestación de voluntad, como son las aquellas presumidas por la ley²⁰¹ y otros donde el propio silencio comporta manifestación

¹⁹⁹ Tal es el caso del artículo 1380 del Código Civil, el cual establece los siguiente:

Artículo 1380º.- Aceptación tácita

Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

²⁰⁰ De acuerdo con CUADRADO es en la aceptación tácita “donde se aprecia una conducta que no es por sí misma significativa de una declaración de voluntad, a diferencia de lo que sucede con las *conductas expresivas*. En el caso de la aceptación tácita, de la conducta observada por el destinatario de la oferta contractual, se infiere que debe existir la voluntad de aceptarla (*indicium voluntatis*), por ser aquella incompatible con la voluntad contraria. Esta manifestación indirecta de la voluntad de aceptar se realiza a través de unos actos que, por sí mismos, no expresan dicha voluntad y, en ocasiones, son equívocos. Por ello, frecuentemente hay que recurrir a datos *extratestuali* para poder determinar si existe o no aceptación tácita”. CUADRADO PÉREZ, Carlos. “El silencio como manifestación de voluntad”. En: “*Estudios de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*”. Eugenio Llamas Pombo (coordinador). Tomo I, Ed. La Ley, pp. 361-262.

²⁰¹ Por ejemplo tenemos los siguientes supuestos establecidos en el Código Civil:

Artículo 147º.- Pluralidad de representantes

Cuando son varios los representantes se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes. (subrayado nuestro).

Artículo 165º.- Presunción legal de representación

Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos. (subrayado nuestro).

Artículo 195º.- Acción pauliana. Requisitos

El acreedor, aunque el crédito este sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1.- Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.

2.- Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la

de voluntad²⁰², tal es el caso del Artículo 142 del Código Civil²⁰³ donde en aquellos la ley o el convenio indica que se presume el silencio como manifestación de la voluntad, como es por ejemplo lo establecido por el artículo artículo 1547 que señala que “en la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor. Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el de lugar en que debe realizarse la entrega”. Otro ejemplo está dado por el Artículo 1761, que dice: “Informado el comitente del apartamento de las instrucciones por el prestador de servicios, el silencio de aquél por tiempo superior al que tenía para pronunciarse, según los usos o, en su defecto, de acuerdo con la naturaleza del asunto, importa la aprobación del encargo”.

Como se puede apreciar, existen diferentes situaciones por las cuales a partir del comportamiento que una persona manifiesta crea una apariencia por la cual puede colegirse que estamos ante un consentimiento tácito que genera efectos jurídicos plenos. Debe tenerse en cuenta, que el contexto en el cual se

intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados. (subrayado nuestro).

²⁰² De acuerdo con ALESSANDRI, “en materia contractual el silencio sólo importa manifestación de voluntad suficiente: 1) Cuando la ley le da este valor expresamente (...), 2) Cuando las partes así lo han convenido, y 3) Cuando las circunstancias que lo acompañan permiten atribuirle este carácter. Fuera de allí, el silencio carece de eficacia para generar un contrato”. ALESSANDRI, Arturo R; SOMARRIVA, Manuel y Antonio VODANOVIC. *“Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General”*. Editorial Jurídica de Chile, 1998, Santiago – Chile, p. 198.

²⁰³ **Código Civil:**
Artículo 142º.- El silencio
El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

realiza, o los actos que lo rodean, ayudan a determinar dicho consentimiento, porque de otro lado, no podría entenderse contratos válidos sin un formalismo dado, y sin la presencia de un consentimiento expreso se encuentren viciados de nulidad por ausencia, justamente de un consentimiento expreso.

Esto, entonces, debe ser el primer nivel de análisis del juzgador o del árbitro, ver efectivamente si se comprueban los elementos para determinar que existe un consentimiento tácito o implícito, dado que obviamente, no va encontrar en ninguna parte del contrato la firma de aquella parte que quiere incorporar.

Es necesario decir ello, dado que los jueces e incluso los árbitros, simplemente se detienen a revisar si existió un consentimiento expreso, una huella tangible expresada en una firma. Si no lo hay entonces, -concluyen- que no hay consentimiento, por lo tanto no pueden incluir a un no-signatario en el arbitraje.

Así, la doctrina especializada ha señalado que “la primera piedra del arbitraje internacional moderno es (y sigue siendo) un acuerdo entre las partes deciden someter a arbitraje las controversias o diferencias entre ellos. Antes de que puede ser un arbitraje válido, debe haber primero un acuerdo válido de arbitraje”²⁰⁴.

²⁰⁴ Traducción del siguiente texto: “*The foundation stone of modern international arbitration is (and remains) an agreement by the parties to submit to arbitration any disputes or differences between them. Before there can be a valid arbitration, there must first be a valid agreement to arbitrate*”. REDFERN, A. y M. HUNTER. “*Redfern and Hunter on International Arbitration*”. 5th ed. Oxford University Press, 2009, Marg. N° 1.38.

Asimismo, el profesor HALLA ha señalado que “el consentimiento es fundamental, ya que el arbitraje es una alternativa al recurso básico para el sistema judicial nacional. Aunque los estados soberanos permiten (y bienvenido sea) una resolución privada de conflictos, que debe quedar claramente demostrado por las partes que renuncian a sus derechos de recurrir a una audiencia judicial estándar”²⁰⁵.

Diversas resoluciones han tratado sobre el tema, tal es el caso del Laudo ICC N° 5721²⁰⁶, el cual, si bien es cierto no extendió los efectos de la cláusula arbitral a un no-signatario, ha perfilado ciertos lineamientos con respecto al consentimiento implícito. Este caso trata de una empresa europea que demanda a una sociedad americana ante un tribunal arbitral cuya sede se encuentra en Suiza, no obstante también demanda al director de esta sociedad y a la sucursal de la misma la cual opera en Egipto. La empresa demandante había celebrado con el director de la sociedad (quien actuó en nombre de la sucursal ubicada en Egipto) dos contratos, uno de suministro y otro sobre la ejecución de varias obras. En este caso, la sucursal aceptó estar vinculada a la cláusula arbitral, mientras que la matriz y el director plantearon una excepción de incompetencia. Por su parte, el tribunal arbitral extendió los efectos de la cláusula arbitral a la matriz (porque considero que la empresa en Egipto era

²⁰⁵ Traducción libre del siguiente texto: “*The consent is crucial, as arbitration is an alternative to the basic recourse to national court system. Though the sovereign states allow (and welcome) such a private resolution of disputes, it must be clearly demonstrated by the parties that they waive protected right for a standard court hearing*”. HALLA, Slavomír. “*Creeping consensus on the extension of arbitration clauses in International Commercial Arbitration?*”. Cofola 2011: The Conference Proceeding, 1. Edition. Brno: Masaryk University, 2011, p. 2.

²⁰⁶ ICC caso No. 5721, laudo de 1990, 117. En: *Journal du Droit International (Clunet)* 1019, p. 1024. Con notas de Yves DERAIS.

una mera sucursal²⁰⁷), pero no al director dado que este firmó el contrato en representación de la empresa y no por cuenta propia²⁰⁸.

Conviene destacar en este punto que el tribunal arbitral dijo lo siguiente: “Hay que añadir que lo esencial del arbitraje es que se basa en el principio de la consensualidad. Del mismo modo, la extensión de la cláusula arbitral debe tener un fundamento voluntario. Ciertamente, esta voluntad puede ser solo implícita, de lo contrario la discusión sobre la ampliación no tendría sentido”²⁰⁹.

Por otra parte, la certeza o seguridad de poder extender los efectos del convenio arbitral tanto a la matriz²¹⁰ como a la sucursal²¹¹ se han ido

²⁰⁷ En este punto es sugerente lo que afirma AGUILAR al sostener que “la extensión de los efectos del convenio arbitral a la sucursal dependiente de la sociedad firmante no puede, en ningún caso, considerarse que es resultado de la aplicación de la teoría de la unidad económica del grupo, sino de la identidad de personalidad jurídica existente entre ambas de conformidad con los principios generales del Derecho de sociedades”. AGUILAR GRIEDER, Hilda. “La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el Arbitraje Comercial Internacional”. Universidad de Santiago de Compostela, 2001, p. 143.

²⁰⁸ En particular sobre este punto el tribunal arbitral estableció el siguiente principio: “A tribunal should be reluctant to extend the arbitration clause to a director who has acted as such. The extension requires that the legal person is nothing but a business instrument of the natural person in such a way that one can transfer the contract obligations entered into by the former to the latter. The presumptions listed below do not permit to reach an absolute certainty in this respect”. ICC caso No. 5721, laudo de 1990, 117. En: *Journal du Droit International* (Clunet) 1019, p. 1021

²⁰⁹ Citado por SILVA ROMERO, Eduardo. “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”. En: *Limaarbitration* N° 4 – 2010/2011, p. 61.

²¹⁰ Vid. *JJ Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile, SA*, 863 F. 2d 315, 320-321, XV YBCA 543 (1990), 4th Cir. 1988; ICC N° 4131 de 1982, *Dow Chemical France et al v. Isover Saint Gobain*, IX YBCA 131 (1984) 133 y ss. También véase ICC N° 5730 (1988), 117 Clunet 1029 (1990).

²¹¹ ICC N° 2375, 103 Clunet 973 (1976). Mientras que fue denegado en el caso ICC N° 4504, 113 Clunet 1118 (1986) 1119 y ss.

desarrollando en la jurisprudencia arbitral²¹². Sobre esto BLESSING sostiene que “uno de los muchos aspectos a examinar en tales escenarios es la cuestión de si el contrato en cuestión llamado “*Konzernvertrag*”, es decir, un contrato destinado a involucrar a todo el grupo de empresas, redundará en beneficio de otras empresas del grupo (“*Konzern*”), en lugar de sólo la participación de una sola entidad en particular”²¹³.

En Francia, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de París, sobre el consentimiento tácito o implícito ha señalado lo siguiente: “en el derecho del arbitraje internacional, los efectos de la cláusula compromisoria se extienden a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato cuando su situación y sus actividades hacen presumir que han tenido conocimiento de la existencia y del alcance de la cláusula, con el fin de que el árbitro pueda familiarizarse con todos los aspectos económicos y jurídicos de la controversia”²¹⁴.

En el siguiente gráfico²¹⁵ (Cuadro 2) podemos mostrar de manera ilustrativa como las diferentes teorías que explican la extensión *ratione personae*, tienen

²¹² Por ejemplo, pueden revisarse los siguientes casos ICC: 1434 (1975), 3879 (1984), 4402 (1983), 5103 (1988), 5891 (1988), 5920 (1989), 6000 (1988), 6519 (1991), 6972 (1989), 7102 (1994), 7626 (1995), 8553 (1997).

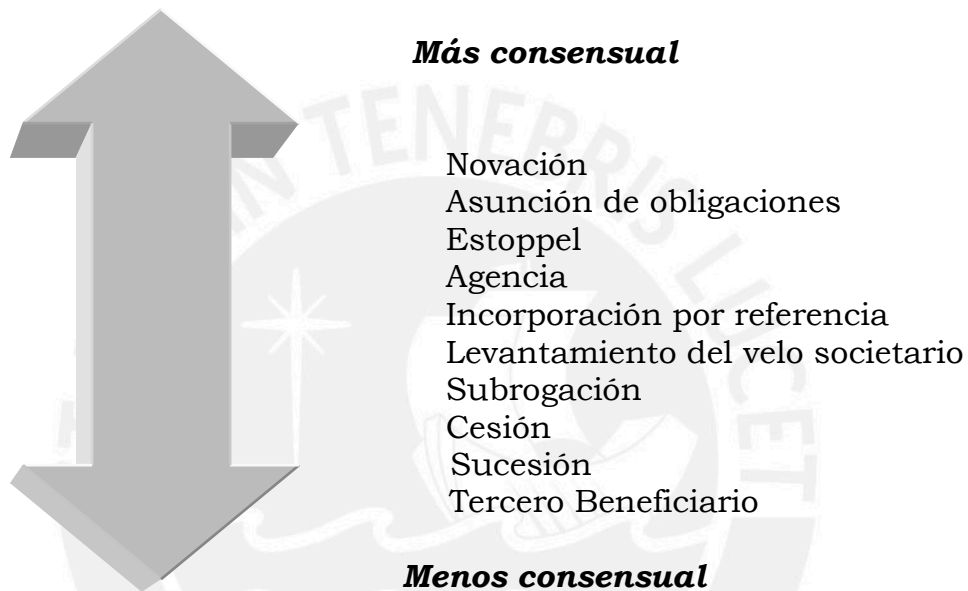
²¹³ BLESSING, Marc. “*Introduction to Arbitration – Swiss and International perspectives*”. Swiss Commercial Law Series. Helbing & Lichtenhahn. Vol. 10, p. 157.

²¹⁴ *Société V2000 v. société Project XJ 220 Ltd.* Corte de Apelaciones de París, Primera Sala Civil, 7 de diciembre de 1994, Revue de l'arbitrage N° 2, 1996, p. 267. Cit. por SILVA ROMERO, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 61.

²¹⁵ El cuadro expuesto es una adaptación de la clasificación realizada por HOSKING, no obstante, sin perjuicio de lo señalado en el cuadro, guardamos cierta reserva sobre la incorporación por referencia, la cual podríamos considerar que se encuentre en un nivel más alto de consentimiento, tal como lo veremos en el Capítulo III, punto 2.3. *Cfr.* HOSKING, James M. “The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial

un mayor o menor presencia del consentimiento tácito. Es decir, de hecho no existe un consentimiento expreso o exteriorizado, no obstante en el consentimiento implícito a pesar de no haber una manifestación tangible, existen diversas circunstancias y elementos que constituyen indicativos en los distintos supuestos poder valorar su intención de ir a un arbitraje.

Cuadro 2



Finalmente, cabe precisar que el consentimiento tácito guarda relación con el asentimiento tácito (conocido en el arbitraje internacional como *assumption by conduct*), en que este último el “comportamiento traduce la clara intención de arbitrar la disputa, participando voluntariamente en el proceso sin manifestar –ni antes ni durante el mismo- objeción alguna ni rechazar el arbitraje”²¹⁶.

Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent”. En: *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*: Vol. 4: Iss. 3, Article 6, 2004, p. 486.

²¹⁶ CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. En: *Limaarbitration*, N° 1, 2006, pp. 131-132.

De lo anterior, en el caso *Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc.*²¹⁷, los demandantes apelaron una sentencia dictada por el Tribunal Federal de Nueva York, la cual desestimaba la demanda colectiva en contra de *United Airlines Inc.*, en la demanda los recurrentes pidieron la anulación del laudo arbitral basándose en la supuesta violación del deber legal de representación justa, y por la afiliación obligatoria al sindicato. Los recurrentes, pidieron la anulación del laudo arbitral, ya que el tribunal del distrito no consideró su petición de anular el laudo, por no considerarse partes del acuerdo arbitral.

A ello, el Tribunal de apelaciones sostuvo que debido a que los recurrentes participaron de forma voluntaria y activamente en el proceso de arbitraje, están obligados por sus resultados, por lo tanto el Tribunal de Distrito desestimó correctamente la petición de anular el laudo.

3. LA BUENA FE

Es probable, que la buena fe sea uno de aquellos temas más difíciles de conceptualizar en el Derecho, en comparación de otras figuras jurídicas, más aún por la diversidad de nociones que se tiene de ella, se puede correr el riesgo de perderse en el “cielo de conceptos jurídicos” que menciona IHERING.

¿Qué es la buena fe? Sin duda alguna, este tema es bastante espinoso. Incluso, tal como señaláramos en capítulos anteriores, siempre dar una definición, es poner límites a una institución jurídica que ha ido evolucionando y

²¹⁷ *Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc.*, 933 F.2d 1100,1105, (1991) 2d Cir.

cambiando conforme a los usos de cada sociedad, que en el camino de su conceptualización se corre el riesgo de cercenar elementos que reduzcan su esencia.

En sí, la buena fe ha sido considerada como un estándar jurídico, un modelo de conducta social, la cual puede ser considerada como una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético²¹⁸. Algunos autores, en cambio no lo consideran como un estándar jurídico, sino como un principio general, siendo la diferencia, que el primero carece de normatividad, mientras que el segundo no²¹⁹.

Sobre el particular FARNSWORTH ha comentado que “Good faith performance has always required the cooperation of one party where it was necessary in order that the other might secure the expected benefits of the contract. And the standard for determining what cooperation was required has always been an objective standard, based on the decency, fairness or reasonableness of the community and not on the individual’s own beliefs as to what might be decent, fair or reasonable. Both common sense and tradition dictate an objective standard for good faith performance”²²⁰.

²¹⁸ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. “*Sistema de Derecho Civil*”. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1976, Tomo I, p. 428.

²¹⁹ FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. “*La buena fe*”. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1984, pp. 101-102.

²²⁰ FARNSWORTH, Allan E. “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code”. En: *The University of Chicago Law Review*, N° 30, 1963, p. 666.

Pero a pesar que pueda existir (y de hecho hay) una normatividad que refleje el principio de buena fe, lo cierto es que puede tomar diversos significados dentro de un mismo cuerpo legislativo, tal como sucede con el Código Civil, desde el libro de acto jurídico, reales, contratos, registros públicos, etc., e incluso si solamente nos enfocaremos en la buena fe en los contratos, podríamos notar que existen también matices entre la buena fe al momento de negociar, que el de la celebración del mismo²²¹.

E incluso dentro de la propia Ley de Arbitraje podemos distinguir dos momentos en el que actúa la buena fe. El primero de ellos, y el que nos interesa a efectos de la presente tesis, es aquel relacionado al artículo 14, y tiene que ver con la etapa contractual, y todo lo relativo a él, desde su celebración hasta su ejecución, conforme a los términos del artículo citado. Y por otro lado, está el principio de la buena fe en la etapa de las actuaciones arbitrales, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 38 de la Ley de Arbitraje, el cual señala lo siguiente: “Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje”.

En sede jurisprudencial, también este principio ha sido tratado, por ejemplo la Corte Internacional de Justicia ha observado que “(t)he principle of good faith is ‘one of the basic principles governing the creation and performance of legal

²²¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *“El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”*. Tomo I, Palestra Editores, 2007, p. 330.

obligations'; it is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist"²²².

La Buena Fe, tanto en el *Common Law* como en el *Civil Law*²²³ ha tenido un desarrollo y una base similar. Así por ejemplo, en base a la UCC (*Uniform Commercial Code*) la buena fe significa: "honestidad en los hechos y la observancia de los estándares comerciales razonables de trato justo"²²⁴. Mientras que en los sistemas del *Civil Law* la buena fe es uno de los principios más importantes en cuanto a la interpretación acerca del consentimiento²²⁵.

Sobre esto último, el profesor FOUCHARD ha señalado que "la interpretación de la buena fe es simplemente una manera menos técnica de decir que 'a la hora de interpretar un contrato, hay que buscar la intención común de las partes, en lugar la restricción misma a examinar el significado literal de los términos utilizados'. Sin embargo, la connotación moral de la expresión 'la interpretación de buena fe' es más acorde con el tenor de los principios generales del Derecho"²²⁶.

²²² ICJ, Border and Transborder Armed Actions Case (Nicaragua v Honduras), Jurisdiction and Admissibility, judgment December 20, 1988, ICJ Rep 69, at 105 (1988).

²²³ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 205 cmt. a (1981) ("Good faith performance or enforcement of a contract emphasizes faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party; it excludes a variety of types of conduct characterized as involving 'bad faith' because they violate community standards of decency, fairness or reasonableness").

²²⁴ U.C.C. § 2-103(1)(j) (2002) con la enmienda del 2003. Traducción libre del siguiente texto: "*honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing*".

²²⁵ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN "*on International Commercial Arbitration*", Emmanuel Gaillard y John Savage (editores), Kluwer Law International, 1999, p. 257.

²²⁶ *Ibidem*. En este caso los autores citan el artículo 1156 del Código Civil Francés. Traducción libre del siguiente texto: "*Here, "interpretation in good faith" is simply a less technical way of saying that "when interpreting a contract, one must look for the parties' common intention,*

Por eso consideramos que la apariencia o el reflejo del comportamiento del no-signatario indican su intención de participar del arbitraje, en consecuencia “una cláusula arbitral podrá ser vinculante para una parte, que no es signatario en virtud de su propia conducta. En otras palabras: Este no-signatario puede, por su propio comportamiento, crear la expectativa a la contraparte de que (el no-signatario) se considera obligado por el contrato y la cláusula arbitral contenida en el mismo. El no-signatario es por lo tanto sujeto a la cláusula arbitral, cuando la contraparte de buena fe interpreta el comportamiento de aquél en la adhesión al acuerdo y la cláusula de arbitraje”²²⁷.

La buena fe, desde un punto de vista contractual, resulta esencial en las relaciones comerciales, y es sustento de las mismas. Tal es así, que fue codificado en las reglas de la UNIDROIT²²⁸, a través de su artículo 1.7, numeral

rather than simply restricting oneself to examining the literal meaning of the terms used.” However, the moral connotation of the expression “interpretation in good faith” is more in keeping with the tenor of general principles of law”.

²²⁷ Traducción libre del siguiente texto: “An arbitral clause may be binding for a third, non-signatory party by virtue of that party’s own behaviour. In other words: The third party may, by its own behaviour, have created the expectation with the counterparty that it (the third party) considered itself bound by the contract and the arbitral clause contained therein. The third party is thus bound by the arbitral clause where the counterparty in good faith interpreted the behaviour of that third as accession to the agreement and the arbitral clause”. MRÁZ, Michael. “Extension of an arbitration agreement to non-signatories: Some reflections on Swiss Judicial Practice”. En: *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LVII, 2009, N° 3, p. 58.

²²⁸ Comentando dicho artículo, se ha dicho que: “Existen muchas disposiciones que a lo largo de los diferentes capítulos de los Principios hacen referencia, directa o indirectamente, a la aplicación del principio de buena fe y lealtad en los negocios. Véase sobre todo el Art. 1.8, pero también véase por ejemplo, los Arts. 1.9(2); 2.1.4(2)(b), 2.1.15, 2.1.16, 2.1.18 y 2.1.20; 2.2.4(2), 2.2.5(2), 2.2.7 y 2.2.10; 3.5, 3.8 y 3.10; 4.1(2), 4.2(2), 4.6 y 4.8; 5.1.2 y 5.1.3; 5.2.5; 6.1.3, 6.1.5, 6.1.16(2) y 6.1.17(1); 6.2.3(3) y (4); 7.1.2, 7.1.6 y 7.1.7; 7.2.2(b) y (c); 7.4.8 y 7.4.13; 9.1.3, 9.1.4 y 9.1.10(1). Esto refleja que la buena fe y la lealtad negocial es considerada como una de las ideas fundamentales en las que se basan los Principios. Al establecer en términos generales que cada parte debe conducirse de buena fe y con lealtad negocial, el párrafo (1) de este artículo deja claro que, aun en ausencia de una disposición específica en los Principios, las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación”. En: “Principios UNIDROIT”. Sobre los contratos comerciales

1, al establecer que: “las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional”²²⁹.

Ahora bien, para efectos de determinar la participación del no-signatario en el arbitraje, la buena fe juega un rol importante para determinar si éste puede ser o no incluido, y para ello puede ser utilizado en dos formas diferentes.

La primera forma, es utilizar el principio de buena fe como una herramienta de interpretación del contrato, esto es, identificar, conforme a este principio, cuál fue la intención de las partes, de esa forma se establece la interrogante, qué haría una persona razonable en esas circunstancias al momento de celebrar un contrato.

internacionales, 2004. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, p. 18.

²²⁹ Ahora bien, a nivel de la jurisprudencia americana, ha ido configurando varios significados, para ello, el profesor FARNSWORTH reconoce hasta tres tipos de significados de la buena fe, así ha dicho que: “Even where the doctrine of good faith is accepted, there are wide differences of opinion over the meaning of the term good faith. For example, U.S. courts, in order to justify their decisions based on the good faith doctrine, have typically applied one of three different definitions of good faith. The most restrictive view of good faith, as embraced by Justice Antonin Scalia, is that good faith is “simply a rechristening of fundamental principles of contract law”. Referring to any article of three decades ago, he went on to endorse “the perception of Professor Farnsworth that the significance of the doctrine is ‘in implying terms in the agreement’”. A second meaning of good faith is that as put forward in Robert Summers’ 1968 influential article in which he defined good faith using an “excluder” analysis. According to Summers, “[G]ood faith (...) is best understood as an ‘excluder’ - it is a phrase which has no general meaning or meanings of its own, but which serves to exclude many heterogeneous forms of bad faith”. This analysis found its way into the commentary to the *Restatement’s* good faith provision, which explains that [a] complete catalogue of types of bad faith is impossible, but the following types are among those which have been recognized in judicial decisions: evasion of the spirit of the bargain, lack of diligence and slacking off, willful rendering of imperfect performance, abuse of a- power to specify terms, and interference with or failure to cooperate in the other party’s performance. In 1980, Steven Burton introduced a third good faith definition with his “foregone opportunity” analysis. “Good faith”, Burton argued, “limits the exercise of discretion in performance conferred on one party by the contract.” Therefore, it is bad faith to use discretion “to recapture opportunities foregone on contracting,” as determined by the other party’s expectations or, in other words, to refuse “to pay the expected cost of performing”. FARNSWORTH, Allan E. “Duties of good faith and fair dealing under the UNIDROIT principles, relevant international conventions, and national laws”. En: *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, pp. 59-60.

Sobre este punto, THOMAS ha referido que en esta situación “[e]l tribunal utilizará una interpretación ‘práctica’ sobre el significado del contrato mediante el examen del contexto de la transacción y las actitudes de la partes. La sofisticación de las partes también puede tener un efecto sobre dicho análisis. Este uso de buena fe se superpone con la ‘prueba objetiva’ de consentimiento en el Derecho contractual de EE.UU., que encuentra un consentimiento a partir de la aparente buena fe y la intención de ‘como lo demuestran sus actos manifiestos y las palabras’ independientemente de cualquier motivo oculto”²³⁰.

Justamente, las expectativas, el comportamiento y la intención de las partes dentro del contrato²³¹ marcan la línea a seguir a efectos de interpretar lo que las partes quieren, lo cual conllevará a determinar los alcances de la participación del no-signatario.

El segundo uso, de acuerdo con THOMAS, es esencialmente una investigación en base a la buena fe por el tribunal por intentar lograr un

²³⁰ THOMAS, Aubrey L. “Nonsignatories in arbitration: A good-faith analysis”. En: *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 14, 2010, p. 965. Traducción libre del siguiente texto: “The court will use a “practical” interpretation regarding the meaning of the contract by examining the context of the transaction and the attitudes of the parties. The sophistication of the parties may also have an effect on the analysis. This use of good faith overlaps with the “objective test” of consent in U.S. contract law, which finds consent in the apparent good faith intent “as shown by their overt acts and words” regardless of any hidden motive”.

²³¹ De acuerdo con BLESSING “The most essential yardstick, however, is **the test of the fair and reasonable expectations of the parties**. In this latter context, the contract itself will have to be the essential source of guidance and, where the contract is silent (which it arguably will be), the reasonable **contract-interpretation** will be. Another aspect is, of course, **the behaviour of the parties**, in particular the behaviour of a parent company which has not signed the arbitration clause contained in a contract between one of its subsidiary and party, but nevertheless behaved in a manner to (possibly) inspire the understanding of the contracting party X that the parent company was (or wished) also to be involved in the contract and in its implementation”. BLESSING, Marc. *Op. Cit.*, p. 188.

resultado "justo"²³². Este tipo de análisis de buena fe –sugiere el autor- cae más en línea con el sistema del *Civil Law*, que exige a las partes en todo momento (durante las negociaciones, así como antes y después de que el contrato se ejecute) que actúen de buena fe y trato justo²³³.

En consecuencia, en el contexto la extensión del convenio arbitral a los no-signatarios, el árbitro debe analizar las acciones de las partes, su performance, o actuación de las mismas dentro de las negociaciones y el itinerario contractual, no violen el deber de la buena fe.

4. DETERMINACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LA PARTE NO SIGNATARIA EN LA NEGOCIACIÓN, CELEBRACIÓN, EJECUCIÓN O TERMINACIÓN DEL CONTRATO

En este punto, podemos considerar que la determinación de la participación de la parte no-signataria, involucra el aspecto de cómo la contraparte observa el comportamiento del no-signatario dentro o fuera de la relación contractual.

Si bien el no-signatario no tuvo intervención en la parte de sellar o firmar dicho contrato, pero a través de sus actos demuestra un interés en participar en otros niveles del contrato, como son la negociación, la celebración, ejecución o terminación del contrato, entonces existe también un intención implícita de estar de acuerdo con el contrato, y junto con éste con la cláusula arbitral.

²³² THOMAS, Aubrey L. *Op. cit.*, p. 965.

²³³ *Loc. Cit.*

Esta lista consideramos simplemente de manera enunciativa, usualmente el no-signatario puede tener presencia más en una etapa que otra. No es necesario que su presencia deba estar en cada una de las etapas del contrato, bastará que se encuentre en alguno de los niveles para comprobar su legitimidad y con ello incorporarse dentro del arbitraje

En ese sentido, la intervención del no-signatario en la relación contractual es un elemento coadyuvante en la determinación de su incorporación dentro del arbitraje, pero, recalcamos, no es el único, como hemos visto en el punto anterior, el aspecto de la buena fe también es determinante dentro de este conjunto de elementos que el árbitro debe tomar en cuenta al momento de analizar si el no-signatario se encuentra legitimado para ingresar en el arbitraje.

Al evaluar el árbitro, como indicáramos anteriormente, no va encontrar la presencia de un consentimiento expreso, pero si un conjunto de elementos que pueda inferir un consentimiento tácito, pero el cual, como bien señala DIEZ-PICAZO, “la declaración tácita de la voluntad contractual, que es aquella que se realiza por medio de actos concluyentes e inequívocos (*facta concludentia*), está sometida siempre a una interpretación y valoración de los tribunales, que debe realizarse de forma objetiva, no buscando tanto la inducción de una voluntad oculta bajo ellos, cuanto el sentido que el comportamiento tiene y la confianza que suscita en los demás”²³⁴ (subrayado nuestro).

²³⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”. Volumen Primero: Introducción, Teoría del Contrato. Quinta Edición. Ed. Civitas, 1996, p. 149.

Es posible identificar, dentro de los casos más comunes de la participación del no-signatario en alguna de las etapas de negociación, celebración o ejecución del contrato, en los relativos a los contratos realizados por un grupo de empresas.

Veamos, más detenidamente ello, en la etapa de negociación, también llamada de tratativas, las partes realizan una serie de intercambios de comunicados para llegar a una oferta y a una consecuente aceptación, a efectos de crear en ese momento un contrato.

Estas tratativas, deben llevarse a cabo bajo las reglas de la buena fe, tal como lo establece el artículo 1362 del Código Civil²³⁵. Ahora bien, en esta etapa no hay muchos efectos jurídicos relevantes, dado que se considera que las partes se encuentran analizando las propuestas de la contraparte, y eventualmente podrían declinar a la oferta que se le pueda dar. Salvo en aquellos casos de *culpa in contrahendo*²³⁶.

²³⁵ **Código Civil**

Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

²³⁶ “En el supuesto de ruptura injustificada de las negociaciones implica la obligación de resarcir los daños y perjuicios producidos a la parte perjudicada por la ruptura de dichas negociaciones siempre que se den ciertos presupuestos: existencia de una confianza tutelable, ruptura injustificada de las negociaciones y relación entre el daño producido y la confianza defraudada”. *Vid.* VALMAÑA OCHAÍTA, María. “La responsabilidad civil derivada del folleto informativo en las ofertas públicas de suscripción y venta de acciones”. Ed. La Ley. Grupo Wolters Kluwer, p. 241. Por su parte, DIEZ-PICAZO, sostiene que los elementos de la responsabilidad precontractual son: 1. La creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato, 2. El carácter injustificado de la ruptura de las conversaciones o negociaciones, 3. La producción de un daño en el patrimonio de una de las partes. 4. La relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada. DIEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*, p. 278. En el mismo sentido MESSINEO precisa que, “...las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, que, cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (*culpa in contrahendo*, es decir, culpa en el curso de negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al

En este contexto, si esta etapa de la formación del contrato no tiene fuerza de unión sustancial entre las partes, y sus características no son más que conversaciones y comunicados entre las partes, entonces ¿por qué une a las partes de estas negociaciones, otra persona o parte al acuerdo de arbitraje, que no tuvo intervención alguna en el acuerdo de aquéllas?²³⁷

Para dar respuesta a ello, resulta imperioso recurrir a la diferencia de los conceptos, dados por el Derecho Civil, de *imputación* y *responsabilidad* a efectos de entender la relación del no-signatario asimilado como parte de las negociaciones de un contrato.

Sobre el particular, SUÁREZ ha expresado que: “La imputación de los efectos del acuerdo arbitral opera en el marco de los poderes del tribunal y define los alcances de la jurisdicción arbitral”, mientras que –como indica el citado autor- “la responsabilidad opera en el marco del derecho sustancial que rige la relación entre las partes e implica evaluar los méritos de la demanda y, en su caso, determinar sobre quién recae el deber de actuar –o no actuar- en consecuencia”²³⁸.

resarcimiento del daño –o sea, el llamado interés contractual negativo (...). MESSINEO, Francesco. “*Doctrina General del Contrato*”. Ara Editores, Lima, 2010, p. 275.

²³⁷ BOZA, Rafael T. “Caveat Arbitrator: The U.S.-Peru Trade Promotion Agreement, Peruvian Arbitration Law, and the extension of the arbitration agreement to non-signatories. Has Peru gone too far?”. En: *Currents International Trade Law Journal*. South Texas College of Law, Vol. XVII, N° 2, Summer 2009, pp. 70-71.

²³⁸ SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 2, Universidad Sergio Arboleda: Comité Colombiano de Arbitraje - Legis, Enero – Junio, 2005, p. 71.

En este escenario, el no-signatario puede ser compelido por el convenio arbitral (imputación), pero no necesariamente tiene una responsabilidad surgida del contrato²³⁹.

Ahora bien, conviene mencionar que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, (en adelante CIM) de la cual el Perú es parte desde el 25 de marzo de 1999, pero obligada desde el 1 de abril del 2000, no se ocupa directamente de la etapa de las tratativas²⁴⁰.

Empero, ello no exceptúa al no signatario que aún puedan estar obligado a arbitrar bajo un escenario de análisis de un *conflicto de leyes*.

²³⁹ En ese mismo sentido expone SUÁREZ ANZORENA al mencionar que “de una cosa no se sigue necesariamente a la otra [refiriéndose a la imputación y a la responsabilidad] y puede haber casos en los que existan elementos para extender la jurisdicción arbitral, pero no para establecer la existencia de responsabilidad en cabeza de este tercero y viceversa. Adicionalmente, la imputación no solo opera en el marco de los deberes en donde aplican los supuestos de responsabilidad, sino que también implica la posibilidad de trasladar los efectos de una relación jurídica a los fines del ejercicio de derechos y prerrogativas, como lo demuestra el caso Dow Chemical, en donde se extendieron los efectos del acuerdo arbitral para ampliar la legitimación activa frente a la cláusula arbitral”. s notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. *Op. Cit.*, p. 71.

²⁴⁰ La CIM, en estricto, inicia directamente con la oferta, la cual es definida en el artículo 14 de la Parte II de la Convención. Dicho dispositivo establece lo siguiente:

Parte II Formación del contrato

Artículo 14

1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Por lo tanto, la participación de una parte que no es signatario en la fase de negociación del contrato, puede ser sometido al arbitraje a pesar de la falta de un acuerdo expreso.

En cuanto a la etapa de la celebración, ya se puede apreciar la partida de nacimiento del contrato, se puede distinguir claramente la existencia de un oferente y un aceptante²⁴¹.

En nuestro sistema contractual, DE LA PUENTE²⁴², identifica cuatro elementos o requisitos que componen la oferta, a saber: i) *Que sea completa*, esto quiere decir que sea autosuficiente en sí misma, dicha oferta debe contener todos los elementos del contrato; ii) *Que contenga la intención de contratar*, este es un elemento por el cual el oferente manifiesta su *intención* de celebrar el contrato; iii) *Que sea conocida por el destinatario*, esto es que la propuesta llegue a aquella persona con la que se desea contratar, de lo contrario no generará efectos jurídicos; iv) *Que contenga la determinación del oferente*, este elemento el destinatario de la oferta requiere la identificación de aquella persona con la que va a contratar.

Por otro lado, la aceptación, al igual que la oferta, también contiene determinados elementos²⁴³ que conviene indicarlos: i) *Que sea congruente con la oferta*, en este caso se requiere que tanto oferta y aceptación coincidan en

²⁴¹ El artículo 1373 del Código Civil establece que: “El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”.

²⁴² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. Cit.*, pp. 475-476.

²⁴³ *Ibid.*, pp. 491-493.

cuanto a su contenido, de lo contrario, no se trataría de una aceptación sino de una contraoferta²⁴⁴; ii) *Que sea oportuna*, se requiere que la aceptación debe ser formulada mientras que la oferta se encuentre vigente, esto es dentro del plazo concedido por el ofertante, sino, al igual que el elemento anterior, la aceptación inoportuna tiene el valor de una contraoferta; iii) *Que sea dirigida al oferente*, esto equivale a que la aceptación dada por el destinatario de la oferta debe ser remitida a quien formuló la oferta o a su representante; iv) *Que contenga la intención de contratar*, se entiende que con la aceptación, la contraparte tiene la intención de aceptar la oferta en su totalidad a efectos de formar un contrato; y v) *Que guarde la forma requerida*, esto, al igual que la oferta, la aceptación debe guardar la forma en caso se trate de contratos solemnes.

Una vez que el oferente *conoce* la aceptación, se entiende que se ha perfeccionado el contrato, así el Código Civil establece en el artículo 1373 que: “El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”²⁴⁵.

Por su parte, en el CIM, se acoge la “teoría de la recepción”, en tanto que la oferta y la aceptación tienen los mismos elementos que lo establecido en el

²⁴⁴ Por ejemplo el artículo 1376° del Código Civil señala que “la aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta” (subrayado nuestro).

²⁴⁵ Con esto, el Código Civil Peruano, recoge la llamada “teoría de la cognición”, por la cual entiende que se perfecciona el contrato cuando el oferente **conoce** la aceptación de la contraparte. No obstante, recoge de manera supletoria la “teoría de la recepción” a través del artículo 1374, el cual establece la presunción de que el oferente *conoce* la aceptación cuando llega a su dirección.

Código Civil. De acuerdo al CIM basta que la aceptación esté dirigida al domicilio del oferente para que se entienda aceptada²⁴⁶.

En este escenario, al igual que en la negociación, conviene preguntarnos, cómo el no-signatario se ve obligado ante un arbitraje en la intersección de la oferta y aceptación.

La casuística puede presentar una serie de escenarios en los que el no-signatario tenga una participación mínima entre la oferta y la aceptación, ya sea mediante una oferta por delegación²⁴⁷, o bien a través de un grupo de empresas, entre la cual una de ellas emite una serie de correspondencias, pero finalmente quien da la aceptación es otra empresa del grupo, etc.

En lo que respecta a la ejecución contractual, se considera que es una etapa que va desde la celebración del contrato, hasta la culminación de la misma. En este escenario, es donde se aprecian la ejecución, valga la redundancia, de las prestaciones a cargo de las partes contratantes. Tal como señala BIANCA: “La ejecución del contrato, en conclusión, quiere decir la actuación del programa contractual, y el desarrollo de este programa se lleva a cabo a través de efectos directos y mediante el cumplimiento de las

²⁴⁶ Así, el artículo 18.2 del CIM establece lo siguiente: “La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa”.

²⁴⁷ BOZA, Rafael T. *Op. Cit.*, 71.

obligaciones contractuales. El cumplimiento de estas obligaciones contractuales constituye, por tanto, la ejecución del contrato”²⁴⁸.

De esta manera, cada parte de la relación contractual, realiza la prestación que se encuentra a su cargo, obligación que, por lo demás, son efectos del contrato²⁴⁹.

Ahora bien, no guarda mayor importancia, el hecho que un contrato pueda tener una continuación en el tiempo, como los casos de los contratos de suministro, o que sean de ejecución inmediata, como es la compraventa de un bien.

En el sistema contractual peruano, a través del Código Civil, se establecen las normas supletorias en lo referido a la teoría del riesgo, plazos, formas o condiciones que pueden tener los contratos. Empero, el Código Civil, no es la única regulación que existe sobre contratos; existen adicionalmente otros tipos de contratos regulados en normas especiales, como es el caso del leasing, los contratos de seguros, etc., asimismo se encuentran las normas internacionales, como el CIM, que hemos visto en párrafos anteriores.

²⁴⁸ BIANCA, C. Massimo. *“Diritto Civile”*. Tomo III. Il Contratto. Giuffrè Editore, 1987, p. 696. Traducción libre del siguiente texto: *“esecuzione del contratto, in conclusione, vuol dire attuazione del programma contrattuale, e l’attuazione del programma si compie attraverso effetti diretti e attraverso l’adempimento delle obbligazioni contrattuali. L’adempimento dell’obbligazione contrattuale costituisce pertanto esecuzione del contratto”*.

²⁴⁹ Sobre el particular, se ha dicho que “son las consecuencias jurídicas del contrato, es decir, los efectos que, en el plano ideal del derecho, nacen del contrato. Se expresan en términos de obligaciones, de derechos, de facultades, de prohibiciones, de poderes. El contrato no se limita a causarlos, sino que los plasma, los “conforma” y, por lo tanto, los contiene; los efectos jurídicos son su contenido”. FERRI, Luigi. *“Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil”*. Trad. Nélvor Carreteros Torres. Ed. Jurídica Grijley. Lima, 2004, p. 245.

La intervención del no signatario aparece cuando ejecuta o realiza alguna de las prestaciones del contrato, confundiéndose como una parte más en esta relación contractual. Al respecto, CREMADES²⁵⁰, propone un ejemplo, -muy común en el tema de los grupos de sociedades-. El Gobierno de un país, decide construir en su territorio una factoría de gran envergadura destinada a la reelaboración industrial de un producto típico del país. Para esto, la nación contrata a una sociedad multinacional, firmando para ello un contrato de llave en mano.

Ahora, el Gobierno interesado en la ejecución de la operación, no repara en la estructura organizativa interna de la contraparte, por lo que no presta excesiva atención a la persona que plasma su firma en el contrato. Más aún en la razón social de cada una de las empresas participantes se repite el mismo logo distintivo de la empresa, lo que aparenta de tratarse siempre de la misma compañía.

En esta etapa de ejecución “normal” del contrato, tanto el firmante como las demás sociedades se muestran como una sola personalidad jurídica. No obstante surgido el conflicto, reaparece la individualidad de cada uno de los participantes, utilizándose su personalidad jurídica autónoma como pantalla ante eventuales responsabilidades.

²⁵⁰ Vid. CREMADES, Bernardo M. “El grupo de empresas y su tratamiento en el Arbitraje Comercial Internacional”. En: *El arbitraje en el Derecho Latinoamericano y español. Libro homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz*. Cultural Cuzco, Lima, 1989, pp. 295-296.

Es de notar, que en el caso expuesto hay una intervención del no-signatario, en la etapa de ejecución contractual no implica una extensión automática de la vinculación del convenio arbitral. No obstante, esta participación es un elemento que coadyuva en el análisis para determinar al no-signatario como parte de la relación arbitral.

Por último, en la etapa de la terminación contractual, deberíamos empezar por preguntarnos, cuándo se termina un contrato, o cuándo se da esta 'terminación contractual'. En principio, un contrato termina cuando se han ejecutado enteramente todas las prestaciones a cargo de las partes, lo cual en teoría no debe generar un arbitraje, porque no hay conflicto. Existen, además, otras formas de terminación como el mutuo disenso, el desistimiento, etc. Sin embargo, en los casos de un cumplimiento deficiente, o incumplimiento de una de las partes crea en la contraparte a exigir su cumplimiento o su resolución²⁵¹, este conflicto es susceptible de ser arbitrado.

5. PRETENDER DERIVAR DERECHOS O BENEFICIOS DEL CONTRATO

Esta última parte del artículo 14° de la Ley de Arbitraje referente a la extensión de la eficacia del convenio arbitral a quienes pretenden derivar derechos o beneficios del contrato puede ejemplificarse en los casos de los contratos a favor de terceros - *pacta in favorem tertii*.

²⁵¹ Así, a título ejemplificativo, el Código Civil en el artículo 1428 dispone que: "En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación".

En estos contratos con estipulación a favor de terceros que contengan una cláusula arbitral son los ejemplos clásicos en los que fácilmente podemos reconocer la aplicación del artículo 14 sobre dicho supuesto de hecho.

En sí, los contratos a favor de terceros, se tiene que una parte, denominada promitente, se obliga frente a otra, llamada estipulante, a cumplir una determinada prestación a favor, o en beneficio de una tercera persona²⁵².

Sobre esto se ha dicho que, los efectos favorables (y también los desfavorables) que se derivan del contrato son desviados a favor de un sujeto que es un tercero con respecto a esta operación económica. El problema, que se deriva, respecto a la esfera jurídica de un sujeto extraño al contrato –así también en el caso de los efectos favorables- se resuelve proporcionando la posibilidad al tercero de refutar en cualquier momento la atribución a su favor, siempre que esta facultad no venga a menos por la aceptación, al mismo tiempo, también se niega el poder del estipulante de revocar la atribución a favor del tercero²⁵³.

²⁵² El Código Civil regula esta figura en el artículo 1457 al disponer que: “Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona. El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato”.

²⁵³ MARIA AZZARO, Andre. “Il Contratto a favore di terzi”. En: LIPARI, Nicolò y Pietro RESCIGNO (Dir.) *“Diritto Civile. Volume III. Obbligazioni. II. Il Contratto in Generale”*. Giuffrè Editore, 2009, p. 762. Quien señala: *“In tal modo gli effetti favorevoli (e non anche sfavorevoli) che derivano dal contratto vengono deviati a favore di un soggetto che è terzo rispetto all'operazione economica. Il problema, che ne deriva, del rispetto della sfera giuridica di un soggetto estraneo al contratto -pur anche ove si tratti di effetti favorevoli- è risolto attraverso la prevista possibilità per il terzo di rifiutare in qualsiasi momento l'attribuzione a suo favore, sempre che tale facoltà non venga meno per l'avvenuta accettazione che, al contempo, fa venir meno anche il potere dello stipulante di revocare l'attribuzione a favore del terzo”*.

Sobre este tipo de contrato²⁵⁴, tenemos por ejemplo la expromisión²⁵⁵, la donación con ciertas particularidades²⁵⁶, como también los contratos de seguros, en donde existe un beneficiario – en este caso, el beneficiario será una persona distinta de quien contrata el seguro- quien, ante una eventualidad o siniestro tendrá derecho a una indemnización conforme a los términos del contrato de seguro.

El problema en este caso se presenta cuando el contrato de seguro contiene una cláusula arbitral, la cual no ha sido firmada ni conocida por el beneficiario, con ello ante un conflicto ¿La empresa aseguradora podrá

²⁵⁴ Sobre los tipos de contrato a favor de tercero, DE LA PUENTE considera que “en lo que se refiere al contrato celebrado entre el estipulante y el promitente, prescindiendo por un momento de la estipulación en favor del tercero, puede ser típico legal, típico social o atípico, en el sentido que puede estar regulado por el ordenamiento legal, elaborado y conocido por la doctrina y la jurisprudencia, o carente de toda regulación legal o social. En los tres casos, el estipulante y el promitente juegan el rol que les corresponde según la naturaleza del contrato (...)”. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*”. Tomo III, Palestra Editores, 2007, p. 156

²⁵⁵ FRANCESCHETTI, Paolo y Massimo MARASCA. “*Le Obbligazioni*”. Maggioli Editore. 2008, p. 480

²⁵⁶ Sobre este punto PALAZZO ha sostenido que: “*Il soddisfacimento dell'interesse a donare può essere realizzato anche con il ricorso allo schema del contratto a favore di terzo (artt. 1411, 1273, primo comma, 1599, quarto comma, 1689, 1875, 1920 cod. Civ.) mediante il quale alla causa típica voluta dalle parti si può affiancare l'ulteriore interesse dello stipulante a realizzare una liberalità a favore del terzo. Il meccanismo consente di arricchire il beneficiario di un bene diverso da quello di cui il donante si spoglia; permette peraltro a quest'ultimo di revocare la liberalità fin quando il beneficiario non abbia dichiarato di volerne profittare, come anche ai suoi eredi, se la prestazione debba, essere fatta al terzo dopo la morte dello stipulante*”. Asimismo, el citado autor afirma que: “*L'effetto liberale scaturisce dalla esecuzione dello stipulante di una prestazione o di una attribuzione –è oramai consolidato l'orientamento che riconosce la possibilità che detta figura possa essere produttiva di un effetto reale a favore del terzo- a favore di un soggetto diverso dalle parti che costituiscono il negozio e, per lo meno temporaneamente, estraneo ad una originaria manifestazione di volontà, dietro un corrispettivo, proveniente dall'altro contraente promittente*”. PALAZZO, Antonio. “*Gratuita strumentale e donazioni indirette*”. En: BONILINI, Giovanni (Dir.) “*Trattato di Diritto delle Successioni e donazioni*”. Vol. VI, Le Donazioni. Giuffrè Editore, 2009, p. 130.

compeler al beneficiario a ir a un arbitraje? ¿Puede el beneficiario desconocer la cláusula arbitral del contrato de seguro y optar por la vía judicial?²⁵⁷

Para este tipo de casos GONZALEZ DE COSSÍO sugiere la siguiente expresión para resolver las preguntas planteadas en el párrafo anterior: “*Quién toma el botín, toma la carga*”.²⁵⁸

De acuerdo con este autor:

“El tercero no está obligado a aceptar el acuerdo arbitral como tampoco está obligado a aceptar el estatus que le confiere el autor del acto o el beneficio derivado del mismo. Ello no sólo es lógico, sino una consecuencia del principio *res inter alios acta*. Pero si el autor del acto incluye un acuerdo arbitral como la forma para resolver cualquier problema que derive del acto jurídico que ha confeccionado, ello forma parte del ‘paquete’ que diseñó el autor del acto jurídico. Del universo de derechos y obligaciones que conforman el acto jurídico en cuestión. Para que el tercero pueda beneficiarse del contenido del acto jurídico, tiene que aceptar el acuerdo arbitral —como corolario del principio que acepta el beneficio en la forma que lo contempló el autor del acto. Ello es una consecuencia natural de aceptar que el contenido del beneficio que el autor del acto otorga está compuesto por los derechos y obligaciones que el autor del acto confeccionó. No admitir esto invita selectividad— además de desdeñar el deseo del autor del acto. Implicaría que el tercero puede

²⁵⁷ Vid. Por ejemplo en el caso colombiano: ALJURE SALAME, Antonio. “El arbitraje y el contrato de seguros en el derecho nacional e internacional”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). “*El Contrato de Arbitraje*”. Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, 1ra Ed. 2005, pp. 371-374.

²⁵⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “*El que toma el botín, toma la carga: La solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros*”. En: www.gdca.com.mx

seleccionar lo que acepta y rechazar lo que no, en forma contraria a la voluntad del autor del acto”²⁵⁹.

Actualmente, la Ley de Arbitraje regula algunos supuestos especiales en los que es posible extender el efecto o la vinculación del convenio arbitral a otras partes que se benefician del mismo, y que no han firmado ningún documento, sin recurrir a la aplicación del artículo 14 bis.

Veamos, entonces, estos dos casos especiales, que la Ley de Arbitraje ha previsto, nos referimos específicamente al arbitraje sucesorio, y el arbitraje societario.

5.1. Arbitraje Sucesorio

El arbitraje en materia sucesoria, la Ley de Arbitraje ha previsto en la Séptima Disposición Complementaria²⁶⁰, lo siguiente:

SÉTIMA.- Arbitraje sucesorio

Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 4.

²⁶⁰ No encontramos una justificación adecuada por la cual el legislador haya optado por la regulación tanto del arbitraje sucesorio como el arbitraje estatutario dentro de las Disposiciones Complementarias de la Ley de Arbitraje. En este punto creemos, que por técnica legislativa debió incluirse dentro del cuerpo general de la Ley la regulación de ambos dispositivos, tal como lo regulaba la Ley anterior, esto es la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572.

Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior.

A estos, efectos, sólo nos interesa el primer párrafo del artículo citado, dado que la segunda parte permite a los sucesores celebrar un convenio arbitral si lo creen conveniente.

La regulación del arbitraje sucesorio, ya se encontraba prevista en la Ley General de Arbitraje anterior²⁶¹, no obstante la nueva regulación es más abierta, y permite situaciones de arbitraje, que la anterior norma no permitía; asimismo, en la legislación comparada podemos observar que varios países regulan dicha institución²⁶², y en otros, como el caso argentino y mexicano simplemente guardan silencio sobre el tema, lo cual origina la pregunta si es posible extender una cláusula arbitral testamentaria hacia los sucesores quienes no lo han firmado.

Así, de acuerdo con GONZÁLEZ²⁶³, quien analiza esta problemática desde el enfoque de la legislación mexicana sostiene que “incluir un acuerdo arbitral en un testamento implicaría forzar a los herederos y legatarios al arbitraje. Siendo un instrumento *in natura* voluntario, no faltará quien argumente que ello no

²⁶¹ La Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, derogada por el D. Leg. 1071, Ley de Arbitraje, disponía en su artículo 13, la regulación sobre el arbitraje testamentario, el cual señalaba que: “Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas”.

²⁶² Tal es el caso de la Ley de Arbitraje española, Ley 60/2003, que regula este supuesto en el artículo 10.

²⁶³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.* pp. 5-6.

puede ser impuesto. (...) La objeción merece dos comentarios. Primero, dependiendo de cómo se redacte, el acuerdo arbitral en un testamento puede ser caracterizado como una 'condición', misma que el testador puede claramente establecer en su testamento, y que si los herederos o legatarios no cumplen, se siguen las reglas de las condiciones (tanto bajo el testamento como el derecho sucesorio), lo cual puede incluir la pérdida de su derecho. No hay nada distinto en la condición de someter al arbitraje de otras condiciones que puedan pactarse. Es decir, sería una condición lícita como cualquier otra. (...) Segundo, si un heredero desea tomar el *botín* (beneficiarse de la herencia), que tome la *carga* (consienta al arbitraje). Después de todo, la intención putativa de un testador al establecer esta condición es canalizar sofisticadamente cualquier problema que surja de la sucesión. Evitar aquello que se observa con frecuencia: litigios sucesorios de varios años, cuya onerosidad reduce en forma importante el caudal hereditario. (...) Si así lo plasmó el de *cuyus*, la condición, como toda condición (lícita), debe cumplirse”.

Por su parte, en el caso argentino, CAIVANO señala que “(...) hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de «terceros», que por alguna razón pueden considerarse «asimilados a las partes». Tal es, por ejemplo, el caso de los sucesores universales de las

partes, a quienes se extienden activa y pasivamente los efectos de la cláusula arbitral, o en ciertas hipótesis, el de los fiadores de las partes”²⁶⁴.

Como se puede apreciar, en el primer caso –mexicano- se propone que la cláusula arbitral testamentaria sea tratada como una condición; mientras que en el caso argentino, se dice que es una relación especial en donde el heredero es asimilado a la calidad de parte, de la cláusula arbitral. En cualquiera de estas dos construcciones teóricas, la tendencia es aceptar que los herederos estén involucrados dentro del convenio arbitral dado por el *de cuius*, en nuestra legislación, el caso es resuelto a través de la norma anteriormente citada, que permite expresamente el arbitraje sucesorio.

En un caso importante llamado *Westland*²⁶⁵, el tribunal arbitral refirió que:

En ciertas circunstancias, los que no han firmado una cláusula de arbitraje son, sin embargo vinculados por él (y puede hacer uso de ella como medio de protesta, mediante demanda presentada en su contra ante los tribunales ordinarios). Esto es cierto para el sucesor universal o cualquier otro sucesor²⁶⁶.

²⁶⁴ CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. En: *Limaarbitration*, N° 1, Círculo Peruano de Arbitraje, 2006, p. 123.

²⁶⁵ ICC, caso N° 3879, Laudo interino del 5/03/1984, En: *Yearbook Commercial Arbitration*, 1986, p. 127

²⁶⁶ Traducción libre del siguiente texto: *In certain circumstances, those who have not signed an arbitration clause are nevertheless bound by it (and can avail themselves of it as a means of objection, if proceedings are instituted against them before the ordinary courts). This is true for the successor in title or any other successor.*

5.2. Arbitraje Estatutario²⁶⁷

Otro caso particular es el relativo al arbitraje societario. Así por ejemplo, tenemos el caso de las cláusulas arbitrales insertadas en los estatutos de la sociedad. Con ello, veamos el siguiente caso. Un accionista que quiera vender sus acciones a un tercero mediante un contrato de transferencia de acciones que no contenga un convenio arbitral, pero que en base al estatuto de la sociedad, la cual contiene un convenio arbitral decide ir a un arbitraje en virtud de dicha cláusula, cabe preguntarnos válidamente si ¿aquél accionista en base a esa cláusula arbitral del estatuto puede obligar a su comprador a ir a un arbitraje?

En el caso descrito anteriormente estaríamos ante la extensión de la cláusula arbitral -estatutaria- a un no signatario, son problemas societarios que involucran a un accionista con un comprador²⁶⁸, aunque también existen otros casos a título de ejemplo aquellos relativos en los que el nuevo socio, tenga más adelante con otros accionistas, éste –el nuevo socio- nunca firmó un convenio arbitral, ni menos aún presto su consentimiento al momento de establecerse el estatuto de la sociedad²⁶⁹.

²⁶⁷ Preferimos en este punto utilizar el término *arbitraje estatutario*, tal como lo hace la Ley de Arbitraje, en vez de “arbitraje societario”, teniendo en cuenta que este tipo de arbitraje puede utilizarse en otras personas jurídicas diferentes a las reguladas en la Ley General de Sociedades, tal como las asociaciones civiles, basta que cuenten con un estatuto donde pueda incorporarse un convenio arbitral.

²⁶⁸ Estos acuerdos son denominados por SANDROCK como “*intra-entity agreements to arbitrate*”. Cfr. SANDROCK, Otto. “‘Intra’ and ‘Extra-Entity’ agreements to arbitrate and their extensión to non-signatories under German Law”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 19, N° 5, 2002, pp. 424 y ss.

²⁶⁹ *Ibid.*

A ello, podría argumentarse que en realidad el comprador de las acciones - no signatario- si llega a ser un tercero, toda vez que el estatuto de la sociedad está dado por el consuno de los accionistas a llevar a arbitraje cualquier conflicto que pueda suscitarse frente a ellos y los que sean relativos a las acciones.

Por ejemplo, en un caso llevado en España, una sociedad contenía un convenio arbitral en su estatuto, su socio principal decidió vender sus acciones a un fiduciario, sin embargo, por diversos motivos surgió un conflicto entre ambos, por lo cual el socio solicitó la nulidad de dicho contrato por simulación absoluta, recurriendo, para ello, al arbitraje conforme lo establecía su estatuto.

Llevándose este caso a arbitraje, la demandada interpuso una oposición, señalando que la controversia no constituye una cuestión litigiosa societaria, ni está incluida en el ámbito del convenio arbitral contenido en el estatuto.

A ello, el árbitro se declaró competente, y declaró la nulidad del contrato de transferencia de acciones.

Ante esta situación, el demandado interpuso un recurso de nulidad ante la Audiencia Provincial de Barcelona, para lo cual dicho Tribunal anuló el laudo arbitral, indicando que “en el caso que nos ocupa constituye un conflicto de carácter patrimonial en el seno de una relación particular y que se trata de cuestiones relacionadas con la sociedad. No se trata de una controversia entre socios que se desenvuelva en el ámbito de la sociedad, sino externamente a

ella, aunque pueda tener un efecto reflejo para la sociedad. La cláusula arbitral vincula a los socios en relación exclusivamente a las controversias dimanantes del contrato de sociedad, no, como en el caso examinado, a las controversias dimanantes del contrato de compraventa de acciones en el cual no se pactó la remisión al arbitraje”²⁷⁰.

¿Qué puede estar sometido a una cláusula arbitral estipulada en el estatuto de una sociedad? Pues de acuerdo con DEL POZO “el convenio arbitral incluido en una cláusula de estatutos no puede servir para sujetar a arbitraje todas las controversias extracorporativas de los socios. Los estatutos son las reglas de funcionamiento del contrato de sociedad (...) las únicas relaciones jurídicas que pretenden disciplinarse son las societarias (...). Existen, pues, controversias entre socios que son litigios societarios y, luego, litigios extrasocietarios. Las primeras están cubiertas por el convenio arbitral estatutario, las segundas no puede estarlo. Lo que inevitablemente remite al delicado tema de la naturaleza de la controversia”²⁷¹.

Ciertamente, este tema resulta del todo discutible, en nuestro medio por ejemplo, en virtud de los artículos de arbitraje estatutario anteriormente citados, debemos entender que es un arbitraje obligatorio de carácter amplio, y

²⁷⁰ Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Quince, Recurso de anulación del laudo del TAB, del 20 de noviembre de 1998, tercer fundamento.

²⁷¹ FERNANDEZ DEL POZO, Luis. “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”. En: *Anuario de justicia alternativa*, N° 2, J.M. Bosch Editor, 2001, p. 137.

cualquier duda sobre sus alcances debe ser pro arbitraje, y no interpretarse de manera restrictiva.

En el caso que hemos planteado, el autor citado, propone que “si lo que se ventila es una eventual irregularidad del procedimiento de atribución de legitimación societaria embebido en el mecanismo limitativo, la cuestión es societaria y arbitrable; si no se pone en cuestión la atribución de legitimación sino, exclusivamente, la validez del título de transmisión, la cuestión no es arbitrable a menos que adquirente y transmitente están ligados por un convenio arbitral específico que no puede ser el contenido en la propia cláusula estatutaria”²⁷².

Cabe observar que no siempre resulta sencillo, incluso, determinar que actos son arbitrables de los conflictos suscitados entre los socios, como son los contratos parasocietarios, en el caso puntual presentado, somos de opinión concordante con lo establecido por la Audiencia Provincial de Barcelona, en tanto que no hubo un consentimiento por parte del comprador de someter la controversia a arbitraje, el mismo no podía ser compelido por el convenio arbitral estatutario; sin embargo, el tema, como ya indicamos, resulta ciertamente discutible.

Ahora bien, a esto responderíamos que el problema enfocado desde un ángulo diverso nos puede mostrar otro paisaje de la realidad. Aquí lo que se nos presenta es un conflicto nacido a raíz del contrato de transferencia de

²⁷² *Ibidem.*, p. 146.

acciones entre un accionista y su comprador, mas no de la sociedad (a pesar que la afecta indirectamente), en ese sentido se puede argüir en contrario que la cláusula arbitral que se quiere extender es de la sociedad y no del contrato de transferencia de acciones.

En otros términos, la extensión del convenio arbitral, tiende sus efectos hacia otra parte que no firmó la cláusula arbitral, pero que, a pesar de ello, se comporta en los hechos como si fuera una parte, pero aquí conviene señalar que en estricto se trata de una verdadera parte, en ese sentido su comportamiento obliga a que éste tenga intervención en el arbitraje.

Lógicamente, bajo la concepción clásica de que el contrato sólo obliga a las partes, más aún en el arbitraje, donde éste únicamente vincula a las partes que firmaron el convenio arbitral, es inimaginable que un no signatario pueda estar vinculado por el mismo²⁷³.

Cuál ha sido la posición de la regulación arbitral en este aspecto. Pues bien, bajo la Ley General de Arbitraje (derogada) no se pronunciaba respecto

²⁷³ En Estados Unidos, por ejemplo, a raíz del caso *United Steelworkers of America v. Warrior and Gulf Navigation Co.*, 36 U.S. 574, 582 (1960) se estableció que el arbitraje es un tipo de contrato, y por lo cual una parte no puede ser requerida a participar en un arbitraje o cualquier otra disputa en la cual no ha estado de acuerdo en participar. Traducción libre del siguiente texto: “*arbitration is a matter of contract and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed so to submit*”. No obstante lo anterior, algunos autores critican la posibilidad o al menos ven con mucho cuidado la extensión del convenio arbitral a falta de contrato, esto es en base a la pregunta ¿hasta dónde puede llegar mi consentimiento? En efecto, para el autor Alan Scott Rau la cuestión principal parte por saber que el consentimiento implica que se ¿puede arbitrar todo?, y si es así ¿con quiénes?, ¿qué clase de conflictos y sus alcances?, bajo qué condiciones, con qué procedimientos y quién asume los costos tanto de responsabilidad, daños y costas del proceso. Cfr. SCOTT RAU, Allan. “*Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of ‘Consent’*”. En: Law and Economics Research Paper N° 103, University of Texas School of Law, Enero 2008, pp. 1-85.

de este tipo de problemas. Así en principio, el artículo 12, del referido cuerpo legal establecía lo siguiente:

Artículo 12.- Arbitraje Estatutario

Constituye convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social.

Del análisis de este artículo podemos indicar que regula el tratamiento del arbitraje entre los miembros de la persona jurídica (*intra-partnership agreements to arbitrate*), pero no aquéllos relacionados entre los socios, y los nuevos socios. Queda además la duda acerca de los conflictos suscitados entre los socios y los administradores²⁷⁴, y entre los socios y terceros.

La Ley General de Sociedades, se preocupó por este tema, y lo trató en el artículo 48²⁷⁵, así dicho artículo señalaba lo siguiente:

Artículo 48.- Arbitraje. Conciliación

No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicación supletoria a ésta cuando exista convenio arbitral

²⁷⁴ Entiéndase al Directorio y al Gerente.

²⁷⁵ Es menester indicar que el carácter **obligatorio** del arbitraje estatutario tiene tal carácter en cuanto está establecido en los estatutos de la persona jurídica, de lo contrario, al no incluirse este convenio, la sociedad o persona jurídica no se encontrará vinculada al arbitraje. Esta norma no tiene un carácter imperativo.

obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten.

Esta norma es de aplicación, a la sociedad, a los socios o administradores aun cuando al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo y a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral.

El estatuto también puede contemplar el uso de mecanismos de conciliación extrajudicial con arreglo a la ley de la materia. (Subrayado nuestro)

Este artículo, deja la posibilidad que el arbitraje se extienda a aquellos socios, e incluso a los administradores que dejaron de serlo al momento de la controversia, someterse al arbitraje. Pero nada dice respecto de los nuevos accionistas y administradores, podría entenderse que el término “tercero” que utiliza este artículo podría significar a estos nuevos accionistas y administradores. Sin embargo, una interpretación más literal de este texto, da entender que el término “tercero” se aplica a todos aquellos que contratan con la sociedad que no implica necesariamente a los nuevos accionistas o administradores, dado que utiliza la palabra “contratar” y no “incorporar”, u otra similar para entender que se trata de nuevos socios, accionistas o administradores.

Sin embargo, si bien es cierto, la norma no lo establece textualmente, podemos interpretar que dicha extensión es posible en la medida que los nuevos socios o administradores al incorporarse a la nueva sociedad, se están sometiendo a un régimen de derechos y obligaciones; es decir, prestan plenamente su consentimiento al adquirir las acciones o participaciones de una

sociedad a las reglas que ésta establezca y que se encuentran formuladas en su estatuto u otro documento²⁷⁶, y dentro de ellas el convenio arbitral.

Por ejemplo, en las leyes alemanas de arbitraje y resuelta también por el Tribunal Supremo de Alemania en materia civil, prevén que el acuerdo de arbitraje viaja automáticamente con el contrato de venta de acciones (*partnership contract*), es considerado como un derecho accesorio o incidental, y por lo tanto obliga a todos los nuevos socios con independencia de si han unido o no su firma al acuerdo de arbitraje²⁷⁷.

Con la publicación de la nueva Ley de Arbitraje, se reformuló la regulación del arbitraje estatutario y del arbitraje establecido en la Ley General de Sociedades, de esta manera, la Sexta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

SEXTA. Arbitraje estatutario.

Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se **incorporen** a la

²⁷⁶ De acuerdo con LETURIA “Debido a que el convenio arbitral puede encontrarse en el estatuto, pacto social o cualquier norma equivalente, consideramos que la denominación de arbitraje societario es preferible a la de arbitraje estatutario, por cuanto ésta última podría generar la idea equivocada de que el convenio arbitral sólo puede insertarse en los estatutos de una persona jurídica”. LETURIA RENGIFO, Jorge Eduardo. “Apuntes acerca del Arbitraje Estatutario”. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. N° 56, año XVIII, Lima, 2003, p. 92.

²⁷⁷ SANDROCK, Otto. *Op. Cit.*, p. 427.

sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo. (Resaltado y subrayado nuestro)

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.

Este artículo, en su segundo párrafo, es mucho más específico y explícito que su antecesora, ya no que no solo se refiere que el convenio arbitral alcanza a todos sus miembros, y a los que dejaron de serlo, sino también extiende la vinculación del mismo a todos aquellos que se “incorporen” a la sociedad (tanto socios como administradores y representantes).

La nueva Ley de Arbitraje, trajo también la modificación del artículo 48 de la Ley General de Sociedades antes citada, la cual es una copia casi exacta de la Sexta Disposición Complementaria que hemos citado, al respecto, este nuevo artículo quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 48.- Arbitraje.

Los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley.

El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios.

El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia.

Con esto, debe quedar claro que el convenio arbitral tiene efectos vinculantes sobre los nuevos accionistas, participacionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad.

Sin embargo, tal como presentamos en nuestro ejemplo sobre el arbitraje que se extiende sobre alguien que adquiere las acciones de una sociedad, que cuestiona el mismo contrato de transferencia de acciones ¿puede extenderse también el arbitraje estatutario de la sociedad, según la regulación peruana?

Creemos que la respuesta es negativa, en primer lugar, porque si bien es cierto la cláusula arbitral estatutaria alcanza a los nuevos socios, ésta no puede alcanzar al comprador de las nuevas acciones o participaciones, dado que lo que está en discusión es la validez del propio contrato de transferencia de acciones o participaciones, con lo que la calidad de socio se encuentra condicionada a que el mencionado contrato sea válido y eficaz.

Segundo lugar, la cláusula arbitral estatutaria se extiende a los nuevos socios, cuando ya comportan tal calidad dentro de la sociedad, en ese sentido todos los conflictos que se puedan suscitar estarán obligados por la cláusula arbitral.

Tercero, sólo podrá ir a un arbitraje el conflicto suscitado en el contrato de transferencia de acciones o participaciones solo si existe un convenio arbitral

en el propio contrato, o bien una cláusula de incorporación por referencia al convenio arbitral del estatuto.

Cuarto, podría pensarse por un momento que en virtud del principio *kompetenz kompetenz*²⁷⁸ correspondería al árbitro determinar su competencia en este conflicto, en vista que se encuentra habilitado por la cláusula arbitral inserta en el estatuto de la persona jurídica. Sin embargo, esta posibilidad debe ser desestimada, en tanto que, son dos ámbitos diferentes en los que se están analizando, el primero el contrato de transferencia de acciones, que solo comporta entre comprador y vendedor, y solamente estarán obligados por lo que el contrato establezca, el segundo plano está dado cuando luego el comprador adquiera las acciones tendrá un haz de obligaciones y derechos como accionista o socio, y en consecuencia estará obligado por la cláusula arbitral estatutaria una vez que adquiera la calidad de socio. El principio *Kompetenz-Kompetenz*, será utilizado cuando verse sobre problemas intrasocietarios, como por ejemplo un caso de nulidad de un acuerdo societario, y un socio quiera recurrir al Poder Judicial, en ese caso procederá la excepción del convenio arbitral, y corresponderá al árbitro dirimir la controversia.

²⁷⁸ *Supra* Capítulo I, punto 3.2.

CAPÍTULO III

LAS TEORÍAS QUE EXPLICAN LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL Y SU APLICABILIDAD EN EL ARBITRAJE PERUANO

1. ORIGEN DE LA VINCULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A LOS NO-SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE

Es sumamente interesante la historia de cómo los tribunales arbitrales a través de laudos arbitrales fueron incorporando a los llamados no-signatarios dentro del arbitraje. El primero de estos casos, y que es *leading case* en el tema de la extensión del convenio arbitral, es el caso *Société Isover-Saint Gobain v. société Dow Chemical France*²⁷⁹, el cual aplicó la doctrina del grupo de sociedades, incorporando conceptos interesantes como la de una única realidad económica (“*une réalité économique unique*”) para poder identificar a un grupo de empresas que actuaban bajo un mismo interés particular.

Posteriormente, hubieron otros casos, que fueron desarrollando la aplicación de la doctrina del grupo de empresas para poder extender esta figura a los no signatarios, otros en cambio, como en el derecho inglés se rehusarán a aplicar dicha doctrina, tal es el caso *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd*²⁸⁰.

²⁷⁹ ICC Award 4131, 1982.

²⁸⁰ *Peterson Farms Inc v C & M Farming Ltd* [2004] APP.L.R. 02/04.

Sin embargo, el tema de los no-signatarios es un problema de vieja data, por ejemplo HUI²⁸¹ identifica que el primer caso que clasificó las diferentes teorías o posiciones respecto del tratamiento de los no-signatarios data de 1960 (sin embargo cabe anotar que existen resoluciones anteriores que ya habían desarrollado en casos puntuales, una determinada teoría para extender los efectos del convenio arbitral). Así, en el caso *Fisser v. International Bank*²⁸² tiene el mérito de clasificar los supuestos en los cuales es posible extender la eficacia del convenio arbitral. De acuerdo con este caso son seis los supuestos, a saber: i) La cesión de créditos, ii) La práctica de crear una opción de un contrato mutuamente vinculante para arbitrar, iii) La adición de un parte a través de la novación, iv) Consideraciones sobre la agencia en el cual el no-signatario es “meramente un instrumento de una parte vinculada por la cláusula de arbitraje”, v) La aplicación a una entidad beneficiada por una cláusula de arbitraje, y vi) Alter ego. Será esta última teoría la que permite también utilizar la teoría del levantamiento del velo societario, ya sería posteriormente con el caso *Thomson* donde se reformularían estas teorías.

Estos casos se fueron multiplicando, no solo en Francia, donde se pudieron ver esta clase de casos complejos, sino también en Estados Unidos, Inglaterra, Suecia, entre otros. Pese a que, particularmente, en Estados Unidos, en los años 60, en el caso *United Steelworkers of America v. Warrior and Gulf*

²⁸¹ HUI, Alexandra Anne. “Equitable Estoppel and the compulsion of arbitration” En: *Vanderbilt Law Review*. Vol. 60, N° 2, 2007, p. 713.

²⁸² *Fisser v. Int'l Bank*, 282 F.2d 231, 233 (2d Cir. 1960).

*Navigation CO*²⁸³ se había dejado como precedente que no se puede obligar a cualquier tercero a ingresar a un arbitraje si no ha sido parte del convenio arbitral.

Este fenómeno o problema, como hemos visto se fue dando en diversos países, los cuales incluso no comparten una misma tradición jurídica, y han ido adoptando soluciones diferentes, y esto es más tangible en los arbitrajes comerciales internacionales.

Asimismo, los centros arbitrales, como la CCI, han enfrentado estos problemas, con diversos criterios, existiendo con ello una diversidad de soluciones a estos problemas²⁸⁴. En otros casos se ha tratado de establecer una suerte de *test* para determinar en qué supuestos se está ante la extensión *ratione personae* en el arbitraje²⁸⁵.

²⁸³ *United Steelworkers of America v. Warrior and Gulf Navigation CO.*, 36 U.S. 574, 582 (1960).

²⁸⁴ Al respecto puede revisarse el documento: Final Report on Multi-Party Arbitrations. En: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Vol. 6, N° 1, Mayo, 1995, pp. 26 y ss.

²⁸⁵ Por ejemplo el Tribunal Federal Suizo aplicó una prueba estricta o *test* en cuanto a la extensión de un acuerdo de arbitraje a los no firmantes. Dicha prórroga sólo es admisible cuando (i) un acuerdo que contenga una cláusula de arbitraje, o una reclamación que surja de dicho acuerdo, se asigna a un tercero, (ii) un tercero que asume una deuda derivada de un contrato que contiene una cláusula arbitral (iii) un acuerdo que incorpora por referencia a una cláusula compromisoria contenida en otro acuerdo, o (iv) un tercero intervenga en la ejecución del contrato que contiene la cláusula de arbitraje, aunque esa participación no sea aceptada a la ligera. En particular, el mero hecho de que algunos controles que no son signatarios de una de las partes en el convenio arbitral no justifica la extensión de la cláusula de arbitraje. En el caso que nos ocupa, la empresa matriz de una de las partes en el acuerdo de arbitraje había emitido una garantía a favor de la otra parte. El Tribunal Federal rechazó la extensión de la cláusula de arbitraje frente al garante. *Vid.* Decision of the Federal Tribunal of August 19, 2008, N° 4A.128/2008, publicado en: *ASA Bulletin*. 4/2008, pp. 777 y ss. Asimismo, puede revisarse un comentario sobre este caso en: NAEGELI, Georg y Chris SCHMITZ. "Switzerland: Strict Test for the extension of arbitration agreements to non-signatories. Note on an important decision rendered by the Swiss Federal Tribunal". En: *German Arbitration Journal (Zeitschrift für Schiedsverfahren)*. Julio/Agosto 2009, N° 7, pp. 185 y ss.

El siguiente cuadro²⁸⁶ resulta ilustrativo observar como diferentes países han tratado este problema, y que soluciones han brindado:

Cuadro 3

CASOS EN LA ICC	LUGAR	DERECHO APLICABLE	DERECHO APLICADO POR EL TRIBUNAL QUE RESOLVIÓ LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL
ICC N° 3493 (1983)	París	Egipto	No especificado: El consentimiento obligado por un acuerdo arbitral
ICC N° 4131 (1982)	París	Francés	La intención de las partes en el contrato
ICC N° 4402 (1983)	Génova	Sueco	Se aplicó el derecho del país: Consentimiento escrito en base a una respuesta del no signatario
ICC N° 4504 (1986)	Génova	Sueco	Derecho del lugar, no hubo acuerdo escrito
ICC N° 5721 (1990)	Génova	Egipto	Buena fe y los usos internacionales
ICC N° 6610 (1991)	Hong Kong	Inglés	Intención de las partes en el contrato / Se rehusó a aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario
ICC N° 7155 (1993)	París	Francés	Derecho francés: se aplicó la doctrina del grupo de empresas
ICC N° 7610 (1995)	París	No especificado	Derecho del lugar / Intención de las partes
ICC N° 7626 (1995)	Londres	India (no del todo claro)	Se aplicó tanto el derecho inglés como el de la India (no queda muy claro)
ICC N° 8163 (1996)	París	Alemán	Se aplicó el derecho Alemán: Se denegó la aplicación del levantamiento del velo societario
ICC N° 8365 (1995)	New York	New York	Se aplicó la Lex mercatoria
ICC N° 8910 (1998)	París	No especificado	Derecho del lugar
ICC N° 9517 (2000)	Dubái	No especificado	Intención de las partes, al menos implícitamente.
ICC N° 9873 (1999)	París	Alemán	Se aplicó el derecho alemán para el contrato principal / Intención de las partes.
ICC N° 10758 (2000)	Génova	No especificado	Derecho del lugar.

Como se puede apreciar, este no es un problema exclusivo de una nación o un sistema jurídico. Sino que atraviesa distintos ordenamientos jurídicos en razón a que las partes que intervienen en el contrato, resultan ser de distintas

²⁸⁶ Este cuadro es una adaptación al español del siguiente enlace:
[http://www.lalive.ch/data/document/Law_Applicable_to_the_Extension_of_Arbitration_Agreements_\(01-12-2011\).pdf](http://www.lalive.ch/data/document/Law_Applicable_to_the_Extension_of_Arbitration_Agreements_(01-12-2011).pdf)

nacionalidades, incluyendo a los Estados como parte²⁸⁷, todo ello producto del comercio internacional, y de las inversiones en infraestructuras; lo cual es el foco central de países como el Perú, entonces es importante conocer las reglas de juego del arbitraje en este nivel.

Por otra parte, el arbitraje comercial internacional ha ido desarrollando o planteando soluciones al problema de la extensión del convenio arbitral mediante la doctrina del grupo de empresas, también ha desarrollando otros planteamientos a situaciones nuevas que se han presentado, como es el caso del contrato a favor de tercero, el de agencia o representación, *estoppel* o doctrina de los actos propios, las empresas que subcontratan, los contratos con fianzas, la cesión de posición contractual, etc.²⁸⁸

²⁸⁷ Se encuentra dentro de estos alcances los arbitrajes de inversión que son llevados a cabo ante el CIADI. No obstante, existe cierta polémica sobre la extensión del convenio arbitral a los entes reguladores quienes no suscribieron el contrato de concesión. Al respecto, ciertos autores consideran que si es posible extender el convenio arbitral (arbitrabilidad subjetiva), pero dado que es materia indisponible (arbitrabilidad objetiva) no es posible arbitrar las decisiones del ente regulador. *Vid.* CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. “¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN”. Vol. 17. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores. 2011. Mientras que otro sector sustenta que las resoluciones del Ente regulador son plenamente arbitrales y por lo tanto le son extensibles la cláusula arbitral. *Vid.* ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Sobre los entes reguladores y su función arbitral”. En: *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica, Balance y Perspectivas*, Ara Editores, 2010, pp. 19-36. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “El Estado soy yo. Arbitraje y regulación: ¿Son los árbitros los nuevos reguladores?”. En: *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica, Balance y Perspectivas*, Ara Editores, 2010, pp. 39-98. QUIÑONES ALAYZA, María Teresa. “Arbitraje, *lus imperium* y contratos de concesión”. En: *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica, Balance y Perspectivas*, Ara Editores, 2010, pp. 211-213. SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio. “Introducción a los requisitos *rationae materiae* y *rationae personae* del arbitraje bajo el convenio del CIADI”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, 2006, p. 278.

²⁸⁸ Al respecto puede revisarse el documento de trabajo elaborado por la UNCITRAL: A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, del 26 de enero del 2000.

Sin embargo, no ha sido una tarea exclusiva de los árbitros, sino también de los Cortes Judiciales, y es el caso *Thomson* el más relevante, a pesar de no haber incluido a un no-signatario en un arbitraje, expuso en que supuestos es permitido o posible a los árbitros poder incluir a un no-signatario dentro de un arbitraje.

Así, dicha sentencia reconoció cinco teorías para incluir a los no signatarios en un arbitraje²⁸⁹, a saber: 1) la incorporación por referencia, 2) la asunción, 3) agencia, 4) veil-piercing/alter ego, y 5) estoppel²⁹⁰.

Algunos autores, como HANOTIAU²⁹¹ considera más opciones para determinar quien es parte de un arbitraje, como son: 1) Representación y agencia, 2) El tercero beneficiario y las cláusulas de garantía (“*clauses de porte-for*”), 3) Transferencias a título universal e individual, 4) Estoppel, 5) Incorporación por referencia, 6) Consentimiento por la conducta como expresión de un consentimiento implícito o como una alternativa de consentir, 7) La existencia entre las partes de una comunidad de derechos e intereses, 8) Confusión y fraude, 9) *Equity* y bienes administrados por la justicia, y 10) Grupo de empresas²⁹².

²⁸⁹ Estos criterios también fueron expuestos en el caso *Zurich American Ins. Co. v. Watts*, 417 F. 3d 682, 687 (7th Cir. 2005).

²⁹⁰ No obstante las cinco teorías expuestas en el caso *Zurich American Ins. Co. v. Watts*, nosotros expondremos en la presente tesis y el desarrollo de teorías adicionales desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia.

²⁹¹ HANOTIAU, Bernard. “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts–Parties–Issues – An Analysis”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 18 No. 3, 2001, pp. 255-278.

²⁹² Dentro de esta teoría, es posible distinguir situaciones donde se extiende a uno o más no-signatarios como adicionales a los demandados o demandantes, tales como: i) la extensión a la empresa matriz, ii) la extensión a una o más subsidiarias u otras compañías de la

Otros, reconocen la existencia de hasta doce teorías sobre la extensión del convenio arbitral²⁹³, las cuales serían: 1) cesión, 2) subrogación, 3) tercero beneficiario, 4) novación, 5) incorporación por referencia, 6) agencia, 7) estoppel, 8) asunción de obligaciones, 9) sucesión, 10) grupo de empresas, 11) única transacción económica, y 12) *Equity*.

Sobre esto conviene, aseverar que dichas teorías no tienen un alcance universal, esto dependerá de las jurisdicciones y las culturas jurídicas²⁹⁴ para determinar en cada caso concreto su aplicabilidad, asimismo, éstas teorías pueden presentarse de forma interrelacionadas.

Esto por ejemplo, fue establecido en un laudo arbitral²⁹⁵, donde se dijo que:

La cuestión de si las personas no mencionadas en un acuerdo puede tomar ventaja de una cláusula de arbitraje incorporado en el mismo es una cuestión que debe ser decidida **caso por caso**, requiriendo un análisis detallado de las circunstancias en las que se suscribió el acuerdo, así como de la relación entre las empresas emplazadas, la intención real o presunta de las partes en cuanto a los derechos de los no signatarios a participar en el acuerdo de arbitraje, y el grado en el cual y las circunstancias en las que los no-signatarios posteriormente se involucraron

empresa que no sean subsidiarias, iii) la extensión a una compañía hermana, iv) la extensión al Director o al Gerente, v) la extensión a un particular, como a los accionistas. Cfr. HANOTIAU, Bernard. *Op. Cit.*, pp. 279 y ss.

²⁹³ HOSKING, James. "Non signatories and international arbitration in the United States: The quest for consent". En: *Arbitration International*, Vol. 20, N° 3, 2004, p. 295.

²⁹⁴ SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. "Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional". En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 2, Universidad Sergio Arboleda: Comité Colombiano de Arbitraje - Legis, Enero – Junio, 2005, p. 58.

²⁹⁵ ICC Caso N° 9517.

en la ejecución del contrato y en la disputa que surja de ella²⁹⁶ (Resaltado y subrayado nuestro).

Por otra parte, en muchos casos, teorías desarrolladas en el *Common Law*, también han sido desarrolladas paralelamente en otros sistemas como el nuestro, tal es el caso del *Estoppel*, frente a la doctrina de los actos propios, cada una con sus propias variantes, pero con una finalidad muy similar²⁹⁷ y otros tienen la misma estructura independientemente del sistema jurídico, por ejemplo la incorporación por referencia.

No obstante, a pesar de la creciente aceptación de dichos criterios, aún existe una fuerte resistencia a incorporar a no-signatarios dentro del arbitraje, principalmente porque rompe la regla del contrato *pacta sunt servanda*, y también al hecho de que existen legislaciones que contemplan la forma *ad solemnitatem* del convenio arbitral²⁹⁸, asimismo, podemos añadir, que esta

²⁹⁶ Traducción libre del siguiente texto: *The question whether persons not named in an agreement can take advantage of an arbitration clause incorporated therein is a matter which must be decided on a case-by-case basis, requiring a close analysis of the circumstances in which the agreement was made, the corporate and practical relationship existing on one side and known to those on the other side of the bargain, the actual or presumed intention of the parties as regards rights of non-signatories to participate in the arbitration agreement, and the extent to which and the circumstances under which non-signatories subsequently became involved in the performance of the agreement and in the dispute arising from it.*

²⁹⁷ *Vid. Infra*, punto 2.1.

²⁹⁸ Así, SANTISTEVAN ha referido que hay una resistencia inicial que genera la incorporación de las partes no signatarias por el impacto que ello genera sobre las reglas esenciales de la contratación (*pacta sunt servanda, lex inter partes y res inter alios acta*) y por la dificultad de admitir tal extensión en regímenes jurídicos en los que la legislación concibe al contrato arbitral como uno *ad solemnitatem* y no *ad probationem* como es el caso hoy día con la nueva ley en el Perú. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje". En: *Revista Peruana de Arbitraje*, Nº 8, 2009, p. 33.

resistencia se refleja en los laudos arbitrales anulados por las Cortes Judiciales, en virtud que no aceptan estos criterios por no estar positivados²⁹⁹.

Probablemente, el argumento más fuerte de quienes abogan por la no vinculación del convenio arbitral a los no-signatarios, se basan 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 Constitución³⁰⁰, como también en el artículo 8.1 de la

²⁹⁹ Conviene en este punto citar el considerando décimo noveno del Expediente N° 00451-2009 emitido por la Primera Sala Civil con subespecialidad comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima: "(...) cabe prestar atención, primero, a 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. Por el contrario, aceptaron tácitamente en el laudo, que la doctrina de extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no encontraba sustento en la Ley N° 26572, la cual era aplicable al caso concreto; sin embargo, apelaron para justificar su decisión, al hecho de que en la jurisprudencia internacional, así como en la doctrina nacional e internacional, existen posiciones que justifican esa posibilidad. (...) Y no es intención de este Colegiado en esta resolución desconocer la calidad que tienen tanto la doctrina como la jurisprudencia de fuentes dogmáticas del derecho, y necesarios referentes de ilustración al abordar el estudio de una institución jurídica. No obstante, no puede perderse de vista que el arbitraje al cual nos venimos refiriendo no es uno de conciencia, sino de derecho. Cuando las partes entregan a los árbitros la facultad de resolver un conflicto, con la precisión de que su decisión debe fundarse en el derecho aplicable (artículo 3 de la Ley N° 26572), se espera justamente que los árbitros resuelvan el caso respetando la normatividad estatal, no en base a lo que ellos creen que debería ser el derecho de nuestra nación, o conforme a lo que en su entendimiento es justo o injusto, sino en base a lo que el derecho dice para el supuesto específico". (Resaltado nuestro). Nótese la necesidad todavía de la Corte de encontrar una norma jurídica para sustentar la extensión del convenio arbitral. E incluso, nos da entender que si el arbitraje hubiese sido de conciencia hubiese sido posible extender el convenio arbitral, entonces si el arbitraje es de derecho, ¿no cabe posibilidad alguna de la extensión del convenio arbitral a pesar de tener como consecuencia una solución injusta, evidenciada a través del abuso de la personalidad jurídica de un grupo de sociedades?

³⁰⁰ **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.

Convención Americana de Derechos Humanos³⁰¹ y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos³⁰², estos dos últimos son convenciones internacionales de los que el Perú es parte.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, ha dado contenido a este derecho, señalando 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 expresamente 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 (...)”³⁰³.

³⁰¹ **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.

³⁰² **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.

³⁰³ STC. N° 1937-2006-HC/TC

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 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”³⁰⁴.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Estados Unidos ha señalado que “la Séptima Enmienda preserva a los litigantes el derecho a un juicio con jurado bajo el derecho consuetudinario”³⁰⁵. Sin embargo muchos tribunales han asumido que uno pierde el derecho a un juicio con jurado sólo si se demuestra que existe un mínimo de consentimiento mutuo para llegar a un acuerdo subyacente que contenga una cláusula arbitral³⁰⁶. 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 arbitraje³⁰⁷.

³⁰⁴ 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.

³⁰⁵ *Ross v. Bernhard*, 396 U.S. 531, 533 (1970). Traducción libre del siguiente texto: “*The Seventh Amendment preserves to litigants the right to jury trial in suits at common law*”.

³⁰⁶ KEPPER Andrew M. “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”. En: *Iowa Law Review*. N° 91, issue 4, 2006, p. 1341.

³⁰⁷ *Ibidem*.

Sin embargo, cierto sector de la doctrina mantiene una posición reticente sobre la vinculación del convenio arbitral a falta de consentimiento³⁰⁸.

Sobre el particular AGUILAR 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”³⁰⁹.

Por ello, es en base a la participación del no-signatario y a las reglas de la buena fe, es que pueden extenderse los efectos del convenio arbitral, y la circunstancia 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”³¹⁰, 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

³⁰⁸ STERNLIGHT, Jean R. “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”. En: *Tulane Law Review*, Vol 72, N° 1, 1997. Este autor 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, J. Douglas y Hamilton RIAL III. “Equitable estoppel as a basis for compelling nonsignatories to arbitrate – A bridge too far?”. En: *Review of Litigation*. Summer 2002, Vol. 21 Issue 3, p. 593.

³⁰⁹ AGUILAR GRIEDER, Hilda. “La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el Arbitraje Comercial Internacional”. Universidad de Santiago de Compostela, 2001, p. 83.

³¹⁰ AGUILAR GRIEDER, Hilda. *Op. Cit.*, p. 84.

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”³¹¹.

Al mismo tiempo, tanto la doctrina³¹², como los centros arbitrales, en especial la CCI³¹³, han tenido una preocupación constante sobre esta problemática.

En algunos casos, se ha buscado una interpretación creativa para poder extender la vinculación del convenio arbitral a los no-signatarios, en base, además, del principio a favor del arbitraje (*principle in favor of arbitration*)³¹⁴.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² LOBAN 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, 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 a él. Este es el típico caso del subcontratista, o de los contratos de agencia. Mientras que en 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 que creemos también aplicable al arbitraje doméstico), no existe en consecuencia alguna implicancia o fin diferente en la aplicación del mismo en casos concretos. LOBAN, Karyna. “*Extension of the arbitration agreement to the third parties*”. Central European University, Budapest. 2009, pp. 5 y ss.

³¹³ CORREA DELCASSO, Juan Pablo. “La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: análisis de la doctrina de la Corte de Arbitraje de la CCI”. En: *Arbitraje: comentarios prácticos para la empresa*. MONTAÑA, Miguel (Editor). Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2011, pp. 45 y ss.

³¹⁴ 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”. (resaltado nuestro). 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

Este principio se puede encontrar en la mayoría de los países que han adoptado una política pro arbitraje³¹⁵.

2. ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS QUE EXPLICAN LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL Y SU RECEPCIÓN EN EL ARBITRAJE PERUANO

2.1 LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y LA FIGURA DEL *ESTOPPEL* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

La doctrina de los actos propios³¹⁶ es una institución jurídica que se deriva del principio de la buena fe. En principio la llamada doctrina de los actos

problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay, or a like defense to arbitrability” (resaltado nuestro). 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].

³¹⁵ KARRER, Pierre y Claudia KÄLIN-NAUER, “Is There a Favor Jurisdictionis Arbitri? Standards of Review of Arbitral Jurisdiction Decisions in Switzerland”. En: *Journal of International Arbitration*, N° 13, issue 3, 1996, pp. 31-38. LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A. y Stefan KRÖLL. “*Comparative International Commercial Arbitration*”. Publisher, Kluwer Law International, 2003, pp. 150-151.

³¹⁶ Al respecto existe una serie de estudios sobre la teoría de los actos propios, entre los cuales recomendamos los siguientes: ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto M. LÓPEZ CABANA. “La virtualidad de los actos propios en el Derecho Argentino”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo A, 1984. ARANA GARCÍA, Estanislao. “*La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho Administrativo*”. Granada: Editorial Comares S.L., 2003. BERRO, Federico. “*La Relevancia Jurídica de la Conducta Anterior (Teoría de los Actos Propios)*”. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1989. BIDART CAMPOS, Germán. “¿La teoría del acto propio no rige para el Estado? (La ley del embudo)”. En: *Suplemento Constitucional La Ley*, Argentina, Agosto, 2004. BORDA, Alejandro. “*La Teoría de los Actos Propios*”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. “*La Teoría de los Actos Propios*”. Ed. Palestra, Lima 2006. CÓRDOBA, Marcos (Director) – GARRIDO CORDOBERA, Lidia y KLUGER, Viviana (coordinadoras), “*Tratado de la Buena Fe en el Derecho*”. 2 tomos, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. “La doctrina de los actos propios y la declaración tácita de la voluntad”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo A, 1985. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La doctrina de los actos propios”. En: *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*. Libro Homenaje a Fernando Hinestroza, 40 años de rectoría 1963-2003, Tomo I. Universidad Externado de Colombia, pp. 351-360. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La verdad construida: Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal”. En: *Thémis, Revista de Derecho*, N° 51. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. “*La Doctrina de los Actos Propios*”. Barcelona: Bosch, 1962. EISNER, Isidoro, “La doctrina de los propios actos compromete también al obrar del tribunal (venire contra Factum proprium non valet)”. En: *La Ley, Revista Jurídica*

proprios proviene del brocardo *venire contra factum proprium non valet*, el cual quiere decir no vale actuar contra el hecho propio.

Su origen³¹⁷, tal como refiere DE TRAZEGNIES, al explicar que:

Argentina. Buenos Aires: La Ley, Tomo C, 1987. EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. “La doctrina de los actos propios”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989. EYZAGUIRRE B. José María. “Breve estudio sobre la teoría comparada del propio acto”. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1985. GAGLIARDO, Mariano. “La doctrina del propio acto en el Derecho societario”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo B, 1987. LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. “La doctrina de los actos propios”. Editorial REUS, BdeF, reimpresión 2009. MAIRAL, Héctor A. “La doctrina de los propios actos y la administración pública”. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988. MÉNDEZ SIERRA, Eduardo Carlos. “El silencio frente a la buena fe y los requerimientos privados”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo A, 1994. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “La Teoría de los “Propios Actos”, y la doctrina y jurisprudencia nacionales”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo A, 1984. MORALES HERVIAS, Rómulo. “La doctrina de los actos propios entre el negocio y el contrato. Historia de una importancia impracticable e injusta”. En: *Estudios sobre teoría general del contrato*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006. Págs. 561-616. MORELLO, Augusto M. y Rubén S. STIGLITZ. “Inaplicabilidad de la doctrina del acto propio a la declaración viciada por falta de libertad y por violencia”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2004. NISSEN, Ricardo Augusto. “El ejercicio de los derechos de socio y la aplicación de la Doctrina de los Propios Actos”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo B, 1997. O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. “El cielo de los conceptos jurídicos versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios”. En: *Thémis, Revista de Derecho*, N° 51. ORTIZ CABALLERO, René. “La Doctrina de los Actos Propios en el Derecho Civil Peruano”. En: *Derecho PUCP*, N° 45, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. PETRONE, Aldo. “La doctrina de los actos propios”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo D, 1995. PUIG BRUTAU, José. “La Doctrina de los Actos Propios”. En: *Estudios de Derecho Comparado*. Barcelona: Ariel, 1951. RIVAS GUZMÁN, Ramón. “La doctrina de los actos propios y el reglamento interno de la empresa”. En: *Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

³¹⁷ De acuerdo con MORALES, el origen de la doctrina de los actos propios se encuentra en la *exceptio doli* que implicaba un mecanismo de defensa del demandado según el cual podía oponer el dolo de la contraparte cometido al momento en que se celebró el negocio o al momento que se ejercía la acción. Específicamente la *exceptio doli generalis seu praesentis* (excepción de dolo genérico o presente) se oponía al comportamiento doloso que tenía un “contenido contrario a la *bona fides* –es decir al genérico deber de comportarse según los cánones de la corrección- en el momento en que se ejercía la acción”. MORALES HERVIAS, Rómulo. *Op. cit.*, p. 570. Sin embargo, compartimos la opinión de PUIG BRUTAU en que la *exceptio doli* sólo coincide con algunos de los casos particulares de actuación del *estoppel*, porque, en realidad, en la doctrina de los actos propios el juzgador ha de prestar atención, no tanto a la mala fe de quien ha de quedar paralizado por dicha *exceptio*, sino a la buena fe o a la confianza de la otra parte, esto es, de quien ha confiado razonablemente de una apariencia imputable a la primera. Esta es la orientación que impone la circunstancia de tratarse, según nuestra concepción, de un caso de aplicación de la teoría de la apariencia, o mejor dicho, de la protección dispensada a la confianza en la apariencia. PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, p. 107.

“(…) no son propiamente del Derecho Romano, eminentemente casuístico, sino de la glosa medieval sobre la compilación justiniana. Accursio en la Glossa Ordinaria comenta, dándole un carácter general, la regla del Digesto sobre un caso de herencia en la que se establece que ‘(…) *adversus factum suum (...) pater movere controversiam prohibetur*’. Sin embargo, es Portius Azo, a fines del siglo XIII, quien, en su libro “Brocardico. Aurea D. Adonis: Cononiensis Antiquorum Iuris Consultorum Facile Principis”, acuña la frase *non concedit venire contra factum proprium*. Como es conocido, la glosa bocárdica pretendía resumir en frases muy breves el conocimiento jurídico antiguo para el efecto de consultar más fácilmente los principios. Era, pues, un esfuerzo de síntesis y de teorización que, bajo su modestia apariencia intelectual, se proponía sobrepasar los límites de la casuística romana”³¹⁸.

Este actuar contra los actos propios, el cual, -como diría DE LA PUENTE- gracias a una vaga intuición de justicia³¹⁹ lo que se busca es dejar sin efecto un acto jurídico que previamente se ha celebrado, contrariando una conducta que se ha ido dando entre las partes.

ENNECCERUS³²⁰ lo explica de la siguiente manera: “A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la

³¹⁸ DE TRAZEGNIES, Fernando. *Op. cit.*, p. 38. Así también, DE LA PUENTE sostiene que la regla *venire contra factum proprium non valet* aparece históricamente como un brocardo atribuido a Azzo, quien lo fundamenta en una serie de textos romanos, que se encuentran conformes con él. Sostiene Azzo que resulta admisible volver contra los propios actos, en principio, cuando el primero de ellos –o la primera conducta- fue contrario a una expresa disposición legal. En tanto, resulta inadmisibles intentar volver contra el acto propio cuando el primero de ellos fue legítimo. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, p. 353. *Vid.* También BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 23. Por su parte, PUIG BRUTAU señala que también las Partidas recogen la misma regla en la Ley 6ta, Título VIII, Partida 6ta y en el Digesto, el Fragmento (D. 50, 17, 75) que afirma *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*. PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, p. 97.

³¹⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, p. 353.

³²⁰ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y Martin WOLF. “*Tratado de Derecho Civil*”. 2da Edición, Barcelona, 1950, p. 495.

buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”.

En la misma línea, BORDA³²¹ apunta que: “La teoría de los actos propios es una regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”. El mismo autor añade que “se funda en la confianza que se despierta en otro sujeto de buena fe a raíz de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada si fuese admisible aceptar y dar curso a la posterior pretensión contradictoria”.

No obstante, a pesar de existir una serie de resoluciones judiciales³²² y arbitrales³²³ que han aplicado la doctrina de los actos propios, no existe una

³²¹ BORDA, Alejandro. “La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de la voluntad”. En: *Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*. Al cuidado de Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto. Palestra Editores, Lima, 2000, p. 71.

³²² Vid. Casación N° 3104-2006 – La Libertad, fundamento 4. Casación N° 1322-2006 – Puno, fundamento 14. Casación N° 2208-2005 – Lima. Casación N° 150-2004 – Arequipa. Casación N° 1218-06 – Ucayali. En sede administrativa puede revisarse la Resolución N° 1554-1998-CSM-INDECOPI, Resolución N° 0134-2001/TDC-INDECOPI, Resolución N° 0396-2001/TDC-INDECOPI, Resolución N° 0480-2004/TDC-INDECOPI, Resolución N° 0563-2005/TDC-INDECOPI.

³²³ Vid. Caso CIADI N° ARB/03/28, *Duke Energy International Peru Investments N° 1, Ltd.v. República del Perú*. En el cual se dijo: “Uno de los aspectos fundamentales de la buena fe dentro de la legislación peruana es la doctrina de los actos propios. Este elemento esencial de la buena fe –conocido en varios sistemas jurídicos como venire contra factum proprio non valet, doctrina de los actos propios, allegans contraria non est audiendus, estoppel o principio de congruencia- también se aplica universalmente como principio general del derecho, tanto en el derecho civil como internacional a efectos de prohibir a un Estado realizar actos o declaraciones que sean contrarias o incongruentes respecto de las acciones o declaraciones efectuadas anteriormente, en detrimento de un tercero” (fundamento 231). Cfr. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y Álvaro LOREDO ROMERO. “Las sorpresas de la Decisión sobre competencia en el procedimiento de arbitraje entre Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd (demandante) y la República del Perú (demandado)”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 5, Lima, 2007, pp. 367-392.

norma que trate o exprese dicha doctrina³²⁴ en el Código Civil peruano³²⁵, y en general, en otras legislaciones.

Algunos autores³²⁶ sostienen que la teoría de los actos propios al ser poco clara y ambigua, no debe ser utilizada en tanto que podría producir resultados injustos.

Otros³²⁷ incluso sostienen -ante la posibilidad de una modificación del Título Preliminar para incorporar esta figura³²⁸- que no debería incorporarse en el Código Civil la regulación de la teoría de los actos propios en base a que existe una gran mayoría de abogados que desconocen esta figura y, además, porque

³²⁴ A pesar de no existir una norma expresa, existen diversos artículos en el Código Civil que se inspiran en dicha regla, como son los artículos 92, 141, 176, 194, 206, 226, 227, 229, 231, 285, 325, 1275, 1333 inc. 4, 1943. Así también en el artículo 140 de la Ley General de Sociedades. Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Los fantasmas sí existen: La doctrina de los actos propios". En: *Ius et Veritas, Revista de Derecho*, N° 40, Publicación editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, pp. 55-57.

³²⁵ Existe, desde hace varios años atrás, una propuesta de modificación normativa al Título Preliminar del Código Civil, recogida en el artículo VI del Proyecto de Reforma del Título Preliminar, el cual establece que: "No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente en que no se ejercerá tal derecho". Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos. "El Título Preliminar del Código Civil peruano: ¿Reforma o enmiendas? En: *El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina), Ponencias presentadas en el II Congreso Nacional de Derecho Civil*, "Encuentro de las Comisiones de Reforma de los Códigos Civiles de Perú y Argentina". Organizado por la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República en la ciudad de Arequipa en agosto de 1999. Ediciones Jurídicas, Tomo I, Lima 2000, pp. 158-165.

³²⁶ Así MORALES sostiene que la inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios en el Derecho Civil peruano se justifica porque ya existen soluciones jurídicas a los problemas relevantes que formula tal doctrina. Además su aplicación conllevará a denegar el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. MORALES HERVIAS, Rómulo. *Op. cit.*, p. 615.

³²⁷ CASTILLO FREYRE, Mario. "Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984". Con la participación de Verónica Rosas Berastain. Palestra, Lima, 2005, p. 38.

³²⁸ RUBIO CORREA, Marcial. "Reformas al Título Preliminar". En: *Propuestas de reforma al Código Civil*, Separata especial del diario oficial El Peruano, publicada el 11 de abril de 2006, p. 3.

existen situaciones donde se puede ir en contra de un acto propio que no necesariamente implique un resquebrajamiento de la buena fe, como es el caso de un contrato celebrado, pero que tenía una causal de nulidad que posteriormente es invocada por una de las partes.

Por nuestra parte, sostenemos que la teoría de los actos propios es plenamente aplicable en nuestro ordenamiento, a pesar de no existir una norma legal concreta que la regule, lo cual no impide que los jueces puedan utilizarla, como efectivamente se ha ido dando a través de diversas resoluciones judiciales, y el cual incluso fue materia de un pleno casatorio³²⁹. Asimismo, consideramos que los árbitros también pueden utilizar dicha teoría a efectos de resolver el fondo de una controversia arbitral³³⁰. Ahora bien, tal como está redactado el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, es de notar que tiene inspiración en la teoría de los actos propios. Por ello, nuestra hipótesis es que, con la vigencia de la Ley de Arbitraje, los árbitros al incorporar a un no-signatario en el arbitraje, pueden hacerlo en virtud de la teoría de los actos propios en virtud que el artículo 14 bis se lo permite.

Esto último debe tomarse, también con mucho cuidado, de acuerdo con el supuesto de hecho del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Por otra parte, en legislaciones donde no exista (y hasta donde tenemos entendido no existe) un artículo similar al artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana, los árbitros tendrán que aplicar cuidadosamente la teoría de los actos propios para incorporar a un

³²⁹ *Vid.* Casación N° 2229-2008-Lambayeque.

³³⁰ *Cfr.* ROMERO SEGUEL, Alejandro. "El acto propio en materia arbitral: Algunos límites probatorios para su aplicación". En: *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 18, Universidad de los Andes, 2010, pp. 69-79.

no-signatario, tal como lo han hecho ya otros países del sistema del *Common Law*, al aplicar la figura del *estoppel* para extender la eficacia del convenio arbitral a un no firmante.

Para ello, conviene analizar la figura del *estoppel* a efectos de poder entender del porqué la jurisprudencia comercial internacional la ha venido aplicando. Cabe resaltar que el *estoppel* no se aplica en nuestro sistema jurídico, no obstante existe una figura similar, la cual está dada por la teoría de los actos propios, que hemos analizado en los párrafos anteriores; asimismo, otras figuras como la buena fe y el abuso del derecho han sido utilizados en el arbitraje con los mismos efectos³³¹.

En principio, el *estoppel* es una variante o símil de la doctrina de los actos propios, que ha tenido su propio desarrollo en el sistema del *Common Law*, tomando sus propias características, y tipos de *estoppel* las cuales se han forjado a través de la jurisprudencia anglosajona. Asimismo, se le reconoce como un principio en el derecho internacional por el cual “*il est interdit de se contredire au détriment d'autrui*”³³².

Explicado el origen de la palabra *estoppel*, MORRISON sostiene que:

“[S]ólo hay unos pocos antiguos principios o normas de derecho que se han transmitido de generación en generación, desde los primeros días del

³³¹ BORN, Gary. “*International Commercial Arbitration*”. Kluwer Law International, 2009, pp. 1197-1198.

³³² “Está prohibido contradecir en detrimento de otros” (Traducción libre del francés).

Derecho Romano hasta la actualidad, como es el caso del estoppel. El término estoppel se deriva de la palabra francesa *estoupe*, de ahí la palabra inglesa *stopped*, y se llama *estoppel* al impedimento o conclusión, porque los actos propios del hombre o de la aceptación *stoppeth* o “cerrar la boca” para alegar o invocar la verdad. La palabra *conclusion* se deriva del verbo *concludo*, la cual se deriva de *con* y *cludo*, que es: para determinar, para terminar, callar, parar (*estop*), para impedir a un hombre, para alegar o reclamar cualquier cosa, esto que significa, literalmente, la liquidación de todos los argumentos y razonamientos”³³³.

No cabe duda alguna, sobre la conexión entre el estoppel y la doctrina de los actos propios. Así RABASA afirma que:

“[E]l *estoppel* es la conclusión a que se llega por ministerio de la ley, porque el acto o la conducta misma de una persona le cierran o tapan la boca (*stoppeth his mouth*) para alegar o hacer valer en juicio la verdad de los hechos. Dicho en otros términos, la doctrina del *estoppel* es la regla del Derecho anglosajón que, por virtud de una presunción *iuris et de iure*, impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto; pues conforme a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por el mismo o por aquel de quien se derive su derecho, de un modo aparente y ostensible, con perjuicio de un tercero que, fiado en esas apariencias, producidas intencional o negligentemente por el responsable

³³³ MORRISON HERMAN, Henry. “*The Law of Estoppel*”. Albany: W.C Little & Co. Law Booksellers and Publishers, 1871, p. 7. Traducción libre del siguiente texto: “*There are but few older principles or rules of law that have been handed down from generation to generation, from the earliest days of the Roman Law to the present time, than that of Estoppel. The term estoppel is derived from the French word estoupe, whence the english word stopped, and it is called an estoppel, or conclusion, because a man's own act or acceptance stoppeth or closeth up his mouth to allege or plead the truth. Conclusion is derived from the verb concludo, wich is derived from con and cludo, to determine, to finish, to shut up, to estop, to bar a man, to plead or claim anything; it signifies literally the winding up of all arguments and reasoning*”.

de ellas, contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en su patrimonio”³³⁴.

En principio, se dice que el *estoppel* ocurre cuando alguien dice o hace algo que la otra parte niega, cambiando luego su posición³³⁵ contrariando la conducta anterior.

El uso del *estoppel* en la jurisprudencia americana ha sido muy recurrente³³⁶, y en especial en el arbitraje, a efectos de determinar la incorporación del no-signatario dentro de un arbitraje.

³³⁴ RABASA, Oscar. “*El Derecho Angloamericano*”. México 1944, p. 196. Citado por PUIG BRUTAU, José. *Op. Cit.*, pp. 104-105. No obstante, RABASA no reconocía una equivalencia entre el *estoppel* con ninguna figura similar derivada del Derecho Romano. Sin embargo, como es de notarse en el texto citado, la similitud con la doctrina de los actos propios, es más que evidente, tal como afirma PUIG BRUTAU, “no hace falta mucho esfuerzo para demostrar o hacer ver que esta descripción [la realizada por RABASA] de la doctrina del *estoppel*, que se trata de presentar como exclusiva del sistema anglosajón, coincide con nuestro concepto de la doctrina de los actos propios. La extraña incomunicación de ideas jurídicas que existe entre el mundo anglosajón y el continental ha impedido la fácil observación de que la regla *venire contra factum proprium non valet* puede ser alegada indistintamente como fundamento de nuestra doctrina de los actos propios y del *estoppel*. PUIG BRUTAU, José. *Op. Cit.*, p. 105.

³³⁵ STIM, Richard. “*Contracts: The essential Business Desk Reference*”. Nolo’s Quick Reference Series, 1st Edition, 2011, p. 158. “*Estoppel occurs when someone does or says something that another party relies on in changing his or her position. In that case, a court will prevent the first person from later denying, retracting, or withdrawing that actions or words or claiming that they should have no legal effect. It is called an estoppel because, as stated by the 17th Century English Legal Scholar, Edward Coke, ‘a man’s own act or acceptance stoppeth or closet up his mouth to allege or plead the truth’.*”

³³⁶ Sin embargo, los tribunales americanos han ido perfilándose sobre dos posturas esencialmente. Sobre ello, se ha dicho que: “*Courts have used the term “equitable estoppel” to encompass two distinct versions of the doctrine: the first and second strands. As discussed in the following Sections, the first strand is based in valid contractual principles and is therefore a valid basis by which to compel a nonsignatory to arbitrate. The second strand, however, is not well-grounded in contract principles. Under the second strand, given that contractual principles cannot deduce an objective agreement between the parties, there is no valid basis by which to compel the parties to arbitrate.*”, HUI, Alexandra Anne. “*Equitable Estoppel and the compulsion of arbitration*” En: *Vanderbilt Law Review*. Vol. 60, N° 2, 2007, p. 726.

Por ejemplo en el caso *Ragone v. Atlantic Video*³³⁷, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos señaló que:

Bajo los principios del *estoppel*, un no-signatario de un acuerdo de arbitraje podrá obligar a un signatario de este acuerdo para arbitrar una disputa, si la relación entre las partes, los contratos que firmaron, y los problemas que hayan surgido entre ellas demuestran que las cuestiones que el no-firmante está tratando de resolver en el arbitraje se entrelazan con el acuerdo que la parte ha impedido firmar³³⁸.

Cabe advertir que, si bien es cierto existe dentro del propio *estoppel*, términos como el *equitable estoppel* y el *promissory estoppel*, y cada uno conserva ciertas particularidades³³⁹, en general, y para efectos de la presente tesis las consideramos dentro del término *estoppel*³⁴⁰.

³³⁷ *Ragone v. Atlantic Video* US Court of Appeal, 2nd Circuito, 17/02/2010, WL 536070.

³³⁸ Traducción libre del siguiente texto: *Under principles of estoppel, a no-signatory to an arbitration agreement may compel a signatory to that agreement to arbitrate a dispute if the relationship among the parties, the contracts they signed, and the issues that had arisen among them shows that the issues the no-signatory is seeking to resolve in arbitration are intertwined with the agreement that the estopped party has signed.*

³³⁹ GIBSON, Geoffrey. *"The Arbitrator's Companion"*. The Federation Press, 2001, p. 114. *"There was a difference between common law estoppel and equitable estoppel. The common law estoppel covered assumptions as to present facts but equitable estoppel extended to assumptions relating to future rights. Accordingly, some would argue there are four categories of estoppel, the fourth being promissory estoppel, but the historical origins now look to have merged"*.

³⁴⁰ STIM, Richard. *Op. cit.*, p. 159. *"Courts and lawyers refer to estoppel as both 'equitable estoppel' and 'promissory estoppel'. Historically, promissory estoppel was used to refer to a promise or statement made before the contract was formed, while equitable estoppel was often used to describe statements made after contract formation. In practical terms, the term 'estoppel' is sufficient for all of these situations"*.

Así también, se observa que en el desarrollo del *estoppel* se han ido creando tipos³⁴¹ de *estoppel*, como son: i) *Estoppel by record*, ii) *Estoppel by deed*, y iii) *Estoppel by facts in pais*.

El *estoppel by record*, tiene que ver que nadie puede ir en contra de lo establecido en un resolución judicial, cuando cobra la calidad de cosa juzgada. Mientras que *estoppel by deed*, se deriva sobre el valor que guarda un documento público, como aquel emitido por una autoridad administrativa o facultada, como es el caso de la escritura pública. Finalmente, en lo referente al *estoppel by facts in pais*, tiene relación que nadie puede ir contra sus propios hechos, es muy similar a la doctrina de los actos propios³⁴².

Uno de los casos más representativos es el de *Grigson v. Creative Artist*³⁴³, los hechos que rodearon este caso se remontan al año 93 cuando se filmó la película “*Return of the Texas Chain Saw Massacre*”, teniendo como protagonistas a Matthew McConaughey y Renee Zellweger, quienes en ese tiempo no tenían la fama que gozan actualmente. La película fue producida por

³⁴¹ Los tipos de *estoppel* mencionados no son los únicos, pero sí los más reconocidos, existen además el *estoppel by convention* conocido también en el Derecho Inglés como *estoppel by agreement*. Así también, existe el *estoppel by acquiescence* y el *collateral estoppel*, entre otros. Los cuales, son derivaciones del principio general del *estoppel*, pero aplicado a casos o situaciones más específicas.

³⁴² El término *Estoppel in pais* y equitable *estoppel* son usados como sinónimos en el derecho Americano; mientras que el término *promissory estoppel* es más común en el Derecho Inglés. Asimismo, sobre esta categoría en el caso *Grundt v. Great Boulder Pty Gold Mines Ltd.* 59 CLR 641 (1938) señaló lo siguiente: “*The principle upon which estoppel in pais is founded is that the law should not permit an unjust departure by a party from an assumption of fact which he has caused another party to adopt or accept for the purpose of their legal relations. This is, of course, a very general statement, but it is the basis of the rules governing estoppel*”.

³⁴³ *Grigson v. Creative Artists* 210 F. 3d 524 (5th Cir. 2000).

Ultra Muchos, Inc., y River City Films, Inc. El fiduciario para los dueños de la película era Charles Grigson.

En octubre de 1995, Ultra Muchos y River City firmaron un acuerdo de distribución con Columbia TriStar Home Video, Inc. En base a este contrato se le otorgó los derechos exclusivos de distribución y la libertad completa sobre la manera de ejercerlos, a cambio los productores debían recibir un porcentaje de los ingresos brutos de la película. Y, mediante un acuerdo separado previamente, los propietarios iban a recibir una porción del porcentaje de los productores.

En el período posterior a la actuación de la película y antes del otoño de 1996, McConaughey firmó un contrato con la agencia Creative Artists Agency, LLC. La distribución de la película se retrasó por TriStar para tomar ventaja del éxito de Zellweger y de McConaughey alcanzado en sus películas posteriores. Sin embargo, TriStar dio a la película sólo una distribución limitada.

A mediados de 1997, Grigson, como fiduciario, demandó ante la Corte del Distrito a Ultra Muchos, River City, y a TriStar por incumplimiento del contrato de distribución. Pero, Grigson rápida y voluntariamente había desestimado el recurso que interpuso, cuando TriStar intentó hacer valer la cláusula de arbitraje del contrato de distribución, la cual contenía una cláusula de elección de foro (la ciudad de Los Ángeles, California).

A finales de 1997, unos meses después del desistimiento de la primera acción, Grigson, ahora aliado con Ultra Muchos y River City, presentó una acción en un Tribunal Estatal contra McConaughey y Creative Artists (demandados), entre otras cosas, por la interferencia ilícita con el acuerdo de distribución, alegando que dicha interferencia se produjo entre la firma McConaughey con Creative Artists y la distribución limitada de la película. En este sentido, los acusados presuntamente presionaron a TriStar para limitar la distribución porque la veían como una explotación inadecuada del éxito de McConaughey después de actuar en la película.

Después de la acción se elevó a la Corte Federal por la cantidad de acusados, a pesar de que no habían firmado el acuerdo de distribución, fueron obligados al arbitraje de conformidad con el acuerdo. El mismo Tribunal de Distrito que había permitido el desistimiento voluntario de la primera acción de Grigson declaró que Grigson, Ultra Muchos y River City (apelantes) fueran impedidos equitativamente (equitably estopped) de depender de los acusados de ser los no signatarios. Esto se basa en considerar que, debido a que las reclamaciones están tan entrelazadas con, -y dependen de-, el acuerdo de distribución, su cláusula de arbitraje debe ser puesto en práctica. En consecuencia, a la luz de la disposición de elección de foro en la cláusula de arbitraje, el tribunal desestimó el recurso para que las partes pudieran proceder en el foro establecido (Los Ángeles, California).

En este caso, la mayoría de los jueces, señalaron que:

En primer lugar, el *equitable estoppel* se aplica cuando el signatario de un acuerdo por escrito que contenga una cláusula de arbitraje debe basarse en los términos de dicho escrito en la afirmación de sus reclamaciones en contra del no firmante. Cuando cada uno de los signatarios de una reclamación contra un no firmante hace referencia o presupone la existencia de un acuerdo por escrito, las reclamaciones del signatario surgen y están directamente relacionados con el contrato por escrito, por lo que el arbitraje es apropiado. La segunda aplicación, del *equitable estoppel* se justifica cuando el signatario del contrato que contiene una cláusula de arbitraje plantea alegaciones de mala conducta sustancialmente interdependientes y concertadas tanto por el no firmante y uno o más de los firmantes del contrato. De lo contrario el procedimiento de arbitraje entre los dos firmantes no tiene sentido y la política federal en favor del arbitraje se frustraría efectivamente³⁴⁴.

Muchas resoluciones judiciales posteriores siguieron el criterio establecido en el caso *Grigson*³⁴⁵. Por otra parte, fueron muy pocas las resoluciones judiciales que se rehusaron a aplicar la jurisprudencia establecida en el caso citado³⁴⁶.

³⁴⁴ *Grigson*, 210 F. 3d, 527. Traducción libre del siguiente texto con citas omitidas: “*First, equitable estoppel applies when the signatory to a written agreement containing an arbitration clause must rely on the terms of the written agreement in asserting its claims against the nonsignatory. When each of a signatory's claims against a nonsignatory makes reference to or presumes the existence of the written agreement, the signatory's claims arise out of and relate directly to the written agreement, and arbitration is appropriate. Second, application of equitable estoppel is warranted when the signatory to the contract containing an arbitration clause raises allegations of substantially interdependent and concerted misconduct by both the nonsignatory and one or more of the signatories to the contract. Otherwise the arbitration proceedings between the two signatories would be rendered meaningless and the federal policy in favor of arbitration effectively thwarted*”.

³⁴⁵ *Vid. Int'l Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen GMBH*, 206 F. 3d 411 (4th Cir. 2000). En este caso se indicó que en el contexto del arbitraje la doctrina del *equitable estoppel* reconoce que una parte puede ser impedida de afirmar que la falta de esta firma en un contrato escrito se opone a la aplicación de la cláusula de arbitraje del contrato cuando éste siempre ha mantenido que las demás disposiciones del mismo contrato deben beneficiarlo. Por otra parte en el caso *J.J. Ryan & Sons, Inc. v. Rhone Poulenc Textile, S.A. et al* 863 F. 2d 315, se estableció que la aplicación de la doctrina del *equitable estoppel* permite a un no signatario recurrir al arbitraje en contra de un signatario, donde los cargos del signatario eran inseparables de su cocontratante.

³⁴⁶ Estos casos, que esencialmente se basaron en la Ley de Illinois son: *Ervin v. Nokia, Inc.*, 812 N.E. 2d 534 (2004) y también el caso *Peach v. CIM Ins. Corp.*, 816 N.E. 2d 668 (2004).

Quizás el punto más interesante, no es tanto la aplicación de la doctrina del *equitable estoppel* en el arbitraje para permitir que un no signatario ingrese a un arbitraje³⁴⁷, sino de la cuestión de si es posible que el no signatario utilice esta doctrina para obligar al signatario a arbitraje³⁴⁸, esto es justamente lo expuesto del caso *Grigson* que hemos visto.

Ahora bien, el punto central a determinar es de qué manera se puede aplicar –si es que es aplicable– la teoría de los actos propios en la incorporación o extensión del convenio arbitral a los no signatarios.

Para responder ello, tenemos que partir que existen tres supuestos en los cuales se puede utilizar la teoría de los actos propios para extender el convenio arbitral a los no signatarios. El primero de estos casos es cuando una de las partes, que no ha firmado el convenio arbitral empieza a ejecutar las prestaciones del contrato, se comporta perfectamente como una parte, lo que demuestra su conducta que ha querido someterse también al arbitraje, por lo que no podría rehusarse a ir a un arbitraje en base a que no ha firmado el convenio arbitral.

³⁴⁷ HOSKING, James M. “The third party non-signatory’s ability to compel international commercial arbitration: Doing Justice without destroying consent”. En: *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Volume 4, Issue 3, Article 6, pp. 469 y ss. STEWART, Hope T. “The equitable estoppel argument for and against commercial arbitration: From Hughes Masonry Co., Inc., v. Clark County School Building Corp. to Northern, LTD. v. R.E. James”. En: *Commercial Law Journal*; Fall 98, Vol. 103 Issue 3, pp. 336 y ss.

³⁴⁸ Cfr. DILEO, Anthony M. “The Enforceability of Arbitration Agreements by and Against Nonsignatories”. En: *Journal of American Arbitration*, Vol. 2, N° 1, Tulane Arbitration Institute, 2003, pp. 37 y ss. LAFORGE, Frank Z. “Inequitable Estoppel: Arbitrating with nonsignatory defendants under Grigson v. Creative Artists”. En: *Texas Law Review*, Vol. 84, 2005, pp. 228 y ss. DRISKILL, Christopher. “A Dangerous doctrine: The case against using concerted-misconduct estoppel to compel arbitration”. En: *Alabama Law Review*, Vol. 60, Issue 2, 2009, p. 447.

El segundo supuesto, está dado en aquellos casos en donde una persona o empresa se somete a un arbitraje bajo una cláusula arbitral que no firmó, pero que se niega en otro arbitraje a someterse, fundamentando que no firmó la cláusula arbitral, la misma que fue base del primer arbitraje.

El tercer supuesto, parte de la intención del no-signatario de reclamar al signatario a ir a un arbitraje.

Estos tres postulados, están bajo el supuesto de hecho del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, aunque este tercer caso mencionado no ha sido pensado por el legislador, dado que usualmente es al no-signatario a quien se desea extender los efectos del convenio arbitral, mas no al signatario quien de por sí ya se encuentra vinculado.

Ahora bien, existen ciertos requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina de los actos propios, los cuales, de acuerdo con BULLARD³⁴⁹, son:

“(…) para actuar en violación de los actos propios se deben configurar tres elementos:

- En primer lugar, la entidad debe haber incurrido en una “conducta vinculante”, es decir, en acciones que hayan inducido a otra persona a confiar razonablemente en ellas.
- En segundo lugar, la entidad debe haber desarrollado una conducta posterior que contradice o menoscaba su comportamiento inequívoco anterior.

³⁴⁹ Estos requisitos fueron descritos por el Dr. Alfredo Bullard en el Caso CIADI N° ARB/03/28, *Duke Energy International Peru Investments N° 1, Ltd.v. República del Perú*.

- Por último, la entidad que desarrolló la conducta posterior presuntamente contradictoria debe ser la misma que realizó las acciones que generaron confianza razonable en terceras personas”.

Por otra parte, tal como hemos visto al inicio de este punto, la doctrina de los actos propios es plenamente válida en nuestro sistema jurídico. A pesar de no encontrarse positivada no impide su aplicación. Incluso, existe una serie de artículos o normas legales inspiradas en dicha doctrina, siendo el artículo 14 de la Ley de Arbitraje una de ellas.

No es necesario positivar la doctrina de los actos propios dentro del Título Preliminar del Código Civil, para que tenga plena vigencia, y así también lo han entendido jueces y tribunales administrativos quienes han aplicado dicha teoría o doctrina (temerosamente pero cada vez más frecuente) en la jurisprudencia peruana.

2.2. AGENCIA

La Agencia es un concepto que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia norteamericana y a través de la sistematización de la misma, por medio de “tratados” trabajados por abogados y juristas en base a la jurisprudencia de las Cortes, los cuales se organizan en los llamados “*Restatements of Law*”. Estos *Restatements*, llegan a ser una suerte de tratados o códigos de la jurisprudencia que tratan sobre los principios generales del derecho común. A pesar de no ser obligatorio y vinculante para los jueces,

la mayoría los utiliza por ser una fuente confiable y actual de la tendencia de las Cortes Americanas³⁵⁰.

Conforme, al *Restatements of the Law of Agency*, define al contrato de agencia de la siguiente forma “agencia es la relación de confianza que surge cuando una persona (llamado “principal”) manifiesta su asentimiento a otra persona (un “agente”) ese agente actuará en nombre del principal y sujeto al control de aquél, y que el agente manifiesta o consiente con su forma de actuar”³⁵¹.

Al contrario, en el Perú el contrato de agencia es un contrato atípico, a diferencia de países como Colombia³⁵² o España³⁵³ donde sí existe una

³⁵⁰ Vid. CARDOZO, Benjamin N. “*The Growth of the Law*”. New Haven: Yale University Press, 1924, p. 9. Sobre la particular importancia que significa los *Restatements of Law* en la comunidad jurídica Americana, Cardozo, comentó lo siguiente: “*When, finally, it goes out under the name and with the sanction of the Institute, after all this testing and retesting, it will be something less than a code and something more than a treatise. It will be invested with unique authority, not to command, but to persuade. It will embody a composite thought and speak a composite voice. Universities and bench and bar will have had a part in its creation. I have great faith in the power of such a restatement to unify our law*”.

³⁵¹ Restatement of the Law of Agency (3rd Ed. 2006), para. 1.01, “Agency is the fiduciary relationship that arises when one person (a ‘principal’) manifests assent to another person (an ‘agent’) that the agent shall act on the principal’s behalf and subject to the principal’s control, and the agent manifests or otherwise consents so to act.”

³⁵² **Decreto 410 DE 1971: Código de Comercio de Colombia**
Artículo 1317. Agencia Comercial.

Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente.

³⁵³ **Ley 12/1992 (España)**
Artículo 1. Contrato de agencia.

Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

regulación pormenorizada de esta figura contractual. Sin embargo, ello no es óbice para que dicho contrato sea celebrado y utilizado en nuestro medio. Usualmente, se ha tratado de asimilar el contrato de agencia al contrato de comisión mercantil³⁵⁴ y al contrato de mandato³⁵⁵.

Empero, partamos por el concepto. Agencia en realidad es un contrato celebrado entre una persona, denominada agente, que tiene como obligación actuar en nombre de otra persona para celebrar contratos y obligarla. La contraparte, denominada principal, se obliga frente aquellos con quien el agente ha celebrado contratos.

Sobre el particular se ha dicho que:

Un agente tiene poder para hacer contratos los cuales obligan al principal no sólo cuando realmente está autorizado para ello, ya sea por palabras expresas o inferencia de los hechos, sino también en los casos en que el principal no tenía intención de conferir autoridad al agente, pero, sin embargo, declaró, al público o a la persona con quien el agente trató una apariencia de autoridad³⁵⁶.

³⁵⁴ **Código de Comercio**

Artículo 237.- Comisión mercantil

Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio, y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

³⁵⁵ **Código Civil**

Artículo 1790.- Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante.

³⁵⁶ LORD, Richard A. *“Williston on Contracts”*. West, 4th Edition, 2012, § 35:11. Traducción libre del siguiente texto: *“An agent has power to make contracts which will bind his principal not only when actually authorized to do so by express words or inference of fact, but also in cases where the principal did not intend to confer such authority on the agent but, nevertheless, held out to the public or to the person with whom the agent dealt an appearance of authority”*.

Visto así, el contrato de agencia puede ser comparado con lo que conocemos como la representación. Sin embargo, conviene decir que ambas figuras tienen algunas diferencias sustanciales, así en el contrato de agencia, el agente mantiene su condición de independiente: actúa por cuenta ajena y lleva a cabo su tarea de bajo una estructura empresarial autónoma, conforme a sus propios criterios, sin subordinación al principal, percibiendo normalmente una comisión. Mientras que en la representación, el representante se obliga con uno o más personas, a cambio de una retribución, a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo de tales operaciones, y no dispone de una organización empresarial autónoma. Los representantes suelen estar ligados al principal por un contrato de tipo laboral, percibiendo una retribución en forma de sueldo fijo, a veces complementado con comisiones.

En el arbitraje, el problema se suscita cuando el agente en representación del principal celebra un convenio arbitral con otra persona. En sí, las legislaciones que han tratado este tema se enfocan en dos puntos: i) Si es necesario que el principal celebre con el agente un contrato escrito sobre su representación; y ii) Si es necesario que aparezca de manera indubitable, y por escrito, que el agente tiene las facultades para celebrar un acuerdo arbitral en nombre del principal.

El efecto vinculante de un convenio arbitral celebrado por un representante en nombre de un director implica cuestiones de autoridad (es decir, la capacidad del agente para obligar al director a acuerdos de este tipo) y las

cuestiones conexas de la forma necesaria³⁵⁷. Por ejemplo, en el caso CCI N° 5832 estimó que para determinar si un principal es obligado por un acuerdo de arbitraje celebrado por su agente es necesario distinguir entre la ley aplicable al acuerdo de arbitraje (es decir, la ley de la sede del arbitraje), y las leyes que rigen la capacidad del agente para la conclusión de un acuerdo de arbitraje en nombre del principal (la ley del domicilio del principal), y la forma en que debería haber tal capacidad conferida al agente (la ley de la jurisdicción en que se haya celebrado el acuerdo entre el agente y el principal)³⁵⁸.

En los ordenamientos legales comparados no existe consenso respecto de la forma en que debe establecerse esta relación entre el principal y el agente; es decir si esta autorización requiere necesariamente estar por escrito o no. Asimismo, respecto del convenio arbitral, existen dudas si debe existir una autorización expresa por parte del principal para que el agente pueda celebrar un contrato que incluya una cláusula arbitral. Por ejemplo, tanto en la Ley suiza³⁵⁹ como en la austríaca³⁶⁰ requieren que el principal establezca

³⁵⁷ REINER, Andreas. “*The Form of the Agent's power to sign an Arbitration Agreement and Art. II (2) of the New York Convention*”. ICCA Congress Series No 9, 1999, pp. 82 y ss.

³⁵⁸ JARVIN, Sigvard; DERAIS Yves y Jean-Jacques ARNALDEZ, eds. “*Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*”. International Chamber of Commerce, Kluwer Law International, 1994, p. 352.

³⁵⁹ **Swiss Federal Code of Obligations**
Art. 369

(...)

3) The agent requires special authority to agree a settlement, accept an arbitration award, contract bill liabilities, alienate or encumber land or make gifts.

³⁶⁰ **Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie** (Código Civil General para los dominios enteros alemanes de la monarquía austríaca)

§ 1008. Folgende Geschäfte: Wenn im Nahmen eines Andern Sachen veräußert, oder entgeltlich übernommen; Anleihen oder Darleihen geschlossen; Geld oder Geldeswerth erhoben; Prozesse anhängig gemacht; Eide aufgetragen, angenommen oder zurückgeschoben, oder Vergleiche getroffen werden sollen, erfordern eine besondere, auf diese Gattungen der Geschäfte lautende Vollmacht. Wenn aber eine Erbschaft unbedingt

expresamente la autorización al agente para firmar un acuerdo de arbitraje en su nombre, solo así el principal estará obligado por tal acuerdo, pero sólo la legislación austriaca exige además de la autorización expresa, que sea por escrito. Por otro lado, en contraste, tanto en Italia³⁶¹, Francia³⁶² y Alemania³⁶³ ninguna ley establece una forma particular de autorización como necesaria.

En este escenario, el no-signatario es el principal, con referencia al contrato celebrado entre el agente y un tercero.

En determinada jurisprudencia se ha reconocido que “los no signatarios de un contrato pueden ser obligados al arbitraje o ser sujetos del arbitraje si la no parte es agente de una de las partes”³⁶⁴.

angenommen oder ausgeschlagen; Gesellschaftsverträge errichtet; Schenkungen gemacht; das Befugniß, einen Schiedsrichter zu wählen, eingeräumt, oder Rechte unentgeltlich aufgegeben werden sollen; ist eine besondere, auf das einzelne Geschäft ausgestellte Vollmacht nothwendig. Allgemeine, selbst unbeschränkte Vollmachten sind in diesen Fällen nur hinreichend, wenn die Gattung des Geschäftes in der Vollmacht ausgedrückt worden ist.

³⁶¹ *Rocco Giuseppe e Figli s.n.c. v. Federal Commerce and Navigation Ltd., Corte di Cassazione* [Supreme Court], Sez. I, 6915, 15 December 1982. En: SANDERS, Pieter (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1985 - Volume X*. Kluwer Law International 1985, pp. 464 - 465.

³⁶² De acuerdo con el artículo 1985 del Código Civil Francés, regula la figura del mandato, señalando que: “El mandato puede ser dado ó por acta pública ó por papel privado, y aun por carta. También puede darse verbalmente, pero no se admite la prueba de testigos, sino con arreglo á lo dispuesto en el título de los contratos, ó de las obligaciones convencionales en general. La aceptación del mandato puede ser solamente tácita, y resultar del cumplimiento que le haya dado el mandatario”. Asimismo, el artículo L110-3, establece que: “Con respecto a los comerciantes, los actos de comercio podrán probarse por cualquier medio a menos que la Ley disponga de otro modo”. *Total Soc. It. p.a. v. Achille Lauro*, Corte Di Cassazione (Sez. Un.), 361, 25 January 1977. En: SANDERS, Pieter (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1979 - Volume IV*. Kluwer Law International, 1979, p. 283.

³⁶³ *Landgericht Hamburg*, 4, 19 December 1967. En: SANDERS, Pieter (ed). *Yearbook Commercial Arbitration 1977 - Volume II*. Kluwer Law International, 1977, p. 234.

³⁶⁴ *Vid. Mutual Bénédict Life Ins. Co. v. Zimmerman*, 783 F. Supp. 853, 865 (D. N. J. 1992). Traducción libre del siguiente texto: “nonsignatories of a contract (...) may compel arbitration or be subject to arbitration if the non party is an agent of a party (...)”.

La pregunta central en este punto es saber si el principal –no signatario- se encuentra obligado por el arbitraje que celebra el agente con un tercero. Más aún, cabe preguntarnos, además, si esta figura de la agencia se encuentra prevista dentro de los supuestos de hecho del artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Sobre la primera pregunta, podemos decir que, de acuerdo con la jurisprudencia y alcances del comercio internacional, se tiene que distinguir dos puntos, que ya hemos referido anteriormente, esto es: i) Es necesario una autorización escrita por el principal para que el agente contrate por cuenta ajena, ii) Es necesario que exista un acuerdo por escrito donde se autorice expresamente al agente a celebrar convenios arbitrales.

Como hemos mencionado líneas anteriores, el contrato de agencia, es un contrato atípico, sin embargo este carácter no es óbice para sujetarse a las reglas generales de los contratos establecidos en el Código Civil³⁶⁵. Por lo tanto, la forma del contrato de agencia debe seguir el principio general de los demás contratos, esto es, basta que exista el consentimiento entre las partes para que se perfeccione un contrato³⁶⁶.

En la práctica se reconoce al contrato de agencia con representación, y el de agencia sin representación, en el primero, el agente cumple las mismas

³⁶⁵ Así, tómesese en cuenta que según el artículo 1353 del Código Civil: “Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección [contratos en general], salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”.

³⁶⁶ Al respecto el artículo 1352 del Código Civil establece que: “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”.

funciones que el representante y por lo tanto obliga al principal; mientras que en la agencia sin representación asume a título personal las obligaciones y derechos que contrate con un tercero.

En el Perú, la discusión ha girado en torno a si el representante de una empresa puede suscribir un contrato que conlleve un convenio arbitral, y por tanto obligue a la empresa a un arbitraje en caso de conflicto. Entonces, ha pasado por una discusión del tema de la responsabilidad del gerente por acto *ultra vires*, mas no por un tema de si la empresa es no-signataria respecto del contrato que celebre su representante reflejado en la figura del gerente general.

En efecto, a raíz del caso *Sulliden*³⁶⁷, el cual dio origen a una serie de resoluciones tanto judiciales como constitucionales³⁶⁸, fue materia de críticas las cuales versaron sobre la posibilidad de que el gerente general pueda celebrar contratos con cláusulas arbitrales válidas y eficaces frente a la sociedad³⁶⁹ y aquellas que niegan esa facultad³⁷⁰. Estas sentencias dieron

³⁶⁷ Primera Sala Sub-especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente N° 1757-2006.

³⁶⁸ Entre las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional pueden verse: Exp. No. 1567-2006-PA/TC del 30 de abril del 2006. (Caso: Compañía Exploraciones Algamarca) y Exps. Nos. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC del 11 de diciembre del 2006 (Caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.).

³⁶⁹ Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. "Una cuestionable anulación de Laudo arbitral". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 110, Ed. Gaceta Jurídica, 2007, pp. 85 y ss. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Alberto CHAN ARELLANO. "¿Es Clark Kent Superman? La identidad secreta del gerente general". En: *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 35, 2008, pp. 92 y ss.

³⁷⁰ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo y Mario CASTILLO FREYRE. "Algunas consideraciones jurídicas sobre el proceso de anulación de laudo arbitral Sulliden-Algamarca". En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 7, 2008, pp. 349 y ss.

origen al artículo 10 de la Ley de Arbitraje³⁷¹, así de acuerdo con BULLARD “en el caso *Sulliden*, los demandados en el arbitraje arguyeron que su Gerente General carecía de las facultades para someter a arbitraje un contrato de transferencia de derechos mineros. Incluso negaron que los poderes especiales otorgados por la Junta de accionistas para celebrar esos contratos le permitieran someterlos [a un] arbitraje. Sostuvieron que someter a arbitraje un contrato es un acto de disposición y una renuncia a la jurisdicción ordinaria, decisiones que requieren de poderes especiales y expresos. (...) con esas teorías llegaron incluso a conseguir una decisión judicial de anulación ante la Corte Superior, decisión que sería declarada nula por la Corte Suprema. Antes que la Corte Superior volviera a pronunciarse, un arreglo entre las partes dio fin a la controversia. Sin embargo, el largo y tortuoso camino recorrido dio origen al artículo 10° de la [Ley de Arbitraje]”³⁷².

2.3. LA CLÁUSULA OCULTA: LA INCORPORACIÓN POR REFERENCIA (INCORPORATE BY REFERENCE)

Es muy frecuente encontrar en contratos de construcción, como también en contratos de transporte internacional marítimos (en su mayoría conocimiento de

³⁷¹ **Ley de Arbitraje.- Decreto Legislativo 1071**

Artículo 10.- Representación de la persona jurídica

1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.

2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.

³⁷² BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “Art. 10.- Representación de la persona jurídica”. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (Coord.) Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 113.

embarque o también llamados *bill of lading*), una cláusula que hace referencia a otro contrato, con la finalidad de incorporarlo, resulta que este contrato -al que se ha hecho referencia- contiene una cláusula arbitral; entonces, la pregunta es si ésta cláusula arbitral contenida en un contrato incorporado por una cláusula de referencia, es exigible u oponible a las partes del contrato original.

Imaginemos el siguiente ejemplo, A es una empresa multinacional, que ha ganado una concesión en el Perú, y ha celebrado un contrato de concesión con el Estado Peruano a través de un Ministerio. Por otra parte, A celebra con B un subcontrato de construcción para realizar parte de la obra que conforma la concesión. En este contrato entre A y B, se añade una cláusula por referencia, en la que se indica que es aplicable al contrato todas aquellas cláusulas acordadas en el contrato de concesión. Lógicamente, dentro del contrato de concesión existe una cláusula arbitral.

Entonces, es plausible preguntarnos, si el Ministerio está legitimado a demandar vía arbitral al subcontratista por incumplimiento, en virtud de la cláusula arbitral del contrato de concesión. ¿Es posible que B demande al Ministerio, en virtud del contrato de concesión, en caso de incumplimiento en el pago de su prestación? Por lo tanto, será válido preguntarnos previamente si esta cláusula del subcontrato de construcción que indica que el contrato principal se ha incorporado en su totalidad, debe entenderse, en consecuencia, que la cláusula arbitral en el contrato principal también se incorporará en el contrato de construcción.

Veamos, en principio, el uso de la cláusula de incorporación por referencia permite a las partes poder realizar transacciones más rápidas, y en algunos casos es una solución necesaria, como en el caso expuesto, dado que el contrato de construcción no podía incumplir o apartarse de los parámetros dados en el contrato de concesión.

Así también puede resultar útil en negociaciones donde hay múltiples contratos, en diferentes idiomas, y para no incorporar en todos los contratos un convenio arbitral que podría resultar diferente por la traducción, es que las partes prefieren una cláusula arbitral en el contrato matriz³⁷³.

Tal como refiere GONZÁLEZ “la incorporación por referencia es una institución facilitadora de la contratación. Permite enriquecer la relación jurídica entre partes contratantes mediante la alusión a otro contrato. El único requisito es que la referencia “implique” el acuerdo arbitral. Ello quiere decir que la alusión al contrato que contiene una cláusula arbitral abarque la misma. Se trata de un ejercicio interpretativo de la voluntad de las partes. Si del análisis de los documentos se desprende que era (es) la intención de las partes que el acuerdo arbitral forme parte de los derechos y obligaciones que rigen a las partes en su relación jurídica, entonces estarán vinculados por dicho acuerdo arbitral”³⁷⁴.

³⁷³ DOAK BISHOP, R. “A practical guide for drafting international arbitration clauses”. King & Spalding, p. 12.

³⁷⁴ GONZÁLEZ DE CASTILLA, Emilio y Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO. “Acuerdo arbitral contenido en un contrato con cláusula de estipulación a favor de tercero”. En: www.imarbitraje.org.mx (revisado el 31.03.2012), p. 19.

Cabe precisar que el comentario expresado por GONZÁLEZ acerca del requisito que la referencia “implique” el acuerdo arbitral, es porque la propia norma mexicana lo obliga³⁷⁵. Como veremos más adelante, en otras legislaciones basta que se refiera a otro documento o contrato y se estará vinculado al convenio arbitral, sin necesidad de “especificar” que el documento que se incorpora contiene una cláusula arbitral.

Ahora bien, a raíz del caso *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri AS v Sometal SAL*³⁷⁶, el Juez CLARK refirió que las partes tienen la autonomía suficiente para incorporar un documento o un contrato si así lo desean, y que ello no puede limitarse, asimismo sugirió una clasificación sobre los grandes tipos de incorporación que se presentan en el arbitraje, los cuales son los siguientes:

- i) A y B celebran un contrato en el cual incorporan términos estándares dados por una convención internacional.

³⁷⁵ Así el artículo 1423 del Código de Comercio mexicano señala que: “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o 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. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”. (Subrayado nuestro). GONZÁLEZ DE CASTILLA, Emilio y Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Op. cit.*, p. 18.

³⁷⁶ *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri AS v Sometal SAL* del 18 de enero del 2010, High Court of England and Wales, N° 29.

- ii) A y B celebran un contrato X incorporando términos previamente acordado entre A y B celebrado previamente en otro contrato denominado Y.
- iii) A y B celebran un contrato incorporando términos de un contrato previo celebrado entre A (o B) con un tercero (C).
- iv) C y D celebran un contrato incorporando los términos de un contrato celebrado entre A y B.

Como se puede observar, pueden existir diversas formas en las cuales la incorporación por referencia es utilizada dentro de un contrato. Lógicamente, cuando existe este tipo de cláusulas que incorporan otros documentos separados del contrato debe analizarse cuál será la situación o posición de las partes respecto de ese documento que se pretende incorporar.

Por ejemplo, en el caso i) las partes están incorporando un documento normativo, que puede tratarse de un tratado o un convenio, como son las Reglas de Hamburgo, este tipo de cláusulas que incorporan este tipo de cláusulas, son conocidas como *cláusulas paramount*³⁷⁷, los cuales al incluir textos que son comunes y conocibles por las partes, se entiende que no

³⁷⁷ La cláusula *paramount* significa literalmente cláusula suprema, y son utilizadas usualmente en los conocimientos de embarque de los contratos de transporte, como también en las pólizas de fletamento (*charter-party*), con las cuales se incluye o incorpora dentro de este documento textos convencionales como las Reglas de La Haya-Visby o bien las Reglas de Hamburgo entre otras. Vid. ESPINOSA CALABUIG, Rosario. "Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los "usos" del tráfico comercial internacional". En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 13, 2007, pp. 1 y ss.

debería causar problema alguno sobre la posibilidad de incluir un convenio arbitral que está inserto en estos convenios.

En el caso **ii)** al ser las partes del contrato X las mismas que el contrato Y supone que ambas partes conocen perfectamente la cláusula arbitral que se está incorporando, por lo que puede caber en este supuesto, como en el anterior, una interpretación amplia en donde basta que se incorpore dicho contrato para entenderse que se incorpora la cláusula arbitral que lo contenga.

Por otra parte, son los casos **iii)** y **iv)** los que presentan mayores complicaciones en la práctica porque comporta la posibilidad que una parte no conozca del contenido del contrato o documento que se está incorporando, o bien si lo conoce, no sabe que dentro de ella, se encuentra consignado una cláusula arbitral, lo cual lo convierte en un no-signatario de dicha cláusula.

Algunas resoluciones y laudos han aceptado que el convenio arbitral sea incorporado dentro del contrato primigenio, a pesar que la cláusula por referencia no lo indique de manera expresa, el motivo que se ha utilizado con frecuencia es por la práctica constante o los usos o costumbres en el comercio, ha hecho que las partes ya sepan de antemano que hay siempre un convenio arbitral que también se incorpora gracias a la cláusula de incorporación por referencia.

2.3.1. La incorporación por referencia según la Convención de Nueva York

La Convención de Nueva York no contiene propiamente un artículo o regulación específica sobre la incorporación por referencia. En estricto, las interpretaciones que han existido sobre la incorporación por referencia descansa el propio artículo II (2). Dicho artículo señala que:

(2) The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

Como se puede apreciar, dicho artículo no se refiere directamente a la figura de la incorporación por referencia³⁷⁸, sin embargo la pregunta que se suscita es si a través de este artículo, cuando señala que el convenio arbitral puede estar en un intercambio de cartas o telegramas³⁷⁹, es posible que

³⁷⁸ Por ejemplo en el caso *Tradax v. Amoco*, la Corte Federal Suprema de Suiza señaló que: “The text of Art. II of the New York Convention is silent on the question whether, in order to be effective, a reference to conditions set out in another document has to contain a specific reference to the arbitration clause. So this provision has to be interpreted in accordance with its object, and with a view to the interests it is clearly designed to protect. The purpose of the Convention is to facilitate the resolution of disputes through arbitration, taking particular account of the need of international commerce; nonetheless, the requirement of writing prescribed in Art. II of the Convention has the effect of protecting the parties concerned from entering into ill-thought-out commitments involving the renunciation of the right of access to normal courts and judges. From the standpoint of the interests at stake, the validity of an arbitration clause has to be evaluated in the light of the circumstances of the particular case. This being so, regard should be had to such considerations as whether it was entered into by seasoned businessmen, or by people with little experience; in the same way, a different degree of awareness is required of the signatories depending on whether the contract refers back to the provisions of another contract which is deemed to be known to them, or to general conditions which may or may not be known to them.”

³⁷⁹ Sobre esto, la Corte Suprema de Suiza ha expresado lo siguiente: “arbitration clauses are valid [if they are] contained in a signed contract or in an exchange of letters, telegrams, telexes and other means of communication. In other words, a distinction should be made between agreements resulting from a document, which must in principle be signed, and agreements resulting from an exchange of written declarations, which are not necessarily signed”. Vid. *Compagnie de Navigation et Transports S.A. v. Mediterranean Shipping*

efectivamente las partes celebren un contrato haciendo referencia a una de estas cartas que contiene una cláusula arbitral, estén obligados si hacen referencia expresa que en dicha carta existe una cláusula arbitral, o bien simplemente hagan referencia a dicha carta, sin mencionar que hay un convenio arbitral³⁸⁰.

Cierta doctrina ha sostenido respecto a la Convención de Nueva York, que: “En general, se es muy liberal en la exigencia, pues basta una simple referencia a la aceptación de condiciones estándar en las que está incluida la cláusula arbitral. Sin embargo, el problema no se resuelve fácilmente porque por lo general esas condiciones estándar no aparecen en el contrato de las partes sino en anexos separados (...). Muchos jueces estatales hacen hincapié en este detalle, pues lo miran más como un problema de consentimiento que como una cuestión formal”³⁸¹.

En general, existe una posición que refiere que la incorporación por referencia no contradice o colisiona con la Convención de Nueva York³⁸²; sin

Company S.A., del 16 de enero de 1995, En: *YearBook Commercial Arbitration*. 697, 1996, pp. 31 y ss.

³⁸⁰ DI PIETRO, Domenico. “Validity of arbitration clauses incorporated by reference”. En: *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*. GAILLARD, Emmanuel y Domenico DI PIETRO (Editors). Cameron May, 2008, p. 357.

³⁸¹ SANTOS BELANDRO, Rubén. *Arbitraje comercial internacional*. Colección Estudios Jurídicos Oxford University Press. México, 3ra Edición, 2000, p. 62.

³⁸² POUURET, Jean-François y Sébastien BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Sweet & Maxwell Ltd, 2007, pp. 171 – 172.

embargo, también hay cierto sector de la doctrina que encuentra reparos de este tipo de interpretaciones³⁸³.

Algunas sentencias o jurisprudencias han tratado de dar un carácter flexible del artículo II (2) de la Convención de Nueva York, tratando de ampliar el concepto del convenio arbitral, así por ejemplo la Corte Suprema de Hong Kong estimó que la definición de "acuerdo por escrito" previsto en el artículo II (2) no es exclusiva ni exhaustiva ya que las palabras "*shall include*" no están calificados por la palabra "*solamente (only)*". En consecuencia, la definición prevista en el artículo II (2) no debe impedir la aplicación de la Convención a las cláusulas de arbitraje celebrados por "escrito" a otras que no están previstos en el mismo texto³⁸⁴.

A criterio de DI PIETRO³⁸⁵, el cual seguimos, considera que este tipo de interpretaciones no ha sido extensible a otros sistemas jurídicos por un tema de traducción; es decir, las traducciones del artículo II (2) de la Convención de Nueva York tanto al español como al francés han sido de carácter más restrictivos.

³⁸³ OPPETIT, Bruno, "La clause arbitrale par référence". En: *Revue de l'arbitrage*, No. 3, 1990, pp. 551-570. VAN HOUTTE, Vera, "Consent to arbitration through agreement to printed contracts: The continental experience". En: *Arbitration International*. Vol. 16 No. 1, 2000, pp. 1-18.

³⁸⁴ *Jiangxi Prov'l Metal & Minerals Imp. & Exp. Corp. v. Sulanser Co.*, 6 de abril de 1995, N° 21 YearBook Commercial Arbitration. 1996, p. 532. En esta sentencia se dijo: "*If one looks at Art. II of the New York Convention (...) one sees at paragraph 2 the following words: 'The term 'agreement in writing' shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams'. That definition is not exclusive*".

³⁸⁵ DI PIETRO, Domenico. *Op. Cit.*, p. 361.

Por ejemplo, en el caso de la traducción española quedó en los siguientes términos: “[l]a expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. El verbo denotar, de acuerdo con la Real Academia de la Lengua significa *indicar, anunciar, significar*. A diferencia del verbo modal “shall include” que es más flexible. Lo mismo sucede con la versión francesa la cual fue traducida como sigue: “[o]n entend par ‘convention écrite’ une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes”. En este caso, el término “on entend” puede ser traducido como “se entiende”, lo que origina poco margen para una interpretación que abarque otros supuestos.

2.3.2. La incorporación por referencia según la Ley Modelo y su adopción por la Ley de Arbitraje peruana

En este punto, cabe indicar que, a diferencia de las otras teorías que explican la extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo, en el caso de la incorporación por referencia si existe una regulación referencial al respecto, sobre ello la Ley Modelo UNCITRAL³⁸⁶ ha establecido lo siguiente:

(Opción I)

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje:

³⁸⁶ Esta disposición fue adoptada por la Comisión en su sesión 39 en el 2006, cuyo texto original en inglés es el siguiente: “*The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract*”.

[...]

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

Esta definición fue adoptada en diferentes legislaciones³⁸⁷ que siguieron la Ley Modelo UNCITRAL, y como se sabe la legislación peruana, no fue ajena. Así, la incorporación por referencia fue regulada en la Ley de Arbitraje peruana en su artículo 13 numeral 6, que a continuación citamos:

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

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.

De lo expuesto en el artículo 13 numeral 6, parece plausible que se pueda hacer referencia mediante una cláusula en un contrato, a otro que contenga

³⁸⁷ Entre ellas:

- **Ley de Arbitraje de Brasil (Ley 9307/2006):**

Art. 4º - A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º - A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º - Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

- **Ley de Arbitraje y Mediación de Bolivia (Ley 1707/2007)**

Artículo 10, numeral II.- La referencia hecha en un contrato diferente a un documento que contenga el convenio arbitral constituye constancia del mismo, siempre que dicho contrato conste por escrito y que la referencia implique que el convenio arbitral forma parte del contrato.

- **Ley de Arbitraje Española (Ley 60/2003)**

Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

una cláusula arbitral, más aún, la ley le otorga la fuerza de un “convenio arbitral por escrito”. Sin embargo, la propia norma añade una condición: “siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato” (subrayado nuestro). Qué quiere decir esto, ¿es necesario que la cláusula que hace la referencia deba indicar también que las partes se someten al convenio arbitral del contrato principal?

En un caso llevado en la Corte Suprema³⁸⁸ en India resuelto por el Juez RAVEENDRAN, sobre un caso similar a nuestro ejemplo propuesto, ha señalado que:

"Una referencia general a otro contrato, no será suficiente para incorporar la cláusula de arbitraje en el contrato mencionado en el contrato objeto de examen. Debería haber una referencia especial que demuestre la intención mutua de incorporar la cláusula de arbitraje de otro documento en el contrato. La excepción a la exigencia de especial atención es que el documento mencionado no es otro contrato, sino una forma estándar de términos y condiciones de las asociaciones profesionales o instituciones reguladoras que publicar o distribuir estos términos y condiciones para el beneficio de los miembros u otras personas que quieren adoptar el mismo (...)"³⁸⁹.

³⁸⁸ *M.R. Engineers and Contractors v. Som Datt Builders*, (2009) 7 SCC 696.

³⁸⁹ Traducción libre del siguiente texto: “A general reference to another contract will not be sufficient to incorporate the arbitration clause from the referred contract into the contract under consideration. There should be a special reference indicating a mutual intention to incorporate the arbitration clause from another document into the contract. The exception to the requirement of special reference is where the referred document is not another contract, but a standard form of terms and conditions of trade associations or regulatory institutions which publish or circulate such standard terms and conditions for the benefit of the members or others who want to adopt the same...”

El sentido expresado en la sentencia citada, reseña muy bien la interpretación que debería darse al artículo 13 numeral 6 de la Ley de Arbitraje, esto es que la cláusula contractual que hace referencia a otro contrato o documento, debe especificar que el mismo contiene un convenio arbitral. Sin embargo, esta “especificidad” incentiva que en la práctica resulte poco útil la incorporación por referencia³⁹⁰.

De esto, podemos considerar que existen dos tipos de interpretaciones respecto de la incorporación por referencia, una interpretación restrictiva, la cual considera que debe haber una clara referencia al convenio arbitral del documento o contrato que se incorpora (llamado *relatio perfecta*), y la otra es una interpretación general, donde sólo basta la cláusula contractual que haga referencia a otro documento o contrato que contiene una cláusula arbitral para que las partes se encuentren obligadas a ella (llamado también *relatio imperfecta*), y es en éste escenario el que genera más controversias³⁹¹.

Como se puede deducir, la legislación peruana ha optado por una interpretación restrictiva de la incorporación por referencia de la cláusula arbitral. En nuestro criterio, la Ley de Arbitraje debió optar por el segundo tipo

³⁹⁰ VON WOBESER, Claus. “La incorporación por referencia”. En: *Pauta*. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A. C., N° 58, Enero 2009, p. 40.

³⁹¹ Vid. LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A. y Stefan KRÖLL. “*Comparative International Commercial Arbitration*”. Publisher, Kluwer Law International, 2003, p. 113. LANDAU, Toby. “The written form requirement for arbitration agreements: When “written” means “oral””. En: *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*. ICCA International Arbitration Congress. Kluwer Law International, Mayo, 2002, pp. 19 y ss. FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. “*International Commercial Arbitration*”. Eds. GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE. Kluwer Law International, 1999, pp. 67 y ss.

de interpretación, siguiendo esta filosofía pro arbitraje; sin embargo, entendemos que la intención en el fondo es ir aun con cautela, y que las partes conozcan bien que están contratando y que sepan que es posible incorporar un arbitraje a través de una cláusula de incorporación por referencia a otro contrato.

2.4. EL GRUPO DE EMPRESAS (*GROUP OF COMPANIES*)

En el ámbito de las actividades económicas, las empresas al requerir especialización en la elaboración de productos, o en la de servicios, por una cuestión de reducción de costos, la utilización de otras empresas a través de un contrato de *outsourcing*, o bien mediante la creación de otras empresas, ya sean subsidiarias, filiales u otras, lo hacen con fines económicos, en los que la empresa ante la exigencia del mercado, busca opciones de crecimiento, y tal es así, que puede conformar distintas empresas con la misma finalidad económica, ello ha dado origen a lo que conocemos como grupo de empresas.

El uso del grupo de empresas o grupos económicos responden entonces a una necesidad propia que demanda el mercado, y que la empresa en razones de expansión, especialización y costos opta por esta vía.

No obstante, debemos dejar en claro desde un primer momento, que las actividades que realiza el grupo de empresas no necesariamente implica que el giro de todas las empresas que lo comprenden deban tener la misma actividad económica o complementaria. Así por ejemplo, pueden existir un grupo de

empresas en la cual una esté dedicada a los servicios financieros, otra al *retail*, y otra a la producción de lácteos, y no con ello se desdibujaría la imagen del grupo empresarial.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza del grupo empresarial, y en verdad las razones son más de índole económico que jurídico, además que las mismas exigencias del mercado, del crecimiento de una empresa y su afán de captar más clientes o consumidores hace que las empresas busquen maneras de satisfacer dichas necesidades, y tal como indicamos anteriormente, en la búsqueda de satisfacer estas necesidades, las empresas verán por conveniente utilizar mecanismos como la creación de nuevas empresas para satisfacer mejor esta demanda, y existe, claro, los mecanismos contractuales y jurídicos para llevarlo a cabo.

Existen diversas motivaciones que originan a un grupo de empresas para su conformación, las cuales pueden ir desde la fusión de empresas, en donde se crean sinergias y ahorros de costos de producción, y expansión de la empresa. Recientemente en el Perú, uno de los casos más representativos de fusión, es de la empresa Claro con Telmex en el sector de telecomunicaciones, donde uno de sus objetivos ha sido la integración de productos, dando ahora una mayor gama de productos en un solo proveedor, lo cual lo convierte en una empresa más ambiciosa e interesante frente a la empresa Telefónica, su principal competidora.

Los matices y tipos de conglomerados empresariales pueden variar de acuerdo a las actividades económicas que realiza la empresa, la posibilidad de tener poder de mercado, si realiza actividades de servicio público, o bien se trata de Holdings internacionales que se subcontratan entre sí.

Este fenómeno, cada vez más creciente en todo el mundo, y la apertura de una economía globalizada permite justamente el ambiente adecuado al uso de un conjunto de empresas, como parte del poder económico y los instrumentos contractuales y societarios para acceder a nuevos mercados y mejorar las estructuras económicas de las empresas a los nuevos desafíos empresariales.

La tecnología, en estos casos ha abierto la posibilidad de un crecimiento inusitado y progresivo de una producción en masa, en importantes sectores económicos que aprovechan las economías de escala.

Las empresas, por otro lado, en su estructura interna también ha formado parte de una evolución interesante, lo cual tiene que ver con la creación de instrumentos financieros para capitalizarse, asimismo la compraventa de empresas a través de la bolsa o fuera de ella dio inicio a que un socio, titular o accionista, o incluso una empresa pueda ser “dueño” de varias empresas al mismo tiempo.

Como vemos, los grupos de empresas son en sí un conjunto de unidades empresariales, personas jurídicas que tienen una personalidad jurídica propia,

que tienen como común denominador un vínculo económico que puede traducirse en un accionariado que tiene el control del mismo.

De acuerdo con SÁNCHEZ “las uniones de empresas se caracterizan por estar formadas por un conjunto de empresarios que, manteniendo su independencia jurídica, están sometidos a una dirección unitaria para obtener fines económicos. Dichos empresarios deben conservar su individualidad jurídica, si bien su poder de iniciativa económica se reduce en forma más o menos considerable. Caso diverso es el de la integración de empresas que se produce en los supuestos en los que se extingue su independencia jurídica (v. gr., por fusión o constitución de una sociedad por empresarios individuales que cesan en su actividad)”³⁹².

Por su parte, ECHAÍZ señala que “el grupo de empresas es un fenómeno que ha derivado de la concentración empresarial, de manera multiarticulada, constituido por dos o más empresas jurídicamente autónomas en el cual existe una dirección unificada destinada a satisfacer el interés grupal”³⁹³.

Para conformar un grupo de sociedades basta que dos o más empresas tengan o compartan un accionariado común que tenga control sobre la misma para estar en presencia de un grupo económico corporativo.

³⁹² SÁNCHEZ CALERO, Fernando. “*Principios de Derecho Mercantil*”. Thomson – Arazandi, 11va Edición, p. 396.

³⁹³ ECHAIZ MORENO, Daniel. “*La empresa en el derecho moderno*”. Gráfica Horizonte, Lima, 2002, p. 76.

Tal como informa GALGANO, en Italia las principales industrias tienen grupos conformados en algunos casos por más de mil empresas, como son el grupo Fiat o el grupo Edison³⁹⁴.

En segundo lugar, está dado por el tema del control empresarial, el cual puede estar dado por una empresa matriz, una empresa controlante o bien por un grupo accionista mayoritario.

Jurídicamente, el grupo de empresas ha recibido mucha atención doctrinal pero no en un nivel regulatorio. Así, en diversas legislaciones se enfocan en la concentración empresarial como potencial peligro de restricción de la competencia en el mercado, y en algunos casos se regula acerca de la aprobación previa de fusiones, pero no como un fenómeno en sí mismo, en el aspecto contractual o societario.

Por otro lado, el grupo de empresas ha tenido un particular impacto en el derecho laboral y en el derecho tributario. Así, por ejemplo en el aspecto laboral se ha dicho que:

“[D]esde la perspectiva del derecho, los grupos de empresas han sido abordados fragmentariamente por el ordenamiento jurídico. Así, esta forma de organización empresarial y su funcionamiento plantea conflictos que han sido centro de preocupación del Derecho Comercial o Derecho de

³⁹⁴ Asimismo, de acuerdo con GALGANO, datos estadísticos dan el sentido de las dimensiones del fenómeno: tomando como base, en Italia, las sociedades con al menos 50 adeptos, se ha podido constatar que al menos el 50% de ellos están constituidos por sociedades de grupos, pero que pertenece a un grupo la casi totalidad de las sociedades con al menos mil adeptos. Si después se agranda la perspectiva, se constata que pertenecen a un grupo el 90% de las sociedades japonesas, el 70% de las sociedades alemanas, el 55% de las sociedades británicas, el 50% de las sociedades suizas. Cfr. GALGANO, Francesco. *“La globalización en el espejo del Derecho”*. Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 169.

Sociedades, tales como, por ejemplo, dirección de los grupos, protección a los inversionistas, socios minoritarios, transparencia de los mercados, acreedores de las sociedades y terceros en general. También el Derecho Tributario ha fijado su atención en el grupo de empresas regulando las relaciones y transacciones que se dan en su interior entre las empresas que lo conforman, velando por la aplicación de impuestos y gravámenes. En los últimos tiempos también el Derecho del Trabajo ha centrado su preocupación en este fenómeno, impulsado por el propósito de fijar ciertas reglas que garanticen el seguro y adecuado ejercicio de los derechos laborales en el marco del funcionamiento de los grupos de empresas”³⁹⁵.

Y es que justamente, en el ámbito laboral, los trabajadores son susceptibles de los abusos que se da a través de un grupo de empresas, como el desplazamiento de una empresa a otra a efectos de reducir sus años trabajo y sus consecuentes beneficios³⁹⁶. Por ello, existe una regulación especial sobre el grupo de empresas o la vinculación entre ellas para efectos laborales³⁹⁷.

³⁹⁵ AYLWIN CHIORRINI, Andrés e Irene ROJAS MIÑO. “Los grupos de empresas y sus efectos jurídico- laborales en el derecho comparado”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 2, Talca, 2005, pp. 197-198.

³⁹⁶ Cfr. ARCE ORTÍZ, Elmer. “*La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*”. Mergablum Edición y Comunicación, 2003. ESTEVE SEGARRA, Amparo. “*Grupo de sociedades y contrato de trabajo*”. Ed. Tirant lo Blanch, 2002.

³⁹⁷ **D.S. N° 008-2008-TR. Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente – Reglamento de la Ley MYPE**

Artículo 4.- Grupo económico y vinculación económica

Se considera como grupo económico al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personas naturales o jurídicas.

Configurado el grupo económico, éste se mantendrá mientras continúe el control a que se refiere el párrafo anterior.

Se considera que dos (2) o más empresas tienen vinculación económica cuando:

1. Una persona natural o jurídica posea más de treinta por ciento (30%) del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.
2. Más del treinta por ciento (30%) del capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.
3. En cualquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges o convivientes entre sí o a personas naturales vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
4. El capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca en más del treinta por ciento (30%) a socios comunes a éstas.

En el Perú, justamente, la regulación del grupo de empresas pasa por establecer ciertos parámetros para determinar en qué supuestos nos hallamos ante un grupo empresarial que mantiene una vinculación económica entre sus integrantes.

Así, la legislación peruana ha definido como grupo económico al “conjunto de personas jurídicas nacionales o extranjeras, conformado por al menos dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas o varias personas naturales actúan como una unidad de decisión (...)”³⁹⁸.

Adicionalmente, cabe mencionar que la Ley General de Sociedades establece en el artículo 105 una referencia al grupo de empresas:

5. Cuando las personas naturales titulares de negocios unipersonales son cónyuges, convivientes o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y cuenten con más del veinticinco por ciento (25%) de trabajadores en común.

6. Las personas jurídicas o entidades cuenten con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos o comerciales que se adopten.

7. Una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre todos ellos entre sí.

8. Una empresa venda a una misma empresa o a empresas vinculadas entre sí, el ochenta por ciento (80%) o más de sus ventas.

9. Una misma garantía respalde las obligaciones de dos empresas, o cuando más del cincuenta por ciento (50%) de las de una de ellas son garantizadas por la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero.

10. Más del cincuenta por ciento (50%) de las obligaciones de una persona jurídica sean acreencias de la otra, y esta otra no sea empresa del sistema financiero.

La vinculación quedará configurada cuando se produzca la causal y regirá mientras ésta subsista.

Los supuestos de vinculación señalados anteriormente no operarán con empresas pertenecientes a la actividad empresarial del Estado.

En caso el MTPE determine la existencia de un grupo económico o vinculación económica entre micro y pequeñas empresas, excluirá dichas empresas de los alcances de la Ley cuando corresponda.

³⁹⁸ Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros N° 445-2000, publicada el 06 de julio del 2000.

Artículo 105.- Control indirecto de acciones

Las acciones de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones no dan a su titular derecho a voto ni se computan para formar quórum. Se entiende por sociedad controlada aquella en la que, directa o indirectamente, la propiedad de más del 50% de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de las acciones.

Bajo el término de “sociedad controlada”, este artículo marca una referencia objetiva (más del 50% de acciones), sólo se limita a establecer dicho carácter a efectos de voto y quórum, pero no desarrolla *in extenso* los alcances que implica el grupo de empresas en sus distintas variantes, como la responsabilidad por ejemplo.

No obstante, cabe referir que en el contexto internacional, los términos “control directo o indirecto”, no se establece en relación a porcentajes del accionariado sino en relación a la posibilidad fáctica y jurídica de controlar a otras. Por ejemplo en el caso *Aguas del Tunari SA v. República de Bolivia*³⁹⁹, el Tribunal Arbitral concluyó por mayoría que la frase “controladas directa, o indirectamente” significa que pueda predicarse de una entidad que controla a otra (ya sea directamente, es decir sin que exista una entidad intermediaria, o indirectamente) si tal entidad posee capacidad jurídica para controlar a la otra entidad. Con sujeción a la prueba de la existencia de restricciones especiales para el ejercicio de derechos de voto, esa capacidad jurídica debe establecerse en relación con el porcentaje de acciones que se poseen. En el caso de un

³⁹⁹ *Aguas del Tunari SA v. República de Bolivia*. Caso CIADI Nro. ARB/02/3, publicado en: *Revista Peruana de Arbitraje*. Nro. 3, 2006, pp. 471-609.

accionista minoritario, la capacidad jurídica de controlar a una entidad puede existir en virtud del porcentaje de acciones poseídas, de los derechos jurídicos transferidos en instrumentos o acuerdos tales como convenios constitutivos o acuerdos de los accionistas, o de una combinación de esos factores.

Visto lo anterior, corresponde ahora ver el tratamiento que ha recibido el grupo de empresas en el arbitraje especialmente el tema referido a la extensión del convenio arbitral a otras empresas que integran una holding.

2.4.1 EL GRUPO DE EMPRESAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Debemos partir por señalar que a nivel de legislaciones sobre arbitraje no hay norma jurídica alguna que regule el tema de los grupos empresariales. En realidad, fue a través de la jurisprudencia y laudos arbitrales donde se ha ido desarrollando la participación de los grupos de empresas en el arbitraje.

Sin embargo, incluso dentro de la jurisprudencia comercial internacional⁴⁰⁰ y cierto sector de la doctrina rechaza la aplicación de la teoría del grupo de empresas⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ *Peterson Farms Inc v C & M Farming Ltd* [2004] APP.L.R. 02/04. Especial reticencia también es percibida en el Derecho Suizo, por ejemplo a través del caso ICC 4504/1985-1986. En: *Journal de Droit International (Clunet)*, 113, p. 1118.

⁴⁰¹ FERRARIO, Pietro. "The group of companies doctrine in International Commercial Arbitration: Is there any reason for this doctrine to exist?". En: *Journal of International Arbitration*. Volume 26, 2009. Issue 5, pp. 647-673. HANOTIAU, Bernard y Barbara DEN TANDT. "Back to basics. Or why the group of companies doctrine should be disregarded once and for all". En: *The Practice of arbitration. Essays in honour of Hans Van Houtte*. P. WAUTELET, T. KRUGER y G. COPPENS (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2012, pp.125-132. HANOTIAU, Bernard. "Groups of companies and groups of contracts: A general introduction". En: *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation*. ROVINE, Arthur W. (Editor) The Fordham Papers. Martinus Nijhoff Publishers 2011, Netherlands, 2012, p. 125.

De acuerdo con BORN, esta teoría postula que “en virtud de este principio, los no signatarios de un contrato puede considerarse partes en una cláusula de arbitraje asociado en base a factores que a menudo son más o menos comparables a las que se refieren en el análisis del *alter ego*. En particular, cuando una empresa es parte de un grupo empresarial, está sujeta al control (o controles) de una filial corporativa que ha ejecutado un contrato y está involucrado en la negociación o ejecución de dicho contrato, entonces es posible que en algunas circunstancias, invocar o ser objeto de una cláusula compromisoria contenida en el contrato, a pesar de que no se ha firmado el mismo”⁴⁰².

A continuación, veremos cuál ha sido este desarrollo jurisprudencial sobre la extensión del convenio arbitral en caso de grupo de empresas.

El caso *Dow Chemical*⁴⁰³ es el caso arbitral por antonomasia sobre la extensión del convenio arbitral a un grupo de sociedades. En principio, la empresa Isover-Saint Gobain había celebrado dos contratos iguales, tanto con Dow Chemical AG (Suiza) y con Dow Chemical Europe, en ambos contratos se

⁴⁰² BORN, Gary. “*International Commercial Arbitration*”. Kluwer Law International, 2009, pp. 1165-1166. Traducción libre del siguiente texto: *Under this principle, non-signatories of a contract may be deemed parties to the associated arbitration clause based on factors which are often roughly comparable to those relevant to alter ego analysis. In particular, where a company is part of a corporate group, is subject to the control of (or controls) a corporate affiliate that has executed a contract and is involved in the negotiation or performance of that contract, then it may in some circumstances invoke or be subjected to an arbitration clause contained in that contract, notwithstanding the fact that it has not executed the contract.*

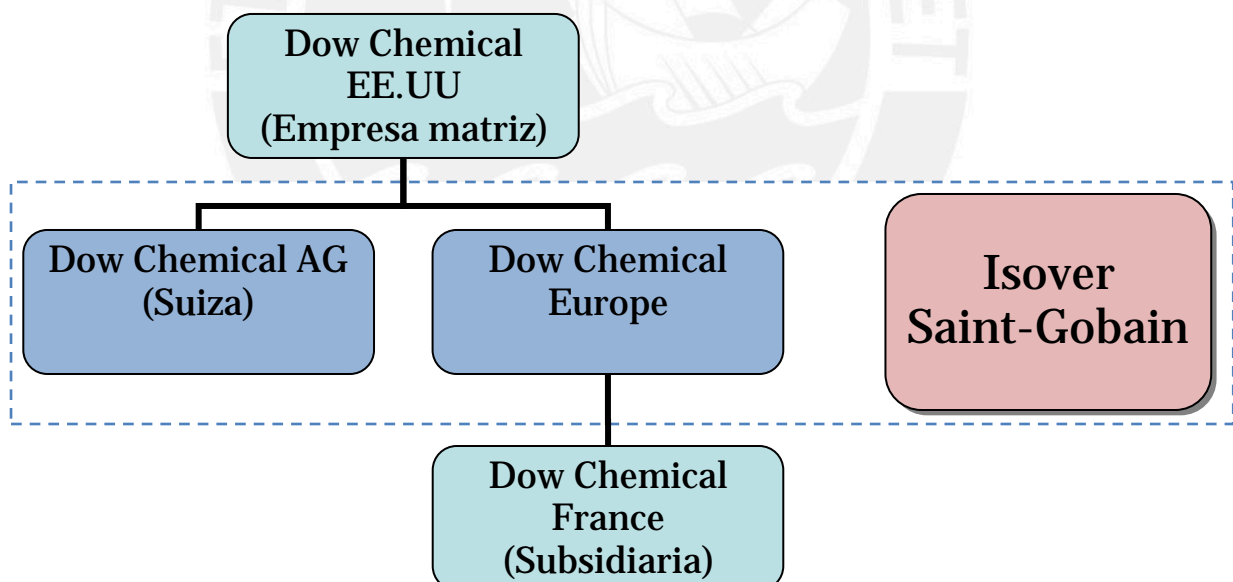
⁴⁰³ ICC Award 4131, 1982.

incluyó una cláusula arbitral, por la cual las partes ante cualquier controversia que surja entre ellas tendrían que ser resuelta bajo las reglas de la CCI.

Al devenir una serie de incumplimientos por parte de Isover-Saint Gobain, las empresas Dow Chemical AG (Suiza) y Dow Chemical Europe optan por demandar a Isover-Saint Gobain, sin embargo, a esta demanda se adhieren tanto la matriz de Dow Chemical ubicada en Estados Unidos, y la subsidiaria de Dow Chemical Europe, llamada Dow Chemical France.

El siguiente gráfico ilustra la composición de la empresa Dow Chemical con sus subsidiarias y su relación con la empresa Isover Saint Gobain:

Cuadro 4



Elaboración propia

A estos efectos el tribunal consideró que la empresa matriz Dow Chemical EE.UU ejerce control absoluto sobre sus subsidiarias, quienes sí han firmado contratos, o como Dow Chemical France, la cual ha tenido participación efectiva e individual en la conclusión, ejecución y terminación del contrato. Con

ello, el tribunal arbitral consideró que el grupo de empresas funcionaba a través de una única realidad económica (*une réalité économique unique*), por la cual el tribunal debe tomar en cuenta para determinar si tiene jurisdicción sobre todas las partes nombradas.

Posteriormente, la demandada Isover Saint-Gobain apeló ante la Corte de Apelaciones de París, por extenderse los efectos del convenio arbitral a no signatarios. Lo cual fue desestimado por dicha Corte en base a que:

“A raíz de una interpretación autónoma de los acuerdos y los documentos intercambiados en el momento de la negociación, y la terminación, los árbitros han decidido -por razones pertinentes y no contradictorias-, que de conformidad con la intención común a todas las empresas implicadas, que Dow Chemical Francia y Dow Chemical Company (EE.UU.) han sido partes en esos acuerdos a pesar de que en realidad no los haya firmado, y que por lo tanto, la cláusula de arbitraje también es aplicable a ellos”⁴⁰⁴.

Este caso, fue la base para posteriores arbitrajes⁴⁰⁵ y resoluciones judiciales⁴⁰⁶ que utilizaron el criterio de la realidad económica única en la

⁴⁰⁴ CA París, 22 de octubre de 1983, *Société Isover-Saint-Gobain v. Société Dow Chemical France et al*, 1984. En: *Revue d'Arbitrage*, N° 98, pp. 100-101. Traducción libre del siguiente texto: *Following an autonomous interpretation of the agreements and the documents exchanged at the time of their negotiation and termination, the arbitrators have, for pertinent and non-contradictory reasons, decided, in accordance with the intention common to all companies involved, that Dow Chemical France and The Dow Chemical Company (USA) have been parties to these agreements although they did not actually sign them, and that therefore the arbitration clause was also applicable to them.*

⁴⁰⁵ *Vid.* ICC Caso No. 7155, 123 J.D.I. (Clunet) 1037 (1996). ICC Caso No. 11160, 16(2) ICC Ct. Bull. 99 (2005).

⁴⁰⁶ *Korsnas Marma v. Durand-Auzias*, del 30 de noviembre de 1988. En: *Revue d'Arbitrage*, 691 Corte de Apelaciones de París. En la que se dijo que: *“an arbitration clause in an international contract has a validity and an effectiveness of its own, such that the clause must be extended to parties directly implicated in the performance of the contract and in any disputes arising out of the contract, provided that it has been established that their respective situations and activities raise the presumption that they were aware of the existence and scope of the arbitration clause, and irrespective of the fact that they did not*

empresa a efectos de poder extender los efectos de la cláusula arbitral a otros componentes del grupo empresarial.

En un caso similar, en *KIS France SA v. SA Société Générale*⁴⁰⁷, el Tribunal de Apelación de París confirmó la decisión de un tribunal arbitral para extender el acuerdo de arbitraje a las dos empresas matrices cuyas dos filiales habían firmado un acuerdo arbitral. El Tribunal consideró que las obligaciones de las empresas estaban “estrechamente relacionadas” y que las dos empresas matrices “dominaban” a sus respectivas subsidiarias. El Tribunal también rechazó el argumento de que la decisión del árbitro sobre su competencia, ya que no aplicó la Ley francesa de acuerdo con los *Términos de Referencia*. El Tribunal sostuvo que la noción “del grupo de empresas (...) está reconocido en el derecho francés”. E incluso, la Corte también sostuvo que “si las partes (...) han determinado la legislación aplicable, los árbitros deben tener en cuenta los usos del comercio internacional”⁴⁰⁸.

Como muestran estos casos, los franceses toman un enfoque más bien liberal sobre los grupos de empresas respecto de los acuerdos de arbitraje. Juzgados y tribunales franceses, básicamente son de la opinión de que el negocio internacional se lleva a cabo entre partes sofisticadas, y el arbitraje no debe ser ofuscado por las formalidades corporativas. Sin embargo, cabe decir que la llamada doctrina del grupo de empresas tiene sus límites, incluso en

sign the contract containing the arbitration agreement”. Citado en E. Gaillard & J. Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Op. Cit. p. 505.

⁴⁰⁷ *KIS France SA v. SA Société Générale*. Cour d'Appel, Paris, 31/10/1989. En: VAN DEN BERG, Albert Jan. “*Yearbook Commercial Arbitration*”. Vol. XVI, 1991, pp. 145-149.

⁴⁰⁸ *Idem*, p. 147.

Francia. Una parte no signataria no puede ser parte en un acuerdo de arbitraje, simplemente por el hecho de que tiene una relación empresarial con la empresa que firmó el acuerdo. Juzgados y tribunales franceses todavía generalmente requieren pruebas adicionales, de alguna forma el consentimiento en general tiene que ser demostrado. Así, corresponde a la parte que pretende extender la cláusula de arbitraje demostrar la existencia del consentimiento. Tal como refiere DERAINS, las Cortes, generalmente, no han visto como su rol evaluar la validez de esta aplicación en un caso particular, sin embargo, el mero hecho que una parte pueda pertenecer a un grupo corporativo no es generalmente suficiente para justificar su inclusión en un arbitraje en ausencia de su consentimiento⁴⁰⁹.

Ahora bien, algunos autores a raíz de estos casos han interpretado que existe una “teoría del grupo de empresas”, para lo cual es necesario que se configuren determinados requisitos a efectos de extender los efectos del convenio arbitral a otras empresas que conforman el grupo de empresas.

Estos autores⁴¹⁰ sostienen la existencia de dos elementos: uno objetivo, por el cual se presenta una vinculación económica o empresarial en un conjunto de empresas; y un segundo elemento subjetivo “representado por una voluntad común de fraude de dichas empresas vinculadas, representada en este caso por el hecho de haberse formado o haber sido utilizadas únicamente como un

⁴⁰⁹ DERAINS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. “A guide to ICC Rules of Arbitration”. Kluwer Law Arbitration, 2005, p. 90.

⁴¹⁰ GALLUCCIO TONDER, Giuseppe y Pablo C. MORI BREGANTE. “El juego de las máscaras: La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el caso de los grupos de sociedades”. Tesis de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011, p. 221.

—*alter ego*—, como una mera empresa de “fachada” de la que suscribió el convenio arbitral, lo cual al amparo de principio de buena fe permite inferir un consentimiento al Convenio”⁴¹¹.

En primer lugar, cabe resaltar que nosotros optamos por una posición que no reconoce al grupo de empresas como una “teoría”, y esto se debe a que muchos investigadores han realizado una mala lectura del caso *Dow Chemical*, tratando de hallar en este caso el *origen* de dicha teoría, lo cual es incorrecto, dado que, en realidad lo que indica este caso es la existencia de un consentimiento implícito, para extender los efectos del convenio arbitral y para ello se basa en el concepto de la *única realidad económica*.

En esta misma línea argumentativa el profesor HANOTIAU se ha pronunciado al respecto, señalando que:

“Un análisis correcto del laudo y de la Corte de Apelaciones [en el caso *Dow Chemical*] conduce inevitablemente a la conclusión de que el análisis fue claramente "consensual", en el que se basaba en la intención común de las partes como lo demuestra su conducta y tomando en consideración los usos conforme a las necesidades del comercio internacional, en particular la realidad económica del grupo de empresas.

En consecuencia, en lugar de hacer referencia a una inexistente "doctrina de grupo de empresas", debemos volver a lo básico, es decir, a la determinación del alcance de la cláusula de arbitraje en términos de conceptos y mecanismos clásicos. Ellos son plenamente suficientes para

⁴¹¹ *Loc. Cit.*

abordar la cuestión del alcance de la cláusula compromisoria o la llamada "extensión" del acuerdo de arbitraje a un no signatario"⁴¹².

En segundo lugar, el elemento subjetivo al que hacen referencia los autores citados, esto es respecto a la existencia de una intención de fraude, no se presenta en todos los casos donde existe un grupo de empresas, es más en el caso *Dow Chemical*, los miembros que integran el grupo de empresas no tuvieron en ningún momento una intención de fraude. Este criterio, si bien es cierto se presenta en algunos casos, no es extensible a todos, por lo tanto no es un elemento a considerarse en esta mal llamada teoría del grupo de empresas.

Esto se debe, también entre otras razones, a que estos autores han realizado una mala lectura del artículo de SUÁREZ ANZORENA, quien menciona la existencia de dos elementos, en este tipo de casos, al referir: “—en el seno de esta tesis conviven un elemento objetivo – la existencia del grupo – y uno subjetivo – en la forma de una conducta que permite inferir la existencia de consentimiento, al menos implícito - . Sin embargo, de los reportes de laudos

⁴¹² HANOTIAU, Bernard. "Groups of companies and groups of contracts: A general introduction". En: *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation*. ROVINE, Arthur W. (Editor) The Fordham Papers. Martinus Nijhoff Publishers 2011, Netherlands, 2012, pp. 124-125. Traducción libre del siguiente texto: "A correct analysis of the award and the Court of Appeal's decision leads inevitably to the conclusion that the analysis was clearly "consensual", in that it was based on the parties' common intention as evidenced by their conduct and taking into consideration usages conforming to the needs of international trade, in particular the economic reality of the group of companies. Consequently, instead of making reference to a nonexistent "group of companies doctrine", we should go back to basics, that is, to a determination of the scope of the arbitration clause in terms of classic concepts and mechanisms. They are fully sufficient to address the issue of the scope of the arbitration clause or the so-called "extension" of the arbitration agreement to a non-signatory".

arbitrales parece claro que este último es decisivo y que no basta la mera existencia de control o la relación grupal”⁴¹³ (Resaltado y subrayado nuestro).

Como vemos, SUÁREZ, indica que este elemento subjetivo recae en el análisis de la conducta de la parte a efectos de verificar la existencia de un consentimiento implícito o tácito, y no la existencia de una intención de fraude.

En tercer lugar, los casos de grupo de empresas, no basta que exista un conjunto de empresas unidas por un fin común para extender los efectos del convenio arbitral, es por ello que se aplican otras figuras como el *alter ego*, la doctrina del levantamiento del velo societario o el de los actos propios – *estoppel*-, para extender los efectos del convenio arbitral a una empresa no signataria.

Son recién con éstas últimas figuras que se requiere un elemento subjetivo, esto es la intención de fraude para extender los efectos del convenio arbitral. Pero, conviene advertir que el concepto de una realidad económica sirve para extender los alcances del convenio arbitral, esto es determinar quien es parte en un arbitraje, mientras que, las figuras como alter ego o el levantamiento del velo societario, sirve, para “extender” no sólo los efectos del convenio arbitral sino también la responsabilidad a aquella parte no-signataria.

Es por ello que jurisprudencias emitidas en Estados Unidos⁴¹⁴, Francia⁴¹⁵ e Inglaterra⁴¹⁶ han aplicado el levantamiento del velo societario y reconocido a

⁴¹³ SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional. *Op. Cit.*, p. 63

empresas no-signatarias como partes del acuerdo de arbitraje, pero se han rehusado a aceptar o reconocer la “doctrina del grupo de empresas”. E, incluso, en el caso Inglés fue mucho más enfático al indicar que la “doctrina del grupo de empresas” no forma parte del derecho inglés⁴¹⁷.

Esto se hace más perceptible en el laudo del caso N° 10758, el cual incluso es citado por GALLUCCIO y MORI, quienes interpretan sesgadamente lo que dice dicho laudo.

Veamos, el laudo aludido expone lo siguiente:

“Los conceptos de “grupo de empresas” o de una “única realidad económica” han aparecido en numerosos laudos y han sido discutidos en artículos académicos, pero su utilidad analítica podría ser cuestionada. Estos conceptos promueven la búsqueda de argumentos y pruebas, para definir lo que significa un grupo de empresas o una única realidad económica. La extensión del convenio arbitral a un no signatario no es una cuestión relacionada meramente a la estructura corporativa o a la estructura de control, sino más bien uno relacionado a la participación de los no-signatarios en la negociación, ejecución o ejecución del contrato [Sic], o de su comportamiento (incluyendo las representaciones explícitas o implícitas o la mala fe de su actuación), hacia la parte que solicita la inclusión de los no signatarios al arbitraje. Es a partir de esta participación

⁴¹⁴ *Smith Enron v. Smith Cogeneration International*, 198 F3d 88 y 97-98 (2do. Cir. 1999).

⁴¹⁵ *Sponsor AB v. Ferdinand Louis Lestrade*, Corte de Apelaciones de Pau. En: *Revue d'Arbitrage*, 1988, p. 153. *Korsnas Marma v. Durand-Auzias*. Corte de Apelaciones de París. En: *Revue d'Arbitrage*, 1989, p. 697. *Société Ofer Brothers v. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co. Ltd.* Corte de Apelaciones de París. En: *Revue d'Arbitrage*, 1989. *Cotunav v. Comptoir Commercial André*. Casación Civil del 25 de junio de 1991. En: *Revue d'Arbitrage*, 1991, p. 453.

⁴¹⁶ *Roussel-Uclaf v. GD Searle & Co.* Lloyd's Rep. 225 (1978), 4. *Yearbook Commercial Arbitration* 1979, p. 317.

⁴¹⁷ *Peterson Farms Inc v C & M Farming Ltd* [2004] APP.L.R. 02/04.

en el contrato o de la conducta hacia la otra parte que el Tribunal Arbitral puede deducir “...la intención común de todas las partes...”, la misma que ha sido reconocida en numerosos laudos (incluido el caso de Dow Chemical) como justificación de la extensión del acuerdo de arbitraje a un no signatario”⁴¹⁸ (subrayado nuestro).

Conforme se desprende del laudo citado, se aprecia que el razonamiento se dirige a distinguir cuál es el nivel de participación del no-signatario dentro del contrato o de la ejecución del mismo, el hecho que este no-signatario sea parte de un conjunto de empresas o pertenezca a un grupo empresarial no ayuda o ejerce poca influencia para determinar si es parte o no. Por otra parte, el carácter del fraude como elemento subjetivo es un elemento incidental, no es un requisito *sine qua non*.

En consecuencia, este carácter o elemento sobre el fraude, es exigible en figuras como el alter ego o estoppel como hemos mencionado en párrafos anteriores, asimismo, no basta que exista un grupo de empresas para aplicar de manera automática la extensión de los efectos del convenio arbitral a una empresa no-signataria, sino debe observarse la participación de aquella en la operación económica-contractual, tal como comenta CAIVANO “lo que determina la posibilidad de que un no-firmante de la cláusula arbitral pueda ser parte en un proceso arbitral es la voluntad presunta de las partes y de los intervinientes en el proceso, que puede inferirse de la conducta de las sociedades en cuestión: puede presumirse esa voluntad, entre otras situaciones, si la casa

⁴¹⁸ Laudo citado en GALLUCCIO TONDER, Giuseppe y Pablo MORI BREGANTE. “Desenmascarando la realidad: La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades”. En: *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 21, p. 200.

matriz y las filiales participaron activamente en la negociación, ejecución y rescisión del contrato”⁴¹⁹.

2.4.2 EL GRUPO DE EMPRESAS EN EL ARBITRAJE PERUANO

En este punto, conviene tratar especialmente el análisis de dos preguntas claves, la primera, ¿Es aplicable en nuestro sistema jurídico la doctrina del grupo de empresas?, y la segunda pregunta, muy relacionada con la primera es, ¿El artículo 14 de la Ley de Arbitraje regula el supuesto del grupo de empresas?

Siendo consecuentes con lo que hemos afirmado en los puntos anteriores, cabe reafirmar que no existe la doctrina del grupo de empresas como tal en el arbitraje. Si bien es cierto, que han existido casos donde se extiende los efectos del convenio arbitral a una empresa no-signataria perteneciente a un grupo empresarial, ello no quiere decir que dicha “extensión” es por la sola presencia de un grupo societario.

Cuando, se han presentado casos donde involucró a grupos empresariales, tanto árbitros como jueces tienen cuidado en analizar cuál es el nivel de participación de la empresa no-signataria dentro de la operación económica-contractual. En ese sentido, al encontrar un consentimiento implícito o una

⁴¹⁹ CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. En: *Limaarbitration*, N° 1, Círculo Peruano de Arbitraje, 2006, pp. 140-141.

participación activa ya sea en los diferentes niveles del contrato, es que se ha procedido a incluir como parte a dicha empresa no-signataria.

Ahora dicho esto, la segunda pregunta cae por su propio peso, no obstante conviene establecer una diferencia sustancial.

El artículo 14 de la Ley de Arbitraje es clara al decir 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 (...)”. Como puede observarse, cuando una empresa que ha *firmado* un contrato con otra, pero es otra –perteneciente a su grupo- quien participa en la ejecución del contrato, pero que no ha firmado ningún contrato, exterioriza por su comportamiento que tiene una “participación activa” y “determinante” según los alcances del artículo 14 citado, por lo que es en virtud a este hecho, que es posible extender los efectos del convenio arbitral, no basta que sea simplemente parte del grupo empresarial; sin embargo, y este es un punto que debe ser tratado con cuidado, el grupo de empresas importa la existencia de una voluntad común, una “única realidad económica”, lo cual fortalece el argumento de la extensión del convenio arbitral, no obstante, no constituye un requisito esencial. Asimismo, y no menos importante, este análisis debe ser efectuado conforme a las reglas de la buena fe⁴²⁰.

⁴²⁰ Así, Talero manifiesta al respecto que: “Como es natural, se exige establecer la presencia del consentimiento del no signatario para acudir al arbitraje. Para ello, se analiza su participación activa y determinante en cualquiera de las fases de la actividad contractual. Empero, nótese que no es suficiente la existencia de dicha participación activa y

2.5 LA DOCTRINA DEL *ALTER EGO* Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

El término alter ego es una derivación del latín que significa “otro yo” y ha recibido diferentes significados, pero todos ellos semejantes. Por ejemplo, se suele utilizar el alter ego para esconder la verdadera identidad de un personaje o una persona, a veces para referirse a un mejor amigo, que es igual a uno mismo. Es posible reconocer en obras clásicas como “*El extraño caso del doctor Jekyll y el señor Hyde*” del reconocido autor Robert Louis Stevenson, en donde el Sr. Edward Hyde era el alter ego del Dr. Jekyll, una misma persona pero con dos personalidades distintas.

En buena cuenta, el alter ego, es la personificación, o mejor dicho una representación de uno mismo exteriorizado en otra persona.

En el arbitraje se ha esbozado la teoría del alter ego con relación a personas o empresas que constituyen otra empresa con una personalidad jurídica distinta a efectos de utilizarla como vehículo de limitación de responsabilidad con el objetivo de defraudar a los terceros con quienes contrata, para ello, los jueces han entendido que es posible ante este tipo de

determinante para extenderle el pacto arbitral al sujeto no signatario bajo la norma peruana. Si fuera suficiente la prueba o evidencia de dicha participación activa y determinante, sobraría o carecería de efecto útil la previsión normativa sobre la buena fe, que trae la misma norma de manera expresa. De ahí que sea necesario, en todos los casos, analizar el asunto específico bajo la buena fe, así haya habido participación activa y determinante del sujeto no signatario en cualquiera de las fases de la actividad contractual”. TALERÓ RUEDA, Santiago. “Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”. En: *Lima Arbitration*, N° 4, 2010-2011, p. 96.

situaciones levantar el velo societario y observar la responsabilidad de las personas que están detrás de esta empresa fraudulenta.

Esto ha sido explicado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, la cual señaló que:

“Se ha encontrado justificado y equitativo en determinadas circunstancias o para ciertos propósitos el proceso del **‘levantamiento del velo corporativo’** o **‘disregarding the legal entity’**. La riqueza de la práctica acumulada sobre el tema en el derecho interno indica que el velo societario se levanta, por ejemplo, para evitar el mal uso de los privilegios de la personalidad jurídica, al igual que en ciertos casos de fraude o malversación, para proteger a terceras personas, como acreedores o compradores, o para impedir la evasión de los requisitos legales u obligaciones”⁴²¹.

Nótese, la estrecha relación entre la teoría del alter ego y el levantamiento del velo societario, sin embargo, esta teoría es una excepción, no la regla, según la cual puede ser aplicada a una variedad de demandas, y puede también extender responsabilidades a otras entidades, empresas o accionistas que se encuentran protegidos por el velo societario⁴²².

⁴²¹ *Barcelona Traction, Light & Power Co.*, [1970] Corte Internacional de Justicia. Rep. 3, pp. 38-39.

⁴²² McCLOSKEY, Daniel T. “Alter Ego: Piercing the corporate veil”. En: *California Lawyer*. Noviembre 2008, p. 42.

La CCI ha establecido, un importante punto de partida para el análisis de la aprobación para incorporar a no-signatarios a través del laudo parcial dictado en 1987 en el caso de la CCI N° 5625⁴²³.

En el mencionado caso la empresa **A** presentó una demanda contra **B**, sobre la base de un contrato que contenía una cláusula de arbitraje entre **A**, **B** y **C**. **B** contestó la demanda tratando de unirse a **C** y **D** en el arbitraje como un demandante adicional (cabe anotar que esta última es la empresa que controla a **A**). La contestación de **B** fue también tratar de traer a un demandado adicional: **E**, quien tenía el control de la empresa **B**. Para ello, **B** basó su posición en las teorías de *alter ego*.

El tribunal arbitral, por su parte, denegó dicha posición; sin embargo, estableció ciertos criterios para entender dicha teoría en el contexto de la extensión *ratione personae* en el arbitraje, expresando lo siguiente:

The question whether a person is or not bound by an agreement to arbitrate, and the debate whether and under what circumstances companies belonging to one group are bound by an agreement to arbitrate which has been signed by other companies belonging to that group, can only arise in a situation where they identify themselves as claimants, or are being identified by a claimant as defendants, in a Request for Arbitration.

The Rules for the ICC Court of Arbitration leave no doubt as to who is, or are, to be identified as a claimant/claimants: it is that person that submits, on the basis of Article 3, a Request for Arbitration. In this particular case the Request for Arbitration has been submitted by **A** and by it only.

⁴²³ ICC Award 5625, 1987. *International Construction Law Review*, N° 4 Vol. II, p. 486.

Neither do the Rules leave any doubt as to who is, or are, the defendant/defendants: it is that person which is being identified as such in the Request. In this particular case the Request for Arbitration identifies as the defendant **B** and it only. [. . .]

From Article 5 of the ICC Rules it follows that a counter-claim is a claim by the Defendant, — that is: the person identified as such by the Claimant in its Request for Arbitration —, against the Claimant, — that is: the person that has submitted the Request and identified himself as being the Claimant (...).

There is only one way in which one can become a party in an arbitral procedure under the ICC Rules: that is by way of Article 3, by a Request in which one constitutes oneself a claimant or is being identified by such a claimant as a defendant. [. . .] Under the ICC Rules, the Arbitrators once they have been nominated, have no discretion to add as parties to the arbitration Claimant(s) or Defendant(s) who were not identified as such in the Request for Arbitration. (Subrayado nuestro).

Sobre este caso, BORN ha comentado que “la práctica institucional de la Corte Internacional de la CCI, en principio, permite que el demandante estructure “su” arbitraje a su antojo, nombrar (o no nombrar) a las demás partes en el arbitraje que cree conveniente (siempre que sean partes en el convenio arbitral). Las partes nombradas como los demandados no pueden afiliarse a partes adicionales como co-demandados, ni como partes adicionales o demandantes, ni como demandados en la reconvención. Eso es cierto incluso si las partes adicionales que se pretende unir son partes en los mismos contratos y en el acuerdo de arbitraje”⁴²⁴.

En otro ejemplo, la Corte Suprema de Texas no ha incorporado a un no firmante de un acuerdo de arbitraje basado en el alter ego o en la teoría del

⁴²⁴ BORN, Gary. “*International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*”. Kluwer Law International, 2nd Edition, 2001, pp. 676-677.

levantamiento del velo societario, pero el Tribunal reconoció al menos la existencia de la misma. En *Merrill Lynch*⁴²⁵, la mayoría de la Corte sostuvo que las filiales no signatarias de Merrill Lynch no podían obligar a los signatarios al arbitraje, ya que la relación de las empresas en general no es suficiente para obligar a lo no firmantes a un acuerdo de arbitraje. No obstante, el Tribunal afirmó que “si dos empresas en realidad funcionan como una sola, muchos tribunales reconocen la excepción del alter-ego, con lo que se unirá en uno solo los acuerdos de arbitraje de la otra”⁴²⁶. Debido a que no hubo denuncias de este tipo en ese caso, la Corte sostuvo que la teoría no era aplicable.

Ahora bien, para entender mejor, la aplicación de esta figura excepcional, debemos revisar primero la regla, esto es la razón o naturaleza de la empresa y la responsabilidad limitada de las sociedades.

2.5.1 LA NATURALEZA DE LAS SOCIEDADES

En la Ley General de Sociedades (LGS), Ley N° 26887 (09.12.1997) en su Libro Primero se establecen las reglas aplicables a todas las sociedades. De esta manera, tanto al momento de constituir una empresa, como en el desenvolvimiento de sus actividades económicas, toda sociedad debe observar la aplicación de dichas normas.

⁴²⁵ *In Re Merrill Lynch & Co.* 235 SW3D, 191.

⁴²⁶ *Id.* Traducción libre del siguiente texto: “if two corporations are actually operated as one, many courts recognize an alter-ego exception that will bind one to the arbitration agreements of the other”.

Conforme lo establece la Ley General de Sociedades en su primer artículo indica que “quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas”. Así, el primer acercamiento que se tiene sobre la sociedad es en base al fin común que tiene toda sociedad, esto es “el ejercicio en común de actividades económicas”, sin embargo no nos establece una definición sobre qué es una sociedad.

LAROZA⁴²⁷, al tratar de encontrar una definición de la naturaleza jurídica de las sociedades, observa que en la doctrina general no existe un consenso sobre este tema, con lo que se discute si la sociedad es un contrato⁴²⁸, una institución, un negocio social, un acto complejo, o un acto colectivo. Más aún, existen diversos autores que apoyan cada una de estas tesis, sin embargo se puede apreciar que las distintas teorías que se esbozan resultan muchas veces imprecisas, y no se aplican a toda la estructura compleja que tiene una sociedad.

Desde otra perspectiva, HART⁴²⁹, nos relata desde distintos enfoques económicos sobre la “teoría de la empresa”, que abarca desde la teoría neoclásica hasta una aproximación a la empresa desde la perspectiva de los

⁴²⁷ ELIAS LAROZA, Enrique. “*Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*”. Obra completa. Ed. Normas Legales S.A., Trujillo, 2000, pp. 6-8.

⁴²⁸ Sobre este punto, SÁNCHEZ CALERO afirma que “puede decirse que el empresario social surge de un contrato –el de sociedad- que tiende precisamente a crear una organización de esas personas a la que, por regla general, se reconoce por el Derecho positivo personalidad jurídica. Esta persona jurídica nacida del contrato adquiere la condición de empresario que no tienen los socios (en cuanto tales)”. Vid: SÁNCHEZ CALERO, Fernando. “*Principios de Derecho Mercantil*”. Thomson – Arazandi, 11va. Ed., p. 158.

⁴²⁹ HART, Oliver. “Una perspectiva económica sobre la Teoría de la Empresa”. En: *Themis. Revista de Derecho*. Segunda Época, N° 46, 2003, pp. 1-13.

derechos de propiedad. Para ello, la primera teoría “concibe a la empresa como una unidad de planes de producción factibles. Un administrador dirige esta unidad comprando y vendiendo insumos y productos en un mercado spot y escogiendo un plan que maximice beneficios para el dueño. El beneficio es usualmente representado por la utilidad o, si ésta es incierta de manera que la maximización no esté bien definida, por el valor presente neto esperado de la futura utilidad (posibilidad disminuida por el riesgo), o por el valor de mercado”⁴³⁰.

A pesar de mostrar una idea mucho más clara sobre el desarrollo de las actividades económicas de una empresa, la teoría neoclásica no explica la relación interna de la empresa, como es el caso de su organización y la solución de sus conflictos de intereses, es así que nace la teoría del Agente-Principal. De acuerdo con esta teoría se “reconoce los conflictos de interés existentes entre los diferentes actores económicos, formalizando dichos conflictos a través de la inclusión de problemas de observación y de asimetría informativa. Esta teoría aún toma a la empresa como una unidad de producción, pero ahora el administrador toma decisiones de producción, tales como inversión o asignación de esfuerzos, que los dueños de la empresa no observan”⁴³¹.

Ahora bien, ambas teorías nos acercan o aproximan a la organización de una sociedad, pero aún no nos define qué es una sociedad o una empresa. No

⁴³⁰ *Ibidem.*, p. 2.

⁴³¹ *Ibidem.*, p. 3.

obstante, existe otra teoría sobre la empresa, la cual fue desarrollada por COASE⁴³², premio Nobel de economía, en base a los costos de transacción, en donde formula que “la idea es que en algunas situaciones, los costos van a ser menores si la transacción es llevada a cabo al interior de una empresa en lugar del mercado. Según COASE, el principal costo de transar en el mercado es el costo de aprender y regatear sobre los términos del intercambio. Este costo puede ser particularmente grande si la transacción es una de larga duración, en la cual el aprendizaje y el regateo deben ser realizados repetidas veces. Los costos de transacción pueden reducirse dándole a una de las partes autoridad sobre los términos de intercambio, al menos dentro de ciertos límites. Pero, de acuerdo COASE, esta autoridad es precisamente lo que define a una empresa: al interior de la misma, las transacciones se llevan a cabo como consecuencia de las instrucciones y órdenes dadas por un jefe y el mecanismo de precios queda suprimido”⁴³³.

No cabe duda que el trabajo de COASE, reforzado posteriormente con los trabajos de ALCHIAN y DEMSETZ⁴³⁴ y de WILLIAMSON⁴³⁵, ofrecen un panorama más amplio y riguroso sobre la empresa, y las implicancias de ésta en el mercado a través del enfoque de costos de transacción.

⁴³² COASE, Ronald. “The Nature of the Firm”, En: *Economica*, Vol. 4, No. 16, November 1937, pp. 386-405.

⁴³³ HART, Oliver. *Op. Cit.*, p. 4.

⁴³⁴ ALCHIAN, Armen A. y DEMSETZ, Harold. “Production, Information Costs, and Economic Organization”. En: *The American Economic Review*, Vol. 62, No. 5 (Dic., 1972), pp. 777-795.

⁴³⁵ WILLIAMSON, Oliver. “*The Economic Institutions of Capitalism*”. New York: The Free Press, 1985.

Por otra parte, existe la aproximación a la empresa como nexo de contratos⁴³⁶, de acuerdo con esta teoría, poco importa distinguir entre la relación existente dentro de la sociedad, como fuera de ella, esto es su relación con terceros, dado que ambas relaciones son una cadena de contrataciones, lo que ha llevado a decir que cada tipo de organización de negocio representa nada más que un particular “formato estándar” de contrato⁴³⁷, en donde los contratos conforman una sociedad anónima, con las características propias de ella, como la responsabilidad limitada, derechos de voto, etc., sin embargo, esta teoría aún resulta insuficiente para explicar los actos propios de una sociedad y su interrelación con otras empresas, como es el caso de una fusión o escisión.

Luego de haber realizado una revisión breve entre las distintas teorías, conviene comentar el estudio que realiza HART sobre una aproximación a la empresa desde la perspectiva de los derechos de propiedad⁴³⁸. Para ello, el citado autor indica que “en un mundo de costos de transacción y de contratos incompletos, los derechos residuales ex post de control van a ser importantes porque, a través de su influencia en el uso de los activos, afectarán el poder de negociación ex post y el reparto del excedente ex post en una relación. Este reparto a su vez afectará los incentivos de los actores para invertir en esa relación. En efecto, cuando los contratos están incompletos, los límites de las

⁴³⁶ Sobre el particular dicha teoría fue estudiada en el siguiente trabajo: JENSEN, Michael y MECKLING, William. “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”. En: *Journal of Finance* N° 3, 1976, pp. 305-360.

⁴³⁷ HART, Oliver. *Op. Cit.*, p. 6.

⁴³⁸ Para un estudio pormenorizado de esta teoría puede revisarse: HART, Oliver y MOORE, John. “Property Rights and the Nature of the Firm”. En: *The Journal of Political Economy*, vol. 98, Issue 6, Diciembre 1990, pp. 1119-1158

empresas importan en el sentido de que éstos determinan quién es dueño y quién controla cuáles activos. En particular, la fusión de dos empresas no deja de proporcionar beneficios ambiguos: en la medida en que el (dueño) administrador de la empresa adquirida pierde derechos de control, su incentivo para invertir en la relación disminuirá. Adicionalmente, el cambio de control puede reducir los incentivos para invertir de los trabajadores de la empresa adquirida. En algunos casos, esta reducción en la inversión será lo suficientemente grande como para que la no-integración sea preferible a la integración”⁴³⁹.

Por nuestra parte, la sociedad comporta una estructura compleja, que desde un punto de vista económico se puede discutir acerca de las actividades que desarrolla hasta las formas de gobierno interno que las regula.

Ahora bien, cabe tener cuidado con esto último, dado que los economistas también estudian la relación contractual inherente a la sociedad, pero desde otro enfoque, distinto al jurídico. Por ejemplo, si varias personas desean desarrollar una actividad económica para obtener utilidades se juntan y acuerdan qué actividad desarrollar, cómo hacerla y porqué hacerla. Para esto usarán como instrumento jurídico el contrato con prestaciones autónomas, el cual no se traduce en otra cosa que en un estatuto para conformar una sociedad, pero económicamente, dicho contrato sirve en tanto que reduce los costos sociales que resultaría si cada individuo realizaría cada actividad independientemente.

⁴³⁹ HART, Oliver. *Op. Cit.*, p. 8.

Al respecto ARRUÑADA ha expresado que “en la actualidad, la respuesta a las preguntas de por qué existen empresas y por qué tienden a adoptar ciertas formas sigue basándose en la naturaleza costosa de todas las transacciones o intercambios, tanto si éstos se efectúan en un mercado como en una organización. En ambos casos, la actividad económica tiende a articularse de modo que sean mínimos los “costes de transacción” inherentes a toda situación en que la información es costosa y los individuos anteponen su propio interés al ajeno”⁴⁴⁰.

2.5.2 LA RESPONSABILIDAD LIMITADA VS. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

Ahora bien, sobre el punto de la responsabilidad limitada de las sociedades, conviene señalar que una de las razones por la cual las personas se juntan para formar una empresa es la responsabilidad limitada que genera a los accionistas. Se ha creído, muchas veces, de forma errónea que es la sociedad quien tiene la responsabilidad limitada, lo cual no es así. Más bien, son los accionistas quienes tienen una responsabilidad limitada sobre el aporte que han realizado a la sociedad. Esto quiere decir que si un acreedor que tiene un reclamo que surja de una transacción con la sociedad no puede mirar a un

⁴⁴⁰ ARRUÑADA, Benito. “La estructura contractual de la empresa”. En: *RAE Jurisprudencia*, Tomo 21, marzo 2010, p. 394.

accionista para el pago, incluso si la empresa es insolvente⁴⁴¹, sino tendrá que mirar al patrimonio de la sociedad.

Sin embargo, existe la posibilidad, como hemos visto al inicio de este punto, que una sociedad o los accionistas de la misma utilicen a otra como una marioneta, alter ego o instrumento para defraudar a terceros, cuando ello ocurre, el juez puede levantar el velo societario a fin de ver cuál es la operación económica detrás, con esto se relativiza el principio de la responsabilidad limitada de la sociedad.

Dicho lo anterior, analizaremos la figura del levantamiento del velo societario y su relación con el arbitraje comercial.

La doctrina del levantamiento del velo societario, también conocido en el *common law* como *corporate veil-piercing*, o también *disregard of legal entity* tiene sus orígenes desconocidos⁴⁴², no obstante tiene un gran desarrollo jurisprudencial por parte de las Cortes de Justicia de Estados Unidos.

De hecho, al tratarse de una doctrina propia del *common law*, ha tenido cierta receptividad en los países de influencia tradicional romana-germánica, y

⁴⁴¹ MILLON, David. "Piercing the corporate veil, financial responsibility and the limits of limited liability". En: *Washington & Lee Public Law and Legal Theory Research Papers Series*. Working Paper N° 03-13, Setiembre 2003, pp. 2-3.

⁴⁴² Vid. B. PRESSER, Stephen. "Piercing the corporate veil" § 1:3, at 1-12 (2004), al respecto el citado autor indica que: "There is some authority (...) for suggesting that the doctrine that shareholders of corporations were not normally responsible for the corporation's debts found its way into American common law immediately after the Revolution. The precise reach of corporate shareholder limited liability in the early United States is, however, uncertain". En el mismo sentido: B. OH, Peter. "Veil-Piercing". En: *Texas Law Review*, Vol. 89, 2010, pp. 83-84.

en otros casos ha tenido rechazos, al considerarse que existe elaboraciones doctrinales propias del positivismo que se equiparan al levantamiento del velo societario, tal como la buena fe y el abuso de derecho⁴⁴³.

Esta teoría es concebida como la posibilidad de desconocer o corroer (de ahí la expresión *lifting the corporate veil*⁴⁴⁴) la personalidad jurídica de una persona jurídica a efectos de vislumbrar las intenciones reales de sus accionistas o directores en fraude de los mismos accionistas o de intereses de terceros.

⁴⁴³ En efecto, tal como señala DE TRAZEGNIES: "Dentro de la legislación civil peruana, los conceptos de buena fe y de abuso del derecho, que forman parte del ordenamiento positivo vigente, permiten adelantar por el camino de la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad y pasar más allá de ella, apoyados estrictamente en la ley (...) la institución del abuso del derecho, que fue creada a mediados del siglo pasado en Francia con contornos imprecisos, adquiere mucha importancia dentro de este contexto. Originalmente, tuvo un alcance limitado y excepcional. Sin embargo, la institución ha sido desarrollada notablemente más tarde hasta el punto de desbordar la primigenia idea francesa. (...) Es así como en el Perú la doctrina ha ampliado y profundizado esta institución hasta convertirla en un principio fundamental de eticidad del Derecho en general, subyacente en toda relación jurídica y garante de la buena fe y de la común intención de las partes en el campo contractual. Y es así como el Código Civil de 1984 le ha dado un alcance sin precedentes, al consagrarla de manera plena en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil. Como lo atestigua el ilustre jurista desaparecido D. José León Barandiarán, autor de esa parte del Código actual: "No cabe ya abrir polémica sobre la conveniencia de adoptar la figura del abuso del derecho"; y también: "El abuso del derecho es hoy una figura admitida en términos generales para las relaciones de Derecho Privado". DE TRAZEGNIES, Fernando. "El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje". En: <http://macareo.pucp.edu.pe/itrazeg/aafaa.htm>, visitado el 15.09.2011.

⁴⁴⁴ De acuerdo con Ian M. Ramsay y David B. Noakes, la frase "piercing the corporate veil" fue descrita en un caso en 1973 como "ahora está de moda". En 1987, la frase "lifting the corporate veil" fue referida como "pasada de moda". Los tribunales ingleses separaron expresamente el significado de las dos frases. Así, el Juez Staughton, en el caso *Atlas Maritime Co SA v. Avalon Maritime Ltd (Nº 1)*, declaró que: "Para penetrar (To *piercing*) el velo corporativo es una expresión que lo reservo para el tratamiento de los derechos y obligaciones o actividades de una empresa como los derechos u obligaciones o actividades de sus accionistas. Para levantar (To *lift*) el velo corporativo o mirar detrás de ella, por el contrario, debe significar que lo que se refiere a la participación en una empresa para algún propósito legal". RAMSAY, Ian M. y David B. NOAKES. "Piercing the corporate veil in Australia". En: *Company and securities Law Journal*, 2001, p. 3.

Ahora, el uso de este instrumento jurídico es usado como un recurso excepcional o subsidiario, en tanto que la regla general en una persona jurídica es que tiene personalidad jurídica distinta a las de sus miembros, y en las sociedades anónimas, la responsabilidad del accionista se limita al aporte que ha realizado⁴⁴⁵.

En algunas legislaciones, como la uruguaya, por ejemplo, han reconocido la aplicación de esta figura en su ley de sociedades (Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060 de 1989) en los artículos 189⁴⁴⁶, 190⁴⁴⁷ y 191⁴⁴⁸.

En el caso argentino, a través del artículo 54⁴⁴⁹, de la Ley de Sociedades Comerciales, Ley N° 19.550 regula la figura de la inoponibilidad de la

⁴⁴⁵ Basta con señalar que la Ley General de Sociedades establece en el artículo 31 que “el patrimonio social responde por las obligaciones de la sociedad (...)”, y el artículo 78 del Código Civil estipula que “la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”.

⁴⁴⁶ **Art. 189. (Procedencia).** Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.
Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.
Cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción, se seguirán los trámites del juicio ordinario.

⁴⁴⁷ **Art. 190. (Efectos).** La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada.
A esos efectos, se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad.
En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe.
Lo dispuesto se aplicará, sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos.

⁴⁴⁸ **Art. 191. (Inscripción).** El Juez interviniente en un proceso en el cual se pretenda la prescindencia de la personalidad jurídica de una sociedad, ordenará, si correspondiera, la inscripción del testimonio de la pretensión en la Sección Reivindicaciones del Registro General de Inhibiciones, a los efectos previstos en el artículo 38 de la Ley n° 10.793, de 25 de setiembre de 1946; sin perjuicio de otras medidas cautelares que pueda adoptar

personalidad jurídica, cuando la sociedad encubra actos para violar la ley, el orden público o la buena fe.

En el Perú, la Ley General de Sociedades, no ha regulado expresamente la figura del levantamiento del velo societario⁴⁵⁰, no obstante para algunos

⁴⁴⁹ **Artículo 54.-** El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

Inoponibilidad de la personalidad jurídica.

La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

⁴⁵⁰ No obstante, al no encontrarse regulado en la Ley General de Sociedades, en el Proyecto de modificación del Código Civil, el artículo 78^o incorpora esta figura, de acuerdo con el siguiente texto:

“Artículo 78.- Autonomía de la persona jurídica. Principio de relatividad

1. La persona jurídica es sujeto de Derecho distinto de sus miembros.
2. Ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de aquella ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta.
3. Si se realizaran actos abusivos o fraudulentos a través de la persona jurídica, el juez podrá, a solicitud de parte legitimada, desestimar excepcionalmente su calidad de sujeto de Derecho o disponer que no se apliquen los beneficios derivados de tales actos, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes la hayan utilizado abusiva o fraudulentamente.
4. Las pretensiones a que se refiere el párrafo 3 prescriben a los dos años de la realización del acto”. (Subrayado nuestro).

Sobre esta modificación, FERNÁNDEZ SESSAREGO ha comentado que: “En el tercer párrafo del artículo propuesto en el 2006 se pone de manifiesto la realidad de la persona “jurídica”. En efecto, en este párrafo se expresa que la realización de actos abusivos o fraudulentos, a través de la persona jurídica, podrán dar lugar a desestimar su calidad de persona no es inherente por lo que se puede desestimar a través de una disposición legal. Ello significa que es una calidad tan solo formal que le es atribuida por el ordenamiento jurídico, sin que sea inherente a ella. No obstante, según lo dispuesto en el proyecto de reforma del proyecto de 2006, solo en este caso, calificado como excepcional cuando no lo es, los “fantasmas” que integran la persona jurídica –desde que las personas que la componen quedan fuera de ella- aparecen en el escenario como lo que realmente son: seres humanos responsables de aquellos actos. ¿No se decía que los miembros de la persona jurídica no eran dueños del patrimonio ni respondían por sus obligaciones?” Vid. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Comentarios a la propuesta de enmiendas al Libro de Derecho de las Personas”. En: *Ius et veritas*, revista de derecho Año XVI, N° 32, p. 20.

Al respecto CASTILLO ha señalado que: “Resulta imprescindible tomar en cuenta que los actos aparentemente abusivos o fraudulentos que se realizan a través de una persona jurídica, no necesariamente implican que deba dejarse de lado el principio de autonomía de la misma y aplicar la del denominado *levantamiento del velo societario*, pues el acto no será siempre fraudulento o abusivo en sí mismo. Ello, pues no hay que olvidar el concepto de fraude pauliano recogido en el Código Civil en el Libro de Acto Jurídico. De este modo,

autores, no es necesario que se encuentre regulado para ser aplicado, en tanto que la doctrina del levantamiento del velo societario constituye una fuente del derecho, el Juez puede utilizarla⁴⁵¹; y esto se ampara en diversas resoluciones judiciales⁴⁵² es posible apreciar su configuración.

si son actos encaminados a enervar los derechos de sus acreedores, lo adecuado no sería levantar el velo, es decir, despojar de autonomía a la persona jurídica, sino declarar ineficaces tales actos para que la medida tenga verdaderos efectos sobre la persona jurídica. Se observa, entonces, algo que el proyectado inciso 3 parece no advertir y es que ese concepto de acto fraudulento que he delineado, vigente hoy en nuestro Código, es distinto que el que consiste en realizar actos ocultos o querer realizar actos fraudulentos en resguardo del patrimonio de uno o más socios. Recoger (al igual que se ha recogido en el Título Preliminar del Anteproyecto, la doctrina de los actos propios) la doctrina del levantamiento del velo societario y, de este modo, hacerla de aplicación general a todas las personas jurídicas es en extremo peligroso. Una vez más nos encontramos frente a un artículo que refleja la tentación de querer incluir en el Código todas las discusiones doctrinales, aun cuando ellas no hayan llegado a una adecuada maduración como para ser introducidas en tan importante cuerpo legal. Hay que ser cautos. Insertarlo todo sin considerar las consecuencias va más allá de lo temerario, en especial cuando aquella inserción implica tomar partido por temas que en doctrina son polémicos y rechazados por gruesos sectores. Además, las consecuencias de esa falta de cautela no son pocas, pues una norma como ésta atenta contra la seguridad jurídica que sustenta a todo ordenamiento jurídico, atentando también contra principios fundantes de la persona jurídica, de su estructura y, también, de los incentivos para constituirla. Asimismo, estoy seguro de que en la práctica una norma de aplicación general como aquella generaría un abuso constante e indiscriminado por parte de los agentes jurídicos". CASTILLO FREYRE, Mario. *"El defectuoso anteproyecto de reforma al Código Civil en relación a las personas jurídicas"*. En: www.castillofreyre.com

⁴⁵¹ GUERRA CERRÓN, Jesús María Elena. *"Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la Sociedad Anónima"*, Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, pp. 289-291.

⁴⁵² Por ejemplo en la Resolución de la Segunda Sala de la Corte Superior de Lima, Expediente N° 7172-2006-BE(A) se ha indicado que: (...) al no contar la demandada Restaurante Peña Surquillana E.I.R.L. con recursos que permitan cumplir la obligación de pago de la acreencia laboral del actor, es acorde a derecho que en el presente caso esté Órgano Jurisdiccional aplique la figura del levantamiento del Velo Societario; (...) que, la citada figura es un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se haya revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación particular. De esta figura da cuenta el actor español Pedro de Ángel Yagüez en su obra *"La Doctrina de Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia"* (Páginas 425, Cuarta Edición, editorial Civitas) y que ha sido recepcionada por la sentencia del 16 de marzo de 1993 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco en su razonamiento en contrario cuando señala "no ha lugar al levantamiento del velo de una sociedad anónima cuando no se ha acreditado abuso del derecho por parte de los socios, esto es, cuando la constitución de una sociedad no se ha hecho con la finalidad de eludir las responsabilidades de los accionistas". Que al aplicar este concepto al presente caso este Colegiado prescinde de la forma societaria que asumió Restaurante Peña Surquillana Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, porque como se señala en los considerandos que anteceden, es evidente que la señora Virginia Adriana Cruzado Delgado constituyó la empresa con la intención de burlar el pago de sus obligaciones laborales lo cual contraviene la ratio legis del Decreto Ley N° 21621, Ley de

Sobre el particular LAROZA ha estimado que en “la práctica desconocer la personalidad jurídica de una sociedad, en algunos casos, para evitar la utilización indebida, abusiva o fraudulenta de las personas jurídicas, con el objeto de ocultar situaciones ilícitas o causar daño a terceros (...). Se ha aplicado en sentencias, especialmente en casos fiscales, de familia y criminales. Los jueces disponen el “levantamiento del velo societario” no tanto para dilucidar hechos cometidos u ocultados por la sociedad, sino por los socios. En forma general sirve para evitar que, usando la cobertura formal de una sociedad, se cometan u oculten delitos o se lesionen intereses de terceros. Al levantarse el velo se hace posible que el juez conozca la realidad de las operaciones realizadas por los socios bajo la pantalla de la sociedad”⁴⁵³.

A medida que el arbitraje ha ido creciendo, tanto a nivel internacional como nacional, los problemas comunes que se presentaban en los procesos civiles, se han visto también reflejados en los procesos arbitrales. Sin embargo, en un

Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que señala que se reconoce la limitación de responsabilidad del titular porque lo que se pretende es fomentar y estimular las inversiones, capacidad empresarial y la movilización de capitales. Que, en ese orden de ideas la medida cautelar en forma de inscripción dictada mediante la Resolución N° 54, de fecha 29 de enero del 2002 que corre a fojas 1 y 2 así como su posterior incremento ordenado mediante la Resolución N° 55, de fecha 20 de diciembre del 2002, que corre a fojas 4, son acorde a derecho no existiendo causal de nulidad de las mismas ni de los actuados, debiéndose por lo tanto confirmar la recurrida (...). Otro ejemplo esta dado por la Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, mediante la Casación N° 461-97-Lima, la cual señaló que: “estando acreditado que Mine Or Sociedad Anónima es el socio nominal de Minera Yanacocha Sociedad Anónima, pero que el verdadero titular de las acciones es el Bureau de Recherches Geologiques et Minières, no es necesario recurrir a la doctrina del levantamiento del velo societario para sostener que el derecho de preferencia existe ya que ha sido la propia empresa madre la que ha mostrado el objeto real de la operación, esto es, que quien pretendía vender era el Bureau de Recherches Geologiques et Minières, en su propio nombre y en representación de sus filiales –entre éstas Mine Or Sociedad Anónima– todo lo cual ratifica que no se ha inaplicado el artículo setentiocho del Código Sustantivo”. Si bien es cierto, en esta oportunidad no se aplicó la doctrina del levantamiento del velo societario, quedó como una opción a utilizar –en última ratio, o excepcional-, en vista de las pruebas actuadas y el comportamiento observado de la empresa matriz.

⁴⁵³ ELÍAS LAROZA, Derecho Societario Peruano, cit., T. I, p. 34.

proceso arbitral, el tema o la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, resulta muy controversial sobre la base de dos aspectos. El primero radica en la posibilidad que un árbitro aplique una teoría que no ha tenido una recepción positivista en el ordenamiento jurídico, más aún a nivel doctrinal no hay un consenso o *communis opinio* sobre este punto. Segundo, la doctrina ha ido perfilando ciertas reglas que deben considerarse cuando se utilice la teoría del levantamiento del velo societario, dado que su uso responde a una necesidad excepcional, incluso si se enfrenta a otras instituciones jurídicas que si se encuentran reguladas, como es el caso de la responsabilidad limitada de las sociedades.

Al respecto, el Tribunal Español, en una interesante sentencia, aplicó la doctrina del levantamiento societario a efectos de desestimar la personalidad jurídica de una sociedad que tiene como fin un uso fraudulento; así, dicho tribunal estimó que:

“La doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona *disregard* y de la germana *durchgriff*, tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas (...). La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc.”⁴⁵⁴

⁴⁵⁴ Tribunal Supremo Español. Sala de lo Civil. Resolución N° 855/2006.

2.6 LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO (*THIRD PARTY BENEFICIARY*)

Como hemos visto, el arbitraje compromete a aquellas partes que se han obligado a través de un contrato, no obstante, como se ha analizado es posible extender el convenio arbitral a partes que no han firmado o se han comprometido a través de un convenio arbitral.

La estipulación a favor de un tercero beneficiario (*stipulation pour autrui*), es una doctrina más, que establece determinados supuestos en los cuales es posible incluir dentro del arbitraje a una parte que no firmó el convenio arbitral.

Esta doctrina como veremos, al igual que las anteriores, fue fruto de una serie de jurisprudencias (sobre todo las emitidas por la Cortes norteamericanas⁴⁵⁵) que fueron perfilando esta institución, que goza al menos de una mayor aceptación y receptividad en el arbitraje comercial.

En sí, se ha definido, a este tercero beneficiario como una persona que es un no-signatario de un contrato y que no ha presentado u otorgado alguna consideración por el contrato; sin embargo puede hacer cumplir dicho contrato a los signatarios⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Están por ejemplo: *Coastal Steel Corp. v. Tilghman Wheelabrator Ltd.*, 709 F. 2d 190, 202-4, 3er Circuito, 1983; *Spear, Leeds & Kellogg v. Central Life Assurance Co.*, 85 F. 3d 21, 29-30, 2do Circuito, 2001; *John Hancock Life Ins. Co. v. Wilson*, 254 F. 3d 48, 59-61 (2do Circuito 2001).

⁴⁵⁶ *Fourth Ocean Putnam Corp. v. Interstate Wrecking Co., Inc.*, 66 N.Y.2d 38 (1985).

Ahora bien, qué se necesita para ser considerado una parte beneficiaria del contrato, distinta a las partes que lo celebraron. Al respecto la Corte del Tercer Circuito de Estados Unidos indicó que:

Para calificar como un tercero beneficiario de un contrato se requiere que: (a) las partes contratantes deban tener la intención de que el tercero beneficiario se beneficie del contrato, (b) el beneficio debe haber sido concebido como un regalo o en la satisfacción de una preexistente obligación de esa persona, y (c) la intención de beneficiar a los terceros deben ser una parte sustancial del propósito de las partes en la celebración del contrato (...). Por lo tanto, si la intención de la promesa no era de otorgar beneficios directos a un tercero, sino que dicho tercero pasa a beneficiarse de la realización de la promesa ya sea por coincidencia o indirectamente, el tercero no tendrá derechos exigibles derivadas del contrato⁴⁵⁷.

De acuerdo con HOSKING, esta figura supone que bajo ciertas circunstancias una parte no signataria que haya recibido beneficios del contrato subyacente tiene el derecho a demandar el cumplimiento de dichos beneficios. Ello supondría que la parte beneficiaria debería también someterse a arbitraje cuando es demandante en relación con prestaciones derivadas del contrato que lo benefició.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ Señalado en el caso: *DuPont De Nemours and Co. v. Rhone Poulenc Fiber and Resin Intermediaries et al.*, 269 F.3d 187, 196 (3rd Cir. 2001). Traducción libre del siguiente texto: *[T]o qualify as a third party beneficiary of a contract, (a) the contracting parties must have intended that the third party beneficiary benefit from the contract, (b) the benefit must have been intended as a gift or in satisfaction of a pre-existing obligation of that person, and (c) the intent to benefit the third party must be a material part of the parties' purpose in entering into the contract (...). Thus, if it was not the promisee's intention to confer direct benefits upon a third party, but rather such third party happens to benefit from the performance of the promise either coincidentally or indirectly, then the third party will have no enforceable rights under the contract.*

⁴⁵⁸ HOSKING, James. "Non signatories and international arbitration in the United States: The quest for consent". En: *Arbitration International*, Vol. 20, Nº 3, 2004, p. 295.

La regla del artículo 14^o es clara y tiene una redacción que se presta a una interpretación amplia, al señalar que el convenio arbitral se extiende también a quien pretenda derivar derechos o beneficios del mismo⁴⁵⁹. Así, si quedara alguna duda si lo que se reclama sea o no un derecho, basta que lo que se reclame beneficie a quien lo solicita, para que se le considere parte del arbitraje. La ley no ha querido que meras formalidades jurídicas la priven de eficacia para ampliar el ámbito del convenio arbitral⁴⁶⁰.

En este tipo de contratos con estipulación a favor de tercero, se rige por el derecho de contratos, en el caso peruano no es la excepción, es por ello que dicha figura se encuentra regulada en el artículo 1457 del Código Civil, el cual establece que “por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona. El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato”.

Para ello, este derecho que nace a favor del tercero, tal como indica el artículo 1458 “(...) surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente (...)”.

⁴⁵⁹ Vid. *Supra*, Capítulo II, punto 5.

⁴⁶⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Extensión del convenio arbitral. Comentario al artículo 14^o de la Ley de Arbitraje”. En: SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLES (Coordinadores). “*Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*”, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, p. 228

El problema se presenta, al saber si la cláusula arbitral es oponible al beneficiario. Sobre el particular la Corte Suprema de Francia ha señalado lo siguiente:

“Dans une telle promesse, une première personne, le promettant, promet à une deuxième personne, bénéficiaire, le fait d’une troisième personne, tiers à la promesse. Le promettant est donc engagé vis-à-vis du bénéficiaire, si bien que la clause stipulée dans la promesse joue dans les rapports de ces deux parties. Cette solution joue tant que le tiers ne ratifie pas la promesse. Elle joue également s’il est établi que le tiers n’a pas ratifié la promesse. Dans ce cas, le promettant n’a pas respecté ses obligations, engage donc sa responsabilité et dans le litige qui s’ensuit, la clause est applicable : la responsabilité contractuelle n’est pas autonome, elle dépend de l’obligation inexécutée et ainsi des clauses que cette obligation recèle. Si cependant, le tiers ratifie l’opération, le promettant est normalement libéré, le tiers devient partie, d’une manière rétroactive et se trouve donc lié, dans la relation qu’il entretient désormais avec le bénéficiaire, par la clause compromissaire. Ainsi le tiers, dans une promesse de porte-fort, est-il partie et donc cocontractant s’il décide de ratifier la promesse”⁴⁶¹.

En el arbitraje comercial, especialmente en la jurisprudencia americana⁴⁶² ha sido frecuente que el tercero beneficiario sea obligado al arbitraje una vez que ha aceptado o prestado su asentimiento de los beneficios del contrato.

⁴⁶¹ 1st Civ. Ch., *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 611.

⁴⁶² Al respecto pueden citarse los siguientes casos: *Washington Square Sec., Inc. v. Aune*, 385 F.3d 432 (4th Cir. 2004); *John Hancock Life Ins. v. Wilson*, 254 F.3d 48 (2d Cir. 2001); *Fleetwood Enterprises, Inc. v. Gaskamp*, 280 F. 3d 1069, 1075 (5th Cir. 2002). Por otra parte, HOSKING sostiene que desde 1859 en el caso *Lawrence v. Fox* se reconoce, a pesar de la doctrina privatística, que un tercero beneficiario tiene derecho a demandar sobre el contrato para obtener su cumplimiento, la ley común de los Estados Unidos ha desarrollado una dirección decididamente diferente a la de Inglaterra. Los terceros beneficiarios en un contrato es aceptado en todos los estados. *Vid.* HOSKING, James M. “The Third Party Non-Signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent”. En: *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*: Vol. 4: Iss. 3, Article 6, 2004, p. 517.

En el caso *Doeff v. Transatlantic Reins. Co.*⁴⁶³ involucró una demanda contra Jan Doeff por responsabilidad profesional, quien tenía una póliza por este concepto a cargo de la empresa Legion Insurance Co., que fue reasegurado por Transatlantic. Posteriormente la empresa Legion Insurance retiró su defensa de Doeff, quien luego perdió el proceso por responsabilidad profesional. Cuando Legion Insurance estuvo bajo administración judicial, Doeff demandó directamente a Transatlantic, y éste solicitó que el caso sea visto en arbitraje de acuerdo a la cláusula de arbitraje del contrato de reaseguro entre Legion Insurance y Transatlantic. Doeff se opuso a dicha solicitud en virtud que él no fue signatario del contrato de reaseguro y que las partes en dicho contrato nunca tuvieron la intención que él se presente a arbitraje. En este caso, la Corte encontró a Doeff como una tercera parte beneficiaria del contrato de reaseguro y que él fue obligado a someterse a arbitraje conforme a ese contrato⁴⁶⁴.

En otro caso, diferente al de reaseguros, en *Spear, Leeds & Kellog v. Central Life Assurance Co. et al.*⁴⁶⁵, involucró a un comisionista comercial de futuros y a un miembro de la Bolsa de Nueva York, quien abrió una serie de cuentas y subcuentas de Goodman, un comerciante de commodities. Goodman

⁴⁶³ *Doeff v. Transatlantic Reins. Co.*, 2007 U.S. Dist. Lexis 91879 (E.D. PA).

⁴⁶⁴ De acuerdo con HALL: “Case law allows a third party beneficiary on a contract with an arbitration clause to arbitrate disputes under such contract. In general, insurers are not third party beneficiaries of a reinsurance contract. However, the extreme fronting arrangements cited by the court in *Koken v. Legion* led the court to disregard the general rule and the same programs were at issue in *Doeff*. Therefore, *Doeff* can be read as giving preclusive effect to the same issue decided under those same facts by the Pennsylvania court rather than a broader statement of the law on reinsurance arbitrations”. HALL, Robert M. “Third party beneficiary: Binding nonsignatories to arbitration clauses in reinsurance contracts”. En: www.roberthall.com

⁴⁶⁵ *Spear, Leeds & Kellog v. Central Life Assurance Co. et al.*, 85 F.3d 21 (2nd Cir.1996).

adquirió un seguro de vida en beneficio de sus clientes, de modo que en caso de muerte, sus clientes no tendrían que esperar la apertura del testamento para recaudar sus fondos adeudados. Cuando Goodman murió, los aseguradores descubrieron que Goodman utilizó información falsa para obtener el seguro y alegó que tanto Spear como Leeds fueron cómplices de esa estrategia. Las compañías de seguros intentaron ir a arbitraje contra Spear y Leeds conforme a las Reglas y Constitución de la Bolsa de Valores de Nueva York.

La Corte observó que las reglas de arbitraje de la Bolsa de Valores de Nueva York requieren que cualquier disputa entre un miembro y no miembro de la Bolsa sea arbitrada. La Corte señaló que los aseguradores fueron terceros beneficiarios de tales normas y pueden cumplir el requisito exigido para ir a arbitraje⁴⁶⁶.

3. LA VINCULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE CESIÓN (O DE LA MAL LLAMADA TRANSMISIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL)⁴⁶⁷

Existe una zona gris o intermedia, en la que es posible identificar la presencia de “terceros” ajenos a la relación jurídica original, pero que en virtud de la ley o de un contrato llegan a formar parte de esta relación jurídica, pero

⁴⁶⁶ Esta misma regla fue reconocida en otros casos a pesar de que se trataban de hechos que no les eran aplicables. *Vid. E.I. DuPont De Nemours and Co. v. Rhone Poulenc et al.*, 269 F.3d 187 (3rd Cir.2001); *Guardian Construction Co. et al. v. Tetra Tech Richardson*, 583 A.2d 1378 (Sup.Ct. Del 1990) (El demandante no era un tercero beneficiario); *Industrial Electronic Corp. v. Power Distribution Group*, 215 F.3d 677 (7th Cir. 2000); *John F. Dodds, Jr. et al v. Pulte Home Corp. et al.*, 909 A.2d 348 (Sup.Ct.Pa. 2006).

⁴⁶⁷ *Cfr. GIL MINGILLÓN, Susana. “La litispendencia arbitral internacional: Extensión de la eficacia del convenio”.* Universidad de La Rioja, 2001, p. 57.

con la salvedad de que desplazan, en la mayoría de casos, a una de las partes de la relación jurídica primitiva u original.

En esta zona podemos reconocer esencialmente a tres figuras jurídicas: i) la novación, ii) la cesión de créditos, y iii) la subrogación (legal y convencional).

No estamos en este caso propiamente ante una extensión del convenio arbitral⁴⁶⁸ sino de lo que algunos autores llaman transmisión⁴⁶⁹ del convenio arbitral, por nuestra parte consideramos que el término “transmisión” no es del todo acertado, pero sirve para entender mejor esta figura.

Otros autores⁴⁷⁰ distinguen claramente ambos términos. En el caso de transferencia o transmisión (*transfer*) la cuestión principal es si el acuerdo de

⁴⁶⁸ Sin embargo, algunos autores como BULLARD reconocen en realidad que “Uno podría encajar estos problemas tanto en la primera parte como en la segunda parte del artículo 14 [de la Ley de Arbitraje Peruana]. Puede decirse que cuando cede o nova un crédito o un contrato, el entrante a la relación está teniendo una participación activa y determinante en la ejecución de un contrato. O puede también decir que está pretendiendo ejercer derechos y beneficios derivados de dicho contrato. Y la verdad es que ambas interpretaciones son posibles y sostenibles. Somos de opinión que en principio, en todos estos supuestos, se puede invocar el artículo 14 y con ello un no signatario podría entrar al arbitraje, aunque siempre teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada situación”. BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “¿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”. *Op. Cit.*

⁴⁶⁹ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y James A. GRAHAM. “*Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*”. México Ed. Limusa, 2009, pp. 123 y ss. Estos autores reconocen la existencia de una transmisión legal y otra convencional. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Diego. “*Arbitraje y garantías, una relación complicada*”. Tesis de Maestría, Universidad de Estocolmo, Suecia, p. 15. SILVA ROMERO, Eduardo. “Transmisión y extinción del contrato de arbitraje”. En: *El Contrato de Arbitraje*. Op. Cit., p. 755. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”. En: *El Contrato de Arbitraje*. Op. Cit., pp. 97-99. DELEBECQUE, Philippe. “La transmission de la clause compromissoire (à propos de l’arr Cass. Civ. 1er, 6 novembre, 1990)” En: *Revue d’Arbitrage*, N° 19. FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN “*on International Commercial Arbitration*”, Emmanuel Gaillard y John Savage (editores), Kluwer Law International, 1999, pp. 417 y ss.

⁴⁷⁰ BLAISE, Stucki y Wittmer SCHELLENBERG. *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories*. ASA Below 40 – Conference of September 29, 2006.

arbitraje es transferido junto con el contrato principal que lo contiene⁴⁷¹. Mientras que en los casos de extensión se trata de extender el acuerdo de arbitraje a un no-signatario, donde el elemento decisivo es si dicho no-signatario consintió en ello, por lo que está obligado por el mismo. Por lo tanto, el consentimiento resulta ser decisivo.

En algunas resoluciones⁴⁷², se negaba que la cláusula arbitral pueda ser transferida porque se percibía que la misma guardaba un carácter *intuitu personae*; sin embargo, estos criterios fueron dejados de lado y cada vez más existe consenso en aceptar que el convenio arbitral es cedido a través de este tipo de contratos⁴⁷³, e incluso tal como refiere CAIVANO⁴⁷⁴, las legislaciones influidas por el Derecho Romano, entendían que es posible a través del contrato de cesión, ceder tanto obligaciones como derechos, incluyendo las garantías, salvo aquellas obligaciones *intuitu personae*, y la cláusula arbitral no contiene este carácter.

Así, por ejemplo, nuestro Código Civil establece en el artículo 1211 que la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios,

⁴⁷¹ En base a la legislación de Suiza, es permitido, en base al principio Kompetenz-Kompetenz, dado que el acuerdo de arbitraje se puede separar del contrato principal, pero no es necesariamente independiente de ella (véase, por ejemplo, la decisión del Tribunal Federal de 4P.126/1992 del 13 de octubre 1992, publicado en ASA Bull. 1993, pp 68 y ss.).

⁴⁷² *Vid. Cottage Club Estates Ltd v. Woodside Estates Co. (Amersham) Ltd* [1928] 2 KB 463.

⁴⁷³ GIRSBERGER, Daniel y Christian HAUSMANINGER. "Assignment of rights and agreement to arbitrate". En: *Arbitration International*. Vol. 8, N° 2, 1992, pp. 121 y ss.

⁴⁷⁴ CAIVANO, Roque J. "La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene". En: *Revista de Derecho Privado*, edición especial, 2012, p. 10.

las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario.

Ya habíamos señalado anteriormente, que el convenio arbitral es un contrato que puede presentarse bajo una cláusula arbitral dentro de otro contrato. Pero no tiene un carácter accesorio del mismo, sino es parte de aquél. El problema surge a partir de una mala interpretación del principio de separabilidad, al entender que si el convenio arbitral es independiente del principal, y en un contrato de cesión lo que se cede es el contrato principal, éste no alcanza al convenio arbitral, por lo que debería señalarse expresamente que también se está “cediendo” el convenio arbitral.

Como ya hemos revisado⁴⁷⁵, el principio de separabilidad no fue ideado con ese fin, sino simplemente este principio tiene la función de resguardar al convenio arbitral ante la eventualidad de que el contrato principal devenga en nulo. E incluso, se puede decir que si el árbitro está facultado para decidir su competencia sobre el contrato original, también, entonces, tiene competencia para decidir acerca del contrato de transferencia o cesión⁴⁷⁶.

Las partes, al celebrar un contrato se otorgan entre ellas prestaciones y derechos, a cada derecho que puede ser estipulado en un contrato existe una contrapartida de ese mismo derecho, el cual es la posibilidad de hacerlo ejecutable o exigible, ya sea en la vía judicial o arbitral si las partes lo pactaron.

⁴⁷⁵ *Supra*, Capítulo I, puntos 3.1 y 3.3.

⁴⁷⁶ VINCZE, Andrea. “Arbitration clause: Is it transferred to the assignee?”. En: *Nordic Journal of Commercial Law*, N° 1, 2003. Disponible en: http://www.njcl.fi/1_2003/article4.pdf

Si hay la cesión de un crédito, por mínimo que sea, o una parte del mismo, éste crédito también es susceptible de ser exigido en la vía del arbitraje, porque ello siempre fue intención de las partes, y no tiene por que cambiar cuando el crédito es cedido a un tercero.

Este tercero, pues, integrará la relación jurídica, y pasa de ser un tercero a una verdadera parte de esta relación, tanto con los derechos que le fueron cedidos como las obligaciones, y entre éstas la exigencia del derecho a través del arbitraje, con lo que puede demandar o ser demandado en un arbitraje, esto ha sido reconocido tanto en la Corte Inglesa⁴⁷⁷ como la de Francia⁴⁷⁸, Alemania⁴⁷⁹ y Suiza⁴⁸⁰ a excepción de las Cortes Italianas donde requieren el consentimiento expreso del cedido⁴⁸¹. Mientras que en Estados Unidos, ha ocurrido el proceso inverso, inicialmente las Cortes permitían que el convenio arbitral sea cedido automáticamente con la cesión del contrato; sin embargo,

⁴⁷⁷ Cabe anotar que en el derecho inglés, originalmente se rechazaba que el convenio arbitral pueda ser cedido junto con el contrato principal. *In re Cottage Club Estates Ltd. v. Woodside Assets Co. Ltd.* 2KB 463, High Court of Justice. Sin embargo, ya en posteriores resoluciones reconocieron que la cesión del contrato también permite la cesión del convenio arbitral, como lo señala en los casos: *Shayler v. Woolf*, Ch 320, 1946; *Schiffahrtsgesellschaft Detlev Von Appen GmbH v. Voest Alpine Intertrading*, Lloyd's Rep. 279, 1997.

⁴⁷⁸ *Banque Worms v. Bellot*. Cour de cassation 05/01/1999. En: *Revue d'Arbitrage*, N° 85, 2000. *Société Taurus Films v. Les Film du Jeudi*. Cour de cassation 08/02/2000. En: *Revue d'Arbitrage*, 2000, p. 280. *SA Burkinabe des ciments et matériaux v. Société des ciments d'Abidjan*. Cour d'appel Paris 25/11/1999. En: *Revue d'Arbitrage*, 2001, pp. 165 y ss.

⁴⁷⁹ *Bundesgerichtshof*, 18/12/1975, WM, 1976, p. 331; *Hanseatisches Oberlandesgericht*, 17/02/1989. En: *Yearbook Commercial Arbitration*, Tomo XV, 1990, p. 455.

⁴⁸⁰ *MS Emja Braack Schiffahrts KG v. Wärtisila Diesel Aktiebolag*. Supreme Court of Sweeden, 15/10/1997, Caso N° 3174/95. En: *Yearbook Commercial Arbitration*, Tomo XXIV, 1999, p. 317.

⁴⁸¹ Decisión de la Corte Suprema Italiana del 19/09/2003 no publicada, citada por MAYER, Pierre. "La 'circulation' des conventions d'arbitrage". En: *Journal du Droit International*, 2005, pp. 251-253.

actualmente es mayor el número de jueces quienes requieren el consentimiento expreso de las partes⁴⁸².

En Latinoamérica, son pocos los casos que se han presentado; sin embargo, en general han aceptado la transmisión automática de la cláusula arbitral.

En Chile, por ejemplo, la doctrina entiende que a partir de las reglas propias del derecho de obligaciones en cuanto a la cesión de créditos, mientras que no existe una regulación restrictiva, hace que el convenio arbitral sea transmisible de forma automática⁴⁸³; mientras que, la jurisprudencia chilena en algunos casos ha establecido una solución confusa, por ejemplo en el caso *AGF Allianz Chile Cia Seguros v. Soc Electrica Santiago S.A*⁴⁸⁴ al señalar que la empresa aseguradora, ante un siniestro del asegurado puede o bien recurrir a la acción contractual, o a la extracontractual de su asegurado; en caso de acudir por la vía extracontractual, no sería aplicable la cláusula compromisoria contenida en

⁴⁸² Vid. *Marubeni Corporation, et al. v. Mobile Bay Wood Chip Center, et al.*, 16/06/2003, 2003 WL 22466216 (S.D.Ala.). En: *Yearbook Commercial Arbitration*, Tomo N° XXIX, 2004, p. 937; *Chemrite (Pty) Ltd., et al. v. Bel-Ray Co., Inc.*, 181 F.3d 435 (1999). En: *Yearbook Commercial Arbitration*, Tomo N° XXV, 2000, p. 991.

⁴⁸³ Cfr. MEREMINSKAYA, Elina. "Transferencia de la cláusula compromisoria en la cesión de derechos contractuales y la subrogación legal". En: *Boletín Informativo on line*. Centro de Arbitraje y Mediación. Cámara de Comercio de Santiago. N° 3, Noviembre 2008, p. 6. ROMERO SEQUEL, Alejandro y José Ignacio DÍAZ VILLALOBOS. "*El arbitraje interno y comercial internacional*". LexisNexis, 2007, p. 36. Sin embargo, cabe mencionar que otros autores tienen una posición más restrictiva de la transferencia del convenio arbitral a través de una cesión de créditos. Así, AYLWIN, menciona, que para que el convenio arbitral afecte al cesionario deben concurrir al menos las siguientes circunstancias: i) Que el compromiso conste del propio título, porque en tal caso el cesionario debe conocerlo; ii) Que el deudor cedido, al tiempo de notificársele la cesión o de aceptarla, haga expresa reserva de sus derechos contra el cedente; y iii) Que se pruebe que el cesionario conocía la existencia del compromiso o del juicio arbitral. Vid. AYLWIN AZÓCAR, Patricio. "*El juicio arbitral*". Editorial Jurídica de Chile, 5ta Ed., Santiago-Chile, 2005, p. 295.

⁴⁸⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7745/2005, 30 de enero de 2006.

el contrato, escenario distinto en la vía contractual, donde el compromiso arbitral contenido en él, es plenamente eficaz.

En otros casos, la Corte Chilena ha tenido una posición más clara, en el caso *Marcos Del Río Calderón v. Cia. Seguros Las Americas S.A*⁴⁸⁵, en este caso la compañía de seguros sostenía que “el endoso de una póliza de seguro no produce el mismo efecto que el endoso de un cheque, una letra de cambio o un pagaré, porque el seguro no es un instrumento o título de crédito, sino que un contrato *intuito persone*, que sólo puede ser modificado por voluntad de las partes o causas legales”.

La Corte Suprema, por su parte indicó que: “es indudable que la acción judicial corresponde al beneficiario del seguro, al momento de entablarla ya que el endoso aunque se practique con posterioridad del siniestro, aparte de no encontrarse prohibido en norma alguna, no significa sino una cesión de acciones, lo que está expresamente permitido por la ley”⁴⁸⁶. Destacando que, la cláusula arbitral, también es oponible a la empresa que se subroga.

3.1 Cesión de créditos

Ya hemos visto en los párrafos anteriores, la problemática de la cesión de la transmisión del convenio arbitral a través de la cesión de créditos. En general, hemos referido que existen dos tipos de interpretaciones sobre la posibilidad de

⁴⁸⁵ Corte Suprema, Rol No. 1681/2007, 24 de julio de 2008

⁴⁸⁶ *Ibid.* Considerando duodécimo.

oponer la cláusula arbitral. Una, que apunta a señalar que la cláusula arbitral es oponible al cesionario y otra que, simplemente, niega que el convenio arbitral se transmita a través de la cesión de créditos.

En principio, la oponibilidad del convenio arbitral en virtud de una cesión de créditos debe ser revisada en base a las reglas de la cesión de créditos, y tal como veremos en seguida, no hay impedimento legal alguno que restrinja o de pie a una interpretación restrictiva de la transmisión del convenio arbitral.

El artículo 1206 del Código Civil establece que: “La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto”.

Este artículo regula la transferencia de la titularidad de situaciones subjetivas creditorias⁴⁸⁷, con lo que no se habla de la transmisión de una cosa, sino de un derecho. En esta transferencia, se entiende que al transmitirse un crédito, también debe transmitirse el derecho a exigir el cumplimiento de dicho crédito; es decir, la posibilidad del cesionario de recurrir a la vía judicial para exigir su cobro *mutatis mutandi* el cesionario también podrá demandar en un arbitraje al deudor, si es que el contrato original contenía una cláusula arbitral.

⁴⁸⁷ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. “La cesión de créditos en el Código Civil Peruano de 1984”. En: *Revista del Magíster en Derecho Civil*. Escuela de Graduados. Fondo Editorial de la PUCP, Volumen 4-5, 2000-2001, p. 213.

BARCHI sostiene que la transferencia de la titularidad del crédito supone la sustitución del sujeto activo original (cedente) por uno nuevo (cesionario) permaneciendo inmutada y conservándose la identidad de la relación jurídica patrimonial⁴⁸⁸. Con ello, la cláusula arbitral debe seguir inmutable durante la transferencia de los créditos.

En España por ejemplo en el caso *Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria (SAECA) v. Juan G.A*⁴⁸⁹. se dijo que: “La identidad del crédito transmitido, sin más que un cambio en la persona del titular, permite al cesionario invocar la cláusula de sumisión en el litigio entablado por él para reclamar el pago. Como también les obliga al cesionario y al deudor cedido la estipulación en el contrato básico para someter la controversia a convenio arbitral”.

En la jurisprudencia peruana, podemos observar en el caso *IBA International Business Association SRL v. Electro Oriente SA*⁴⁹⁰, donde la empresa IBA celebra dos contratos de cesión de créditos, uno con la empresa Motorem und Energietechnik y el otro con la empresa International Business Association Inc. En virtud de estos contratos es que la demandada se opone al arbitraje, sosteniendo que IBA al ceder sus derechos de crédito, ha desaparecido su derecho a presentar la acción, por carecer de legitimidad y de interés para obrar.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 219.

⁴⁸⁹ *Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria (SAECA) v. Juan G.A.* Audiencia Provincial de Madrid. Sección 10ª., del 2 de marzo de 2002. JUR 2002/118404.

⁴⁹⁰ *IBA International Business Association SRL v. Electro Oriente SA.* Expediente N° 070-2004/SNCA-CONSUCODE. Publicado en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, 2006, pp. 439-467.

Al respecto el Tribunal Arbitral sostuvo lo siguiente:

En nuestro caso, no existe duda de que la figura que se presenta no es la de una cesión de posición del contrato, sino la de una cesión de crédito. No solo porque así resulta del texto del documento de cesión y de la comunicación cursada a Electro Oriente, sino porque la cesión se da en marzo de 2004, cuando las prestaciones del contrato a cargo del demandante estaban ya ejecutadas, e incluso la liquidación del contrato presentada.

Cabe preguntarse ahora si por efecto de la cesión, IBA pierde la posibilidad de presentar el arbitraje contra Electro Oriente.

En nuestra opinión, la respuesta es negativa. Lo que IBA ha cedido es su crédito y no su posición en el contrato. Ha cedido su derecho a cobrar a Electro Oriente el saldo de la contraprestación pactada en el contrato. IBA sigue siendo parte del contrato. Ahora bien, es cierto que al haber cedido el crédito y notificado la cesión no puede exigir que se le pague directamente a ella conforme lo señala el artículo 1215° del código Civil. Sin embargo, siendo que no ha cedido el contrato, sí puede, en virtud del mismo, exigir su cumplimiento. Así, lo que puede hacer es exigir que se le pague el crédito al cesionario.

De otro lado, es claro que en el contrato de cesión, al momento de ceder el crédito, IBA señaló que mantenía la legitimidad para iniciar por sí misma, las acciones para que el Cesionario perciba de manera efectiva el íntegro del crédito cedido. De acuerdo al artículo 1354° del Código Civil, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma imperativa. En consecuencia, es perfectamente válido obligarse a ceder el crédito, reservándose la Cedente el derecho a iniciar las gestiones u acciones legales necesarias para lograr el pago del crédito.

En este contexto, como quiera que IBA mantiene frente al Cesionario la obligación de garantizar la exigibilidad del crédito cedido, no puede considerarse que haya perdido el interés, ni la legitimidad en la acción.

Por lo expuesto, consideramos que la excepción de falta de legitimidad para obrar no procede y debe ser desestimada.

Esta resolución, es interesante no sólo, porque posibilita que el convenio arbitral se transmita con la cesión de créditos, sino que también establece la posibilidad que el cedente conserve la facultad de iniciar un arbitraje a la contraparte, en razón de garantizar la exigencia del crédito que ha cedido.

Finalmente, cabe concluir que para efectos de la eficacia del convenio arbitral al cesionario, en base a las reglas de la cesión de créditos, no existe limitación alguna para que el convenio arbitral sea plenamente eficaz en dicha cesión, por lo tanto oponible a las partes.

3.2 Subrogación

Probablemente los contratos de construcción o de infraestructura, como también aquellos de concesión son los que presente con mayor frecuencia los problemas de los no-signatarios en el arbitraje. Esto se debe principalmente a que existen dos contratos, uno principal y otro por el cual una de las partes originarias celebra otro contrato de subrogación con un tercero, quedando este tercero ligado por este contrato de subrogación con la otra parte del contrato principal, siendo que solo uno de ellos contiene un convenio arbitral.

En el arbitraje internacional, la subrogación enfrenta esencialmente dos problemas, el primero que la frase “subrogación” puede contener diferentes significados legales; y segundo, que tanto los laudos arbitrales, como las

instituciones arbitrales y la regulación arbitral confunden subrogación con la cesión contractual y la novación⁴⁹¹.

En sí, se puede entender que:

“[E]n virtud de la ‘subrogación’, una persona puede, en ciertas situaciones, “ponerse en los zapatos” del otro con el fin de disfrutar de la posición legal del mismo o de sus derechos frente a una tercera persona. Estos derechos son similares a otros derechos de restitución y se basan en los principios generales del derecho natural, pero con arreglo a la ley. Así, por ejemplo, una compañía de seguros que paga una reclamación bajo una póliza de indemnización con respecto a una pérdida en particular tiene derecho a hacer valer los derechos de la persona asegurada derivada de la pérdida frente a un tercero, un avalista que paga la deuda del deudor principal tiene el título para exigir al acreedor el beneficio de las garantías ofrecidas por el deudor principal para el acreedor; un aval de una letra de cambio que paga la factura puede reclamar derechos análogos”⁴⁹².

Nuestro Código Civil regula tanto la figura de la subrogación legal⁴⁹³ como la convencional⁴⁹⁴, asimismo, en el artículo 1262 establece que la subrogación

⁴⁹¹ Cfr. HOSKING, James M. “The third party non-signatory’s ability to compel international commercial arbitration: Doing Justice without destroying consent”. En: *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Volume 4, Issue 3, Article 6, p. 502.

⁴⁹² Traducción libre del siguiente texto: *By virtue of 'subrogation,' a person may, in certain situations, 'step into the shoes' of another so as to enjoy the latter's legal position or his rights against a third person. These rights are akin to other restitutionary rights and are based on general principles of natural justice but subject to statute. Thus, an insurer who pays a claim under an indemnity policy in respect of a particular loss is entitled to enforce the rights of the insured person arising out of the loss against any third person; a guarantor who pays the debt of the principal debtor is entitled to require the creditor to give him the benefit of any security given by the principal debtor to the creditor; an endorser of a bill of exchange who pays the bill may claim analogous rights.* BEALE, Hugh. “*Chitty on Contracts*”, Vol. 1 – General Principles, 30th Edition, Sweet & Maxwell Ltd, 2008, p. 249.

⁴⁹³ **Código Civil**

Artículo 1260.- La subrogación opera de pleno derecho en favor:

1. De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente con otro u otros.
2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.

sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.

Este artículo 1262 es importante porque establece una consecuencia común entre la subrogación legal y la convencional, esto es que el subrogado obtiene todos los derechos, acciones y garantías, es decir todo el bagaje legal que tenía una de las partes.

El problema, se basa entonces en saber si a raíz de una subrogación en un contrato que contiene una cláusula arbitral, ¿el tercero que ingresa a la relación contractual puede demandar o ser demandado en un arbitraje? ¿La cláusula arbitral se transmite automáticamente, o es necesario contar con el consentimiento de la contraparte?

En este caso, al igual que en la cesión de créditos, se aplican las reglas de la subrogación, con lo cual no hay limitación alguna para que el convenio arbitral sea válido, eficaz y oponible a las nuevas partes de la relación jurídica. Asimismo, no es necesario contar con la aprobación o consentimiento de la

-
3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.

⁴⁹⁴ **Código Civil**

Artículo 1261.- La subrogación convencional tiene lugar:

1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.
2. Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.
3. Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago.

contraparte, en este caso, la transmisión del convenio arbitral opera de manera automática.

3.3 Novación

Probablemente el tema de la novación sea mucho más rico teóricamente, pero, -al mismo tiempo- es el más pobre en cuanto a la experiencia práctica que se ha generado en torno a ella, a diferencia de la subrogación y la cesión de créditos que han tenido un desarrollo teórico y sobre todo en la práctica del arbitraje internacional muy interesante en diversos países.

En sí, la novación extingue una obligación, pero al mismo tiempo origina una nueva. Este efecto es indisoluble en la novación, no es posible extinguir una obligación, si es que las partes no dan origen a una nueva, existe pues, el cambio o sustitución de una obligación primigenia por una diferente. El artículo 1277 del Código Civil señala que “por la novación se sustituye una obligación por otra”, no obstante, el mismo artículo citado indica un requisito necesario al indicar que “para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva” (subrayado nuestro).

Como vemos, existe un elemento de *animus novandi*, esto es una alteración sustancial y no accesoria de la obligación⁴⁹⁵. Asimismo es necesario para efectuar la novación que sea manifestada de manera indubitable⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ No cualquier cambio en la obligación origina una novación. Por ejemplo, en la Casación N° 2962-98 se ha dicho que: “La novación es una fe las formas como se extingue la

Existe, además, diversos tipos de novación, probablemente la más conocida sea la novación objetiva, la cual ya hemos estado haciendo referencia. El artículo 1278 describe esta figura expresando que “hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente”. Como se ve, este artículo trata de la sustitución, ya sea del objeto de la prestación, o bien el título de la obligación.

La primera pregunta que se origina en este momento es ¿la cláusula arbitral contenida en el contrato primigenio, se conserva en la nueva obligación? Sobre esta pregunta volveremos más adelante.

Un segundo tipo de novación, es la novación subjetiva, siendo en este supuesto lo que cambia, son las partes que intervienen en la relación primigenia. En este caso se denomina novación subjetiva activa, cuando la novación se da por el cambio del acreedor, pero se necesita como requisito el asentimiento del deudor; mientras que la novación subjetiva pasiva, cambia al deudor por otro. Cabe reconocer, adicionalmente, que nuestra legislación diferencia además en la novación subjetiva pasiva de dos formas: i) la novación por delegación, y ii) novación por expromisión. En la primera, se requiere el

obligación, y sucede cuando una obligación es sustituida por una nueva que se crea y que la reemplaza (...) la emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o cualquier otro cambio accesorio, no producen novación”. Así también, en la Casación N° 874-95, señala que: “Conforme al artículo 1279 del Código Civil, no existe novación de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria si es que solo varía el plazo para la devolución del dinero y se mantiene la garantía otorgada”.

⁴⁹⁶ Al respecto la Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en el Exp. N° 3619-97, ha manifestado que: “En el presente caso la apelación se sustenta en la afirmación que hace el demandado en el sentido de haber llegado a un acuerdo de novación con la demandante, pero que no se ha presentado prueba alguna capaz de acreditar dicha afirmación, por lo que no se ha cumplido con el requisito previsto en el artículo 1277 del Código Civil, consistente en que la voluntad de novar deba manifestarse de manera indubitable”.

asentimiento del acreedor; mientras que en la segunda, se puede efectuar incluso en contra de su voluntad.

La segunda pregunta que corresponde ahora hacer es, ¿el acreedor o el deudor que ingresa a la nueva obligación, se encuentra obligado bajo la cláusula arbitral contenida en el contrato primitivo?

Estas dos preguntas formuladas son básicas, ya que como se recordará el acuerdo arbitral se basa en el principio de separabilidad, del cual ya hemos hablado extensamente, pero para estos efectos de la novación, importa en tanto, que este principio exige una independencia del contrato principal; esto es, incluso si el contrato fuese nulo, el acuerdo arbitral no corre la misma suerte. Se trata en consecuencia de dos contratos distintos, puestos en un solo documento. Por ello, es conveniente saber si en el caso de la novación, al extinguirse la obligación, también se extingue el acuerdo arbitral, o subsiste en la nueva obligación producto de la novación.

En la jurisprudencia americana, ha sido tratado este tema en el caso *Goshaw Dedicated Ltd. v. Portsmouth Settlement Co.*⁴⁹⁷ se sostuvo que la novación debe indicar la intención específica de las partes de rescindir el acuerdo original del arbitraje, de lo contrario dicho acuerdo sigue siendo aplicable.

⁴⁹⁷ *Goshaw Dedicated Ltd. v. Portsmouth Settlement Co. I*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 91036 (N.D. Ga. Dec. 18, 2006).

En esta misma línea, en el caso francés *Cosiac v. Consorts Luchetti*⁴⁹⁸, la Corte de Apelaciones, al resolver un recurso de anulación de laudo arbitral en que se alegaba la novación de un contrato que contenía un acuerdo arbitral, señaló que:

Considerando, sin embargo, que la cláusula compromisoria tiene una completa autonomía y que por ende la transacción o la novación que intervino sobre la convención que contiene la cláusula compromisoria, no puede tener el efecto de privar dicha cláusula de su eficacia⁴⁹⁹.

Este criterio fue reforzado por la Corte de Casaciones, al estimar que:

Tomando en cuenta que la corte de apelación ha correctamente determinado que la novación – suponiendo su existencia – no puede tener por efecto privar de eficacia a la cláusula compromisoria insertada dentro del contrato, dichos motivos son suficientes para justificar legalmente la decisión⁵⁰⁰.

Como se puede apreciar, la novación de la obligación no implica que el acuerdo arbitral se extinga, pero, ello entonces da pie a pensar, que siempre el acuerdo arbitral sobrevivirá en toda novación, lo cual no es del todo exacto. Al respecto GONZÁLEZ afirma que en realidad que las partes pueden desear novar ambas relaciones, la novación del acuerdo arbitral procedería, no porque es

⁴⁹⁸ Corte de Apelación de París el 4 de marzo de 1986 (4 mars 1986 – Cour d'appel de Paris (1 re Ch. suppl.), *Revue de l'Arbitrage*, (Comité Français de l'Arbitrage, 1987, Volume 1987 Issue 2) pp. 167 - 169). Corte de Casación, 10 de mayo de 1988. Citado en: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “*Novación y acuerdo arbitral*”. En: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Novacion%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>

⁴⁹⁹ Traducción del francés efectuada por Gonzalez de Cossío, en: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “*Novación y acuerdo arbitral*”. En: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Novacion%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>, p. 9.

⁵⁰⁰ *Loc. Cit.*, p. 10.

parte del Contrato, sino porque las partes desearon en el mismo acto extinguir ambas obligaciones. En dicho caso, la extinción del pacto arbitral ocurre, no porque ambos están en el mismo contrato, sino de que la novación se confeccionó para asesinar ambas relaciones⁵⁰¹, esto por ejemplo se evidencia en el caso resuelto por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito de México al señalar que: “Tampoco podrán surtirse los efectos del arbitraje si hay una novación de la cláusula arbitral, pues en tal caso se sustituirá el compromiso de someterse al arbitraje por el pacto de sujetarse a la jurisdicción estatal, es decir, una obligación primigenia por una posterior, acorde a la naturaleza de esa figura que se regula en el artículo 2213 del Código Civil Federal”⁵⁰².

En efecto, al tratarse de dos contratos distintos, al novar una obligación, la cláusula arbitral perdura o sobrevive y se impregna en la nueva obligación; mientras que, las partes también pueden optar por la novación del acuerdo arbitral, siendo entonces importante esa intención de *animus novandi*, también de la novación del acuerdo arbitral, cambiándola por otra forma de solución de controversias, como es el caso de optar por la jurisdicción ordinaria⁵⁰³.

⁵⁰¹ *Ibidem.*, p. 12.

⁵⁰² Registro No. 176595, Novena Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Diciembre de 2005, p. 2623. Tesis: I.3o.C.521 C. Amparo directo 465/2005. Citado por GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. Cit.*, pp. 10-11.

⁵⁰³ Autorizada doctrina al respecto ha señalado que a pesar de la extinción de las obligaciones contenidas en el contrato principal priva al acuerdo de arbitraje de su objeto, el principio de autonomía [o separabilidad] permite a los árbitros decidir sobre esta cuestión sin tener que decidir si la causa de la expiración del contrato principal también afecta al acuerdo de arbitraje. Por supuesto, el acuerdo de arbitraje en sí mismo puede ser novado, lo que puede conducir a su vencimiento, no como consecuencia de la expiración del contrato principal, sino por una razón específica para el acuerdo de arbitraje. FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN “*on International Commercial Arbitration*”, Emmanuel Gaillard y John Savage (editores), Kluwer Law International, 1999, p. 438.

Ahora bien, GONZÁLEZ⁵⁰⁴ propone un modelo, que no consideramos del todo correcto. Veamos. De acuerdo con lo propuesta de este autor en el caso de la novación objetiva “si las partes cambian la cosa o tipo de obligación adquirida, existe novación de la obligación. Si el régimen de la obligación fresca no contiene acuerdo arbitral, no existirá obligación de arbitrar disputas. Ello no quiere decir que una novación objetiva siempre conlleve una extinción del pacto arbitral. Quiere decir que la respuesta la dará el régimen en vigor post-novación”.

Para entender mejor, esta propuesta, propone el siguiente ejemplo: “en un Contrato de Depósito por \$1,000 entre A y B que contiene un acuerdo arbitral. Tiempo después tachan la palabra “Depósito” del título del documento para testar en su lugar “Préstamo”. Existe una novación pues cambió la causa. Sin embargo, el régimen está contenido en el (ahora) Contrato de Préstamo (otrora Depósito), el cual contiene un acuerdo arbitral. Pero ello no quiere decir que la novación objetiva nunca extinga la obligación a arbitrar. Piénsese en el mismo ejemplo, pero con la siguiente variante: A (el depositante) le dice a B (depositario) que el dinero que B posee de A lo puede usar para X propósito. Se lo presta a cambio de un interés anual del 10%. Proceden a romper el Contrato de Depósito y plasmar su nuevo acuerdo de voluntades en un pedazo de papel que tienen a la mano, sin incluir pacto adicional alguno. Sólo su rúbrica”.

⁵⁰⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. Cit.*, p. 14.

En este caso, creemos que el modelo del autor citado, en realidad confunde contrato con obligación. En la novación, lo que se extingue es la obligación, no el contrato, y nace una nueva obligación. En el primer ejemplo que propone, evidentemente existe una novación, por lo cual efectivamente el acuerdo arbitral sobrevive al mismo, y es plenamente válido y eficaz; mientras que el segundo ejemplo, no se aprecia en realidad una novación, sino la extinción de un contrato por mutuo disenso y la creación de un nuevo contrato, al crearse este nuevo contrato, habrá dado por extinguido el acuerdo arbitral del contrato previo, y se sujetará en caso de silencio a las reglas del avocamiento del juez natural.

Por otra parte, en cuanto a la novación subjetiva, ésta al solo cambiar de sujeto, mas no del objeto, nos permite inferir que al mantenerse la obligación intacta, el acuerdo arbitral también tendrá este carácter, por lo que no hay razón para entender en este caso que el acuerdo arbitral sea ineficaz para las partes luego de la novación.

3.4 Algunas reflexiones sobre el acuerdo arbitral en caso de la transmisión de obligaciones

El caso de los acuerdos arbitrales incluidos en contratos que posteriormente se transmiten a terceros, ya sea por la cesión de créditos, la subrogación y la novación, no son propiamente problemas relativos a la “extensión del convenio arbitral”; sin embargo, tampoco son extraños a él. En general, consideramos que la “transmisión” del convenio arbitral, debe seguir las reglas del derecho de

obligaciones referentes a estos tipos de contratos. Asimismo, es importante entender que el principio de separabilidad juega un rol importante, y no debe interpretarse de manera restrictiva.

En ese sentido, nuestra conclusión principal sobre este punto es que en los casos de cesión, novación y subrogación o cualquier otro contrato que implique la transmisión de derechos y obligaciones a otra parte, se debe presumir que el convenio arbitral se transfiere con ella, salvo que las partes acuerden expresamente lo contrario.



CAPÍTULO IV

LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL ¿SUSTANCIA O PROCEDIMIENTO?

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 Ática⁵⁰⁵, era un hombre dedicado a hacer fechorías, pero también daba alojamiento y hospedaje en su vivienda. Se dice que Procusto a cada huésped o viajero solitario al que recibía lo invitaba a descansar en un lecho de hierro, y resulta que por las noches el invitado al descansar, era “acoplado” al tamaño o dimensión de dicho lecho, y para ello, Procusto amputaba, cortaba o cercenaba los pies o la cabeza del viajero, si éste resultase ser más largo que el lecho, y en otras situaciones procedía a “alargar” las extremidades del invitado a tal punto de descoyuntarlo si el lecho era más grande. Se cuenta, además, que siempre modificaba el tamaño de la cama para que nunca sea del mismo tamaño que del viajero.

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

⁵⁰⁵ Ejemplo tomado de KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. “El futuro del arbitraje en el Perú”. En: *Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Palestra Editores, Vol. Nº 6.

El lenguaje puede resultar insuficiente al momento de 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 poder dar un concepto del objeto desconocido.

Al respecto, resulta ilustrativo lo indicado por DE TRAZEGNIES 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 considerándolas 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”⁵⁰⁶.

En el Derecho sucede con frecuencia que para definir una institución jurídica, o su naturaleza jurídica, los juristas recurren a otras instituciones jurídicas similares a efectos de poder explicarlas. Pero en este ejercicio de tratar de definir un objeto a partir de otro, se pierde en realidad 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 punto de vista, y dan al

⁵⁰⁶ DE MATIENZO, Juan. “*Gobierno del Perú*”. Institut Français d’Etudes Andines. París – Lima, 1967, p. 89. Cit. por DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “*La responsabilidad extracontractual*”. Vol. IV, Tomo I, Biblioteca “Para leer el Código Civil”. Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 32.

arbitraje una naturaleza contractual o procesal-jurisdiccional respectivamente⁵⁰⁷.

Nosotros, por nuestra parte, no consideramos que el arbitraje tenga una naturaleza procesal, el arbitraje es diferente a ella, la cual 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.

Asimismo, una visión contractualista del arbitraje a veces también resulta corta, cuando se trata temas como el *class action* en el arbitraje⁵⁰⁸ o llamada también *class arbitration* y en los arbitrajes de inversión donde no existe un convenio arbitral suscrito entre las partes⁵⁰⁹.

Esta aplicación supletoria, no es más que un efecto del lecho de Procusto al arbitraje, al tratar 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 a las reglas arbitrales.

⁵⁰⁷ *Vid. Supra*, Capítulo I, punto 1.

⁵⁰⁸ STRONG, S. I. "Does Class Arbitration 'change the nature' of arbitration? *Stolt-Nielsen, AT&T, and a return to first principles*". En: *Harvard Negotiation Law Review*. Vol. 17, Spring 2012, pp. 201-269.

⁵⁰⁹ *Vid. Supra*, nota 97.

Veamos, en el siguiente punto como se ha desarrollado esta relación de amor y odio entre las reglas del proceso civil y las del arbitraje⁵¹⁰.

1.1. Las reglas del arbitraje vs. Las reglas del Proceso Civil

Si revisáramos la historia de la regulación del arbitraje en el Perú, podríamos darnos cuenta que la estructura jurídica legal siempre ha sido variante. En un primer momento, fue regulado en el Código de Procedimientos Civiles de 1912; luego fue extirpado de ese cuerpo legal, y se pasó al Código Civil de 1984 (lo cual influenció en la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica del arbitraje entre su carácter procesal y su carácter contractual). Posteriormente, la regulación del arbitraje tuvo su propio lugar y fue derogado del Código Civil, no obstante, previo a ello, se constitucionalizó en la Constitución de 1979⁵¹¹.

Sin embargo, en la antigua Ley General de Arbitraje, Decreto Ley N° 25935, quedaron algunos vestigios procesalistas⁵¹², y el Código Procesal Civil 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

⁵¹⁰ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *“Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral”*. En: *Ius et Veritas*, N° 37, Lima, 2009, p. 52. PÉREZ-ROSAS PONS, Juan José. “Enemigos íntimos: Código Procesal Civil vs. Ley General de Arbitraje, a propósito del debido proceso”. En: *Ponencias del Congreso Internacional de arbitraje 2007*. Palestra Editores, pp. 77-90.

⁵¹¹ 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.

⁵¹² 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”.

un mayoría de la *communis opinio*- que el arbitraje es un ordenamiento procesal, ergo al arbitraje se le debía aplicar supletoriamente las normas del Código Procesal Civil⁵¹³, y esta es la idea que ha ido desarrollándose también con la vigencia de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572⁵¹⁴.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), la incorporación de los no-signatarios era un tema completamente desregulado, como lo es en la mayoría de legislaciones, entonces la solución inmediata era la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, a través de la figura del litisconsorte.

En efecto, algunas voces han sostenido que efectivamente, el Código Procesal Civil, y sus instituciones procesales deben ser aplicados en el arbitraje.

⁵¹³ **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.

⁵¹⁴ *Cfr.* RUBIO GUERRERO, Róger. “Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”. En: *Themis*, Revista de Derecho, N° 53, Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, pp. 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”.

Sobre el tema, OSTERLING 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 arbitraje⁵¹⁵.

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 Civil⁵¹⁶. 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 los vicisitudes que se presentan al interior de un proceso y de un

⁵¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe. “¿Solución de controversias en arbitraje o en el Poder Judicial? Mecanismos para integrarlas en una sola jurisdicción”. En: *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (Director). Instituto Peruano de Arbitraje. Tomo I, 2008, p. 81.

⁵¹⁶ Específicamente las reglas del litisconsorcio.

arbitraje, y que han sido estudiadas y perfeccionadas a lo largo de la historia del derecho procesal.⁵¹⁷

E incluso se habla de la obligatoriedad de 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 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 decisión⁵¹⁸. (Subrayado nuestro)

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, el cual a través del Decreto 1818, publicado el 7 de setiembre de 1998, por el cual se aprueba 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 que:

“Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el

⁵¹⁷ PANDURO MEZA, Lizbeth Nathaly. *“Aplicabilidad de las Instituciones Procesales en el Arbitraje”*. Tesis para optar el Título Profesional de Abogada. PUCP. Lima, 2011, p. 154.

⁵¹⁸ *Ibidem.*, pp. 153-154.

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 los 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)".
(Subrayado nuestro).

Esto se ha visto reflejado en la jurisprudencia colombiana, en donde la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la Sala de Casación Civil, con

ponencia del magistrado Arturo Solarte Rodríguez, Rad. 11001-22-03-000-2008-00521-01, decidió en segunda instancia en el cual ordenó la vinculación de una parte dando aplicación a las normas procesales internas que regulan la intervención de terceros en los procesos judiciales, señalando 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 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, 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, dejando 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. (...). (Subrayado nuestro).

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, debe 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 ejerce⁵¹⁹, sin necesitar el consentimiento de aquellos. Segundo, porque en el arbitraje, al nacer de un contrato, las partes disponen que su conflicto sea resuelto bajo las reglas distintas al del proceso civil, que solo por las atribuciones del arbitraje pueda cumplirse.

⁵¹⁹ 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”.

Por otro lado, también se ha tratado de legitimar el uso de instituciones procesales al arbitraje, en vista que las reglas del proceso son fruto de años de investigación, al mismo tiempo son reglas que ya están dadas, y el hecho que un árbitro o las partes “creen” sus propias reglas es una pérdida de tiempo. En dichos términos se ha pronunciado PANDURO al afirmar que:

“Las instituciones procesales que son desarrolladas por la doctrina procesal y que forman parte, 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”⁵²⁰ (Subrayado y resaltado nuestro).

Por nuestra parte, sustentamos que 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 una necesidad de *no* romper el *statu quo*, lo cual es incorrecto.

⁵²⁰ PANDURO MEZA, Lizbeth Nathaly. *Op. Cit.*, p. 144.

Y efectivamente, es incorrecto, por un lado, dado que en los orígenes del arbitraje muestra la necesidad de los comerciantes de tener reglas claras, lejos de los formalismos y burocracias que representaba un proceso ante las Cortes⁵²¹; 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 presenta con suma frecuencia dentro de los procesos civiles, sin contar de los numerosos problemas estructurales que tiene el Poder Judicial⁵²².

Más aún, dentro de las virtudes o bondades del arbitraje es su informalismo y rapidez⁵²³. Al dotarse de reglas del proceso civil al arbitraje, simplemente se convertiría al proceso arbitral en 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 su arbitraje, reglas del proceso civil, nada lo impide. Sin embargo, haría un

⁵²¹ BENSON, Bruce L. "Customary Law with Private means of resolving disputes and dispensing Justice: A description of a modern system of Law and Order without State coercion". En: *The Journal of Libertarian Studies*, Vol. IX, N° 2, 1990, pp. 25 y ss.

⁵²² *Vid. Supra*, Introducción, punto 2.

⁵²³ Sobre sus distintas ventajas del arbitraje frente al proceso, puede revisarse: WANG, Margaret. "Are Alternative Dispute Resolution methods superior to litigation in resolving disputes in International Commerce?". En: *Arbitration International*. Londres, volumen 16, número 2, 2000, p. 205.

proceso lento, lleno de recovecos procesales que potencialmente alargaría 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 ello, además, sobre dicha respuesta debe existir consenso. Pero la práctica y jurisprudencia arbitral ha 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. Ello en atención, a que 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 el Tribunal Federal Suizo el 5 de diciembre del 2008⁵²⁴, la Corte extendió el alcance del convenio arbitral a un no-signatario, a pesar que tanto el árbitro como la Institución Arbitral (en este caso la ICC) se

⁵²⁴ Federal Court Decision 4A_376/2008, disponible en: http://www.praetor.ch/index.php/download_file/view/218/248/ (revisado el 13.03.2012).

habían negado a incorporar al no-signatario en el proceso arbitral⁵²⁵. El caso en sí involucra la venta de las acciones de la empresa B. Esta compraventa fue estructurada en base a dos contratos, el primero de ellos era un contrato de compraventa de acciones, en donde el comprador, que denominaremos A, era una persona natural de origen italiano, en donde 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. En ambos contratos contenían 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”.

⁵²⁵ Vid. KOCH, Christopher. “Judicial activism and the limits of institutional arbitration in multiparty disputes”. En: *ASA Bulletin*, Nro. 2, June 2010, p. 380. Véase también: LANDOLT, Philip. “Extension of subjective scope of arbitration clauses under Swiss law upon request of respondent”. En: http://www.charlesrussell.co.uk/UserFiles/file/pdf/International%20Arbitration/Briefing_note_International_arbitration_Extension_of_subjective_scope_of_arbitration_clauses.pdf

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, en violación de 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 Zurich y pidió también que los firmantes del Contrato de Venta, C, B y D, se unieran a las actuaciones arbitrales. Él argumentó que su acumulación era necesario porque tanto los de venta y los Contrato de trabajo formaban parte de la misma transacción de naturaleza económica. Cuestiones que surja del contrato de trabajo no podía ser decidido sin al mismo tiempo que afecta a los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de venta. De acuerdo al entrevistado, el contrato de trabajo no era más que un dispositivo para permitir que B y D, como directores de B. Ltd., para mantener el control suficiente sobre la Compañía para asegurar que el comprador no operar la empresa a su exclusiva ventaja antes de que él había pagado totalmente el precio de compra.

Son más los casos frecuentes en que los árbitros realicen la extensión del convenio arbitral a no signatarios y sea más bien el Juez o una Corte quien confirme o niegue tal extensión. Por ejemplo la Corte del Segundo Circuito de Apelaciones de Estados Unidos, en el caso *Contec Corp. v. Remote Solutions*

Co.⁵²⁶ indicó, que son los árbitros quienes deberían decidir si el no-signatario debe ser parte del arbitraje.

Sin embargo, existen casos donde la institución arbitral se ha visto involucrada en este tipo de casos.

Esta situación nos parece desmedida y peligrosa al dotar a la institución arbitral o que ésta misma se atribuya tales facultades, ya que es una abierta vulneración al principio *Kompetenz-Kompetenz*.

Por ejemplo, en un caso arbitral llevado ante el OSCE⁵²⁷, 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.

Por nuestra parte, creemos que, en tanto que una Institución arbitral, -como el OSCE- puede resolver acerca de la recusación de un árbitro por temas de imparcialidad, independencia u otro similar, pero no puede resolver dicha recusación sobre temas si incorpora o no a una parte dentro del proceso arbitral, esto únicamente le compete al árbitro, por aplicación simple del principio *Kompetenz-Kompetenz*.

⁵²⁶ *Contec Corp. v. Remote Solutions Co.*, 398 F. 3d 205 (2d Cir. 2005).

⁵²⁷ *Cfr.* Resolución N° 695-2011-OSCE/PRE del 12 de diciembre del 2011.

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 el problema para los árbitros surge en determinar si la incorporación de un no-signatario es un tema procesal o bien es un tema sustantivo.

Cómo incorporar a un no-signatario. En primer lugar, debe analizar, la intención de las partes a partir de la existencia del consentimiento implícito o tácito del no-signatario sobre el convenio arbitral, en base a las reglas de la buena fe; en segundo lugar, pasa por una evaluación o análisis por parte del árbitro si el no-signatario se encuentra dentro de alguna de las causales o supuestos que hemos revisado en el capítulo III.

Sobre lo anterior, cabe detenernos un momento, y 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 no hay presencia de un acuerdo escrito, debe evaluar si existe algún intercambio de cartas, correos electrónicos donde 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 Arbitraje⁵²⁸.

⁵²⁸ **Artículo 13°.- 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.

Si bien es cierto, un caso particular puede subsumirse dentro de una las teorías tratadas en el capítulo III, cabe destacar que es posible que se presenten casos, que no necesariamente se encuentren dentro de esos supuestos. Es más el artículo 14° de la Ley de Arbitraje no recoge todas las teorías que hemos expuesto, como la figura del *alter ego* o del levantamiento del velo societario por ejemplo.

En consecuencia, si el árbitro se topa con un caso en el cual no hay ningún tipo de acuerdo escrito, y tampoco encaja dentro de 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 al mismo⁵²⁹.

Así por ejemplo en el caso *Sherer v. Green Tree Servicing LLC*⁵³⁰, la Corte de Apelaciones expreso en qué momento podía un no-signatario ser obligado a

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.

⁵²⁹ MEYERSON, Bruce E. “*But I didn’t sign an arbitration agreement!*”. Disponible en: www.brucemeyerson.com (visitado el 02.07.2012)

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 surja de las relaciones que resulten de su acuerdo⁵³¹. En este caso en concreto, la Corte sostuvo que esa relación existía entre *Green Tree*, quien era una compañía dedicada a servicios de préstamos, y la empresa *Sherer*, quien era quien ejecutaba aquellos préstamos dados por *Green Tree*. Por ello, la Corte concluyó que no era necesario considerar las teorías 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 que el árbitro pueda incorporar al no-signatario en el arbitraje, existen algunos problemas de orden práctico que afectan al arbitraje, del cual el profesor SCOTT advierte al hacer énfasis al preguntar ¿se puede arbitrar todo?, y si es así ¿con quiénes?, ¿qué clase de conflictos y sus alcances?, bajo qué condiciones, con qué procedimientos y quién asume los costos tanto de responsabilidad, daños y costas del proceso⁵³², e incluso, los problemas se hacen más complejos en arbitrajes internacionales, dónde además se debe determinar la ley de fondo a aplicar⁵³³.

⁵³⁰ *Sherer v. Green Tree Servicing LLC*, 548 F. 3d 379 (5th Cir. 2008).

⁵³¹ *Id.* p. 382.

⁵³² SCOTT RAU, Alan. “*Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of ‘Consent’*”. En: Law and Economics Research Paper N° 103, University of Texas School of Law, Enero 2008, pp. 1-85.

⁵³³ BRINSMEAD, Simon. “Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?”. En: *The ICFAI Journal of Alternative Dispute Resolution*, Vol. 7, 2008, pp. 17 y ss.

Ya hemos resaltado anteriormente la importancia del consentimiento en el convenio arbitral⁵³⁴, 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 procesal⁵³⁵, asimismo en Estados Unidos en el caso *Companiello Imp. Ltd. v. Saporiti Italia Spa*⁵³⁶, la Corte señaló que a pesar 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 este caso, la Corte estimó que sobre el punto de extender el convenio arbitral tiene 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*, al establecer que la identificación de las partes de un acuerdo arbitral es una cuestión sustantiva y no de procedimiento⁵³⁷. Aunque, en el caso *Dallah*⁵³⁸, la propia Corte de Apelaciones, aplicando los principios del derecho francés, como *lex arbitri*, atendiendo a la intención de las partes, evaluaron la extensión

⁵³⁴ *Supra* Capítulo II, punto 2.

⁵³⁵ POUURET, Jean-François y Sébastien BESSON. “*Comparative Law of International Arbitration*”. Sweet & Maxwell Ltd, 2007, para. 283, p. 247.

⁵³⁶ *Companiello Imp. Ltd. v. Saporiti Italia Spa*. 2nd Circuito 1997, 117 F. 3d 655.

⁵³⁷ *Peterson Farms Inc v C & M Farming Ltd* [2004] APP.L.R. 02/04. *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* (resaltado nuestro).

⁵³⁸ *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*. EWCA, 2009, Civ. 755.

del convenio arbitral bajo la ley francesa, y no bajo 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 una uniformidad en las distintas resoluciones judiciales como laudos arbitrales. Sin embargo, podemos sostener un argumento distinto, antes de adherirnos por una posición u otra.

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 al del proceso civil.

Sin embargo, en tanto que lo que se quiere es determinar quiénes son partes dentro del arbitraje, parte de un análisis previo (o cuestión previa) a desarrollar por parte del árbitro. 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 en esta tesis nos demuestra que, en realidad, esta coincidencia no se da necesariamente.

Entonces, la determinación de quién es parte en el arbitraje, pasa por una cuestión previa, o “procesal” –lo cual no quiere decir que se apliquen las normas procesales del Código Procesal Civil-, sino en los 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.

Así, sobre este punto, reforzando lo que hemos sostenido, el profesor ABDEL, 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*⁵³⁹.

⁵³⁹ 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*. Franco Ferrari y Stefan Kröll (Eds.). European Law Publishers – NCTM Studio Legale Associato, Munich 2011, p. 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. 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.*

Esto, evidentemente, en el arbitraje internacional tiene mayor relevancia, en tanto que al determinar cuál es la ley a aplicar, 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 pasa por un tema sustancial, en aquellos casos donde no solamente se analiza su participación para incorporarlo como parte, sino en aquellos casos donde se analiza la responsabilidad del mismo, tales como la aplicación del alter ego y del levantamiento del velo societario esencialmente son utilizadas tanto para la incorporación como el de 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 CNUDMI⁵⁴⁰ en el 2010, en cuyo artículo 17.5 ha dispuesto lo siguiente:

Artículo 17

5. 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.

⁵⁴⁰ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Versión Revisada en 2010). Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/pre-arb-rules-revised-s.pdf>

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 su artículo 22.1 h) de su reglamento lo siguiente:

Article 22

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 también, las reglas de arbitraje de Suiza, también plantea 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.

Las soluciones planteadas, ha pasado siempre por consulta previa a todas las partes, o en todo caso, 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 ido generalizando más en la práctica arbitral internacional que en los arbitrajes domésticos, la falta de su regulación no pasa por un tema de desidia, sino por la complejidad que reviste el asunto, y los múltiples supuestos que existen en la realidad debido a las enmarañadas relaciones comerciales presentes en el comercio.

3. LAS PARTES DEL CONVENIO ARBITRAL VS. LAS PARTES DEL PROCESO ARBITRAL

Sin duda alguna el caso “Dow Chemical” varias veces citado, establece no sólo el inicio del estudio a profundidad acerca de la extensión del convenio arbitral, sino además profundiza acerca del consentimiento implícito como ya hemos tenido ocasión de revisar en los puntos anteriores⁵⁴¹, sino que además hace una distinción muy importante entre el concepto de parte contractual, por un lado; y por el otro al de parte procesal.

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

⁵⁴¹ *Supra* Capítulo III, punto 2.

su propia competencia, en méritos 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;

Si pudiéramos en un laboratorio configurar un modelo perfecto para establecer quién es parte de un arbitraje, tendríamos como acto reflejo el 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 denomina en la doctrina procesal como la *relación jurídica sustancial*; mientras que las partes dentro de un proceso, y extensivo –para estos efectos- al arbitraje, como *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 de 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 los participantes de la relación jurídica sustancial no sean los mismos que la relación jurídica procesal. Como ya hemos tenido ocasión de observar en los capítulos anteriores, 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 ve excluido del mismo. El problema, se ve cuando una de las partes necesita demandar a esta contraparte no-signataria, la cual –como volvemos a repetir- 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 enfocaron 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, donde 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 que en el arbitraje nuestro modelo perfecto permite excepciones, donde partes no-signatarias ingresen a la “relación jurídica procesal”.

4. LA FUNCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA

Como hemos visto en el capítulo II, no ha sido pacífica la jurisprudencia en aceptar la extensión del convenio arbitral en los arbitrajes tanto internacionales como domésticos.

El caso peruano abordó este tema de manera novedosa al plantear dentro de la regulación arbitral un artículo específico sobre la extensión del convenio arbitral. Nos referimos concretamente al artículo 14 que a la letra dice: “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”.

En el capítulo II hemos analizado *in extenso* la estructura del artículo 14 Bis por lo que nos toca en este punto analizar la funcionalidad del mismo. Para ello nuestro análisis partirá desde dos enfoques distintos, pero complementarios.

El primero de estos enfoques es contrastar el artículo 14 con aquellas teorías analizadas en el capítulo III a efectos de cristalizar qué teorías dieron vida y se desprenden al mismo tiempo del artículo citado.

El segundo enfoque corresponde el análisis de 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, analizaremos la Casación N° 2994-2010-Lima, la cual también aborda el tema de la extensión, pero no exactamente del convenio arbitral sino del laudo arbitral, lo cual nos servirá para identificar los efectos de un laudo sobre alguien quien no tuvo participación en el proceso arbitral.

4.1 TSG Perú SAC v. Pesquera Industrial Chicama y otros

Sin duda, este es el primer caso que una Corte Judicial revisa un laudo arbitral sobre el tema de la extensión del convenio arbitral a un no-signatario; sin embargo, cabe precisar, que ya ha habido anteriores arbitrajes en donde se trató 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, surge 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 ésta última TSG solicitó un arbitraje (cabe mencionar que este arbitraje se llevó a cabo bajo 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 cosas, 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 explican de qué forma determinan 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 Arbitraje⁵⁴² para habilitar el recurso de anulación de laudo arbitral⁵⁴³.

⁵⁴² **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.

⁵⁴³ Exp. N° 00451-2009. Fundamento Décimo.

El Tribunal Arbitral⁵⁴⁴ por su parte señaló que el fondo del presente arbitraje justamente se 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 pretensiones⁵⁴⁵.

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 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 vinculación⁵⁴⁶.

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*

⁵⁴⁴ El Tribunal Arbitral estuvo integrado por los Drs. Alfredo Bullard, Rafael Montoya Álvarez y Alberto Montezuma Chirinos.

⁵⁴⁵ Exp. N° 00451-2009. Fundamento Duodécimo.

⁵⁴⁶ *Ibid.* Fundamento Duodécimo.

*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*⁵⁴⁷.

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 *sólo 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*⁵⁴⁸.

La Corte, asimismo, sostiene 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

⁵⁴⁷ *Ibid.* Fundamento Duodécimo.

⁵⁴⁸ *Ibid.* Fundamento Décimo Quinto.

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 nadie⁵⁴⁹ (subrayado y resaltado nuestro).

En este punto, la Corte confunde tercero con no-signatario, evidentemente cuando se trata de un tercero, éste no tiene porque 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, que deben desprenderse del análisis de las circunstancias del caso. Esto implica que para la Corte, en términos prácticos que 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 (...)”⁵⁵⁰.

Resulta curiosa, esta sentencia emitida por la Corte Superior, ya que argumenta por un lado que “los árbitros al decidir incorporar a las tres

⁵⁴⁹ *Ibid.* Fundamento Décimo Quinto (segundo párrafo).

⁵⁵⁰ *Ibid.* Fundamento Décimo Sexto.

empresas citadas al arbitraje, no han justificado su posición en norma legal alguna de nuestro ordenamiento jurídico”⁵⁵¹, ciertamente no existía un norma en el arbitraje peruano que permita 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 permitía 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 que la práctica o la realidad supera al ámbito jurídico ampliamente, y éste debe tratar de estar a la par, y tal como hemos visto en los puntos anteriores, el levantamiento del velo societario ha sido no sólo aplicado 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 las teorías expuestas y de la extensión del no-signatario en particular sólo puede ser aplicado en un arbitraje de conciencia?

Y con ello sentencian que “no existe extremo alguno en la Ley N° 26572 que siquiera sugiera la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a quienes no quisieron celebrarlo”⁵⁵². Más aún, recalcan que el artículo 14 del Decreto Legislativo 1071 “es capaz de legitimar un ejercicio semejante al

⁵⁵¹ *Ibid.* Fundamento Décimo Noveno.

⁵⁵² *Ibid.* Fundamento Vigésimo.

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”⁵⁵³.

El tema de la aplicación del levantamiento del velo societario, sin duda es una materia controvertida y muy compleja. Esto ha sido discutido y analizado en los puntos anteriores⁵⁵⁴; asimismo, se ha visto, por ejemplo que la aplicación del mismo fue dándose tanto en el Perú, España, Argentina, entre otros.

La crítica que formulamos a la sentencia emitida va por dos lados, el primero acerca de 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 la segunda, que esta facultad debe ser otorgada por las partes.

Así, la Corte reconoce por un lado que es posible la aplicación del levantamiento del velo societario, pero duda 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

⁵⁵³ *Ibid.* Fundamento Vigésimo primero.

⁵⁵⁴ *Supra*, Capítulo III, punto 5.

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” (subrayado nuestro).

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 aplicar 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*⁵⁵⁵, lo que si no puede ejercer el árbitro es la *coertio* y *executio*⁵⁵⁶. Más aún, las partes no podrían facultar al árbitro para llevar a cabo esa tarea, porque parte de un análisis que se da dentro del arbitraje, el cual tiene que ser probado, y no puede juzgarse *ex ante*.

Sobre este tema, DE TRAZEGNIES ha referido que “dentro de la ley peruana [refiriéndose a la Ley General de Arbitraje], el árbitro podría conocer una causa

⁵⁵⁵ “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, Bruno. “Teoría del arbitraje”. Traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá: Ed. Legis, 2006, p. 57.

⁵⁵⁶ Cabe señalar que incluso que 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 ésta recurra al Poder Judicial. Cfr. BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “Art. 67.- Ejecución arbitral”. En: “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (Coord.) Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 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 exigía que la ejecución de laudos sea llevado a cabo por las cortes ordinarias.

contra una parte no directamente firmante del compromiso arbitral haciendo uso de la 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”⁵⁵⁷.

En efecto, consideramos que si en un caso particular, el árbitro detecta la comprobación de fraude por un conjunto de empresas, las cuales han obtenido ventajas económicas, causando 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 a fin de ocultarse 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 refugiando mediante un alter ego para evadir su responsabilidad, y evadir un arbitraje limitado por la falta de la suscripción del mismo.

⁵⁵⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”. En: *Ius et veritas*. Revista de Derecho, Año XIV, N° 29, Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 18.

4.2 La extensión de los efectos de un laudo arbitral a terceros:

Casación N° 2994-2010-Lima

En el caso de la Casación N° 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 hacia terceros. Hemos 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, y esto lograrlo justamente a partir de la identificación de un “tercero” (no estamos en este supuesto bajo una parte o partes no-signatarias), sino de 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 bajo comentario fue emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, el 27 de junio de 2011, el 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 que dicho lanzamiento no

procedía contra los terceros que ocupaban el inmueble. Es sobre éste 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 593⁵⁵⁸ y 690⁵⁵⁹ del Código Procesal Civil el lanzamiento debe ejecutarse contra todo aquel que se encuentre ocupando el bien inmueble, a pesar 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, tal como menciona GARCÍA CALDERÓN de 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

⁵⁵⁸ **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.

⁵⁵⁹ **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 ha sido incorporado en sede arbitral y por tanto no pudo hacer valer sus derechos en esa instancia”⁵⁶⁰.

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”⁵⁶¹.

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., a diferencia de un proceso de ejecución donde el tercero no puede probar qué clase de título posesorio ostenta.

Al no ser parte del convenio arbitral, y por ende, el tercero no tiene intervención alguna en el arbitraje, y tampoco tendría porque estarlo, en este

⁵⁶⁰ GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. “La extensión de laudo arbitral según la Corte Suprema”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 161, Febrero 2012, Ed. Gaceta Jurídica, p. 25.

⁵⁶¹ Considerando tercero.

caso, el tercero debería ser demandado en la vía ordinaria, e incluso, queda claro que éste tercero no podría interponer un recurso de anulación de laudo⁵⁶², 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, ya el Tribunal Constitucional, ya se había pronunciado en el caso de la Sociedad Minera María Julia⁵⁶³, 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:

No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5º 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 14º del Decreto Legislativo N.º 1071⁵⁶⁴.

Asimismo, el Pleno Jurisdiccional Comercial de Lima acordó que en los casos que la ejecución de laudo arbitral afecte a terceros, procede su

⁵⁶² SABROSO MINAYA, Rita. "La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 161, Febrero 2012, Ed. Gaceta Jurídica, p. 30.

⁵⁶³ Expediente N° 00142-2011-PA/TC.

⁵⁶⁴ *Ibid.* Fundamento 21.

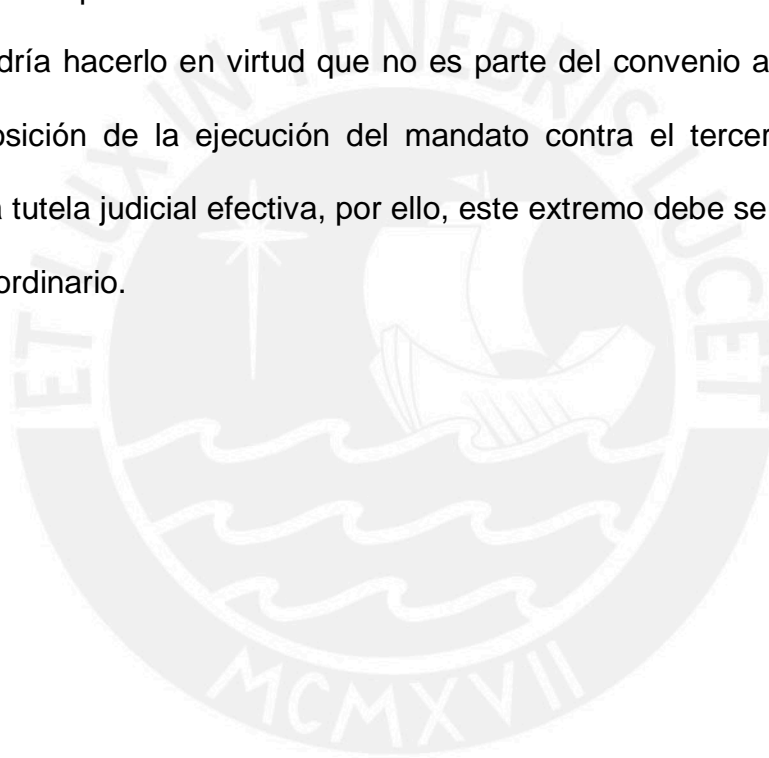
notificación cuando lo soliciten las partes, lo solicite el propio tercero o el juez – como director del proceso- considere atendible la notificación, de lo contrario se afectaría su derecho de defensa.

Más aún, se sostuvo en dicho Pleno 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, podemos extraer algunas lecciones. 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.

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 dado en el caso de la Minera María Julia.

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 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.



CONCLUSIONES

1. De acuerdo con la mitología griega Caribdis (proveniente del griego antiguo *Khárubdis*, que significa 'succionador') era un terrible monstruo marino que succionaba grandes cantidades de agua, y luego las devolvía originando con ello un remolino capaz de tragar cualquier cosa que se encuentre en su camino.

Junto con Caribdis había otro monstruo marino llamado Escila, quienes vivían cerca del estrecho de Mesina, ubicado en Italia (estrecho que se encuentra entre la península itálica y Sicilia). Cuenta la historia, que los marineros que intentaban evitar a Caribdis pasaban demasiado cerca de Escila y viceversa, en su intención de evitar a un monstruo, inevitablemente, se acercaban a otro. De ahí proviene la expresión «entre Escila y Caribdis» que ha llegado a connotar que ante la presencia de dos peligros el evitar uno implica acercarse al otro.

Este mismo escenario creemos se ha presentado en el tratamiento de la extensión del convenio arbitral a los no-signatarios. Mientras que un árbitro decide incorporar a un no-signatario, se está aproximando a la posibilidad de vulnerar el derecho al juez natural de ese no-signatario, y consecuentemente a la vulneración de su derecho fundamental del acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. En cambio, si ese mismo árbitro

decide no incorporar dentro del arbitraje al no-signatario, obtendrá un arbitraje ineficaz, originando un laudo potencialmente nulo.

2. La pregunta en este caso es ¿Cómo navegar por este mar del arbitraje, para evitar tanto a Escila como a Caribdis? Pues bien, la respuesta a la que hemos llegado en la tesis son dos, las cuales se basan en el planteamiento de un modelo para delimitar los alcances del convenio arbitral a partes que no firmaron, y en segundo lugar, planteamos que las reglas del proceso civil no es aplicable en el arbitraje.

Empecemos con la segunda respuesta, que es más sencilla, se propone que la problemática de la extensión del convenio arbitral no debe buscar su solución en las reglas del proceso civil, en específico en las reglas del litisconsorcio, en vista que se trata de reglas de juego distintas al del arbitraje. En otras palabras, resaltamos la inconveniencia de utilizar mecanismos supletorios como la figura del *litisconsorcio* regulado en el Código Procesal Civil, e incluso dentro de dispositivos legales referidos al arbitraje, como es el caso de la Ley 29171, Ley que establece medidas para agilizar el procedimiento de expropiación de los inmuebles afectados por la ejecución de obras públicas de infraestructura de gran envergadura, la cual regula expresamente que los terceros afectados, pueden incorporarse como terceros litisconsortes. Estos dispositivos, utilizan reglas y criterios que tienen otra lógica, completamente distinta a la que se maneja en el arbitraje.

Por otra parte, el planteamiento de nuestro modelo, y que es la hipótesis de la tesis, es que las teorías esbozadas por la jurisprudencia arbitral comercial internacional ha tenido eco en nuestra cultura arbitral, no obstante los árbitros han ido tratando de aplicar estas teorías que poco a poco recién van cobrando fuerza en nuestro medio (y que por cierto son discusiones, problemas y teorías que ya se planteaban desde los años 60 en otras latitudes) pero los jueces han mostrado cierta reticencia a entender la lógica y reglas de juego del arbitraje, para incorporar a no-signatarios en el arbitraje. Nuestro temor es que se vea al arbitraje como una resolución de conflictos de segundo orden, y en consecuencia limitado

Proponemos en consecuencia un *test* que permita el análisis de la conveniencia del no-signatario en el arbitraje, partimos de la siguiente premisa *si el convenio arbitral es la piedra angular del arbitraje, pues el consentimiento es la piedra angular de la extensión del convenio arbitral.* Es claro, que ni el árbitro ni el juez encontrarán una firma o signo que confirme el consentimiento de una parte, es por ello, que debe buscarse el consentimiento implícito del no-signatario, el cual puede verse reflejado en su participación activa en cualquiera de las etapas del contrato, desde la negociación hasta su culminación. Asimismo, en caso de ausencia de esta participación activa del no-signatario, el consentimiento *–tácito–* también se configura cuando el no-signatario quiere adquirir para él, los beneficios que *otro*, estipuló a favor de él, en un contrato privado donde no tuvo intervención.

3. En la tesis hemos hecho una revisión de la jurisprudencia y doctrina que se han pronunciado a favor como en contra de la extensión del convenio arbitral a los no-signatarios. Sin embargo, cada vez existe una tendencia de reconocer al no-signatario como parte, y por lo tanto incorporarlo como parte del arbitraje. Por nuestra parte, en la tesis proponemos que más allá de esta naturaleza contractual que despliega el arbitraje, en realidad es el factor *consensualista* junto con las reglas de la buena fe que permiten entender que un no-signatario puede tener el carácter de “parte” dentro de un arbitraje.
4. Queda claro que el arbitraje es un contrato, y como tal se le deben aplicar los principios del derecho contractual. Uno de estos principios es el de la relatividad de los contratos, por el cual el contrato es ley entre las partes, por lo que los efectos de los mismos solo recaen sobre ellas y no se extiende hacia terceros. Esto no es más que fiel reflejo de la autonomía privada expresada en la libertad de las partes de regular actos jurídicos.

Empero, ante la posibilidad de pactar contratos que favorecen a terceros, este principio de la relatividad de los contratos, abre una suerte de excepción que se permita que mediante contratos se afecte la situación jurídica de terceros. Pero por esta pequeña grieta, se ha ido filtrando más supuestos, en donde se han presentado casos donde verdaderas partes, disfrazadas de “no-signatarios” participan de la relación contractual, pero a falta de una firma han sido excluidos del arbitraje, pero árbitros y Jueces

han derruido esta formalidad, para dar cabida a una parte a efectos de no afectar el arbitraje.

5. Estas otras partes no-signatarias, a través de las teorías como la de los actos propios, agencia, incorporación por referencia, estipulación a favor de tercero, alter ego y levantamiento del velo societario, son supuestos que calzan dentro de la estructura del artículo 14 de la Ley de Arbitraje; mientras que la doctrina del grupo de empresas tiene otro tipo de connotación.

En efecto, en el contexto donde interviene el “no-signatario” es muy importante, ya que, en ciertas circunstancias es posible observar algún tipo de intervención, como en los contratos de obra, pero en otro tipo de contratos, esta participación no se hace tan evidente, y es ahí donde la labor del árbitro es fundamental para saber la clase de consentimiento y nivel de participación del no-signatario a efectos de incorporarlo como parte dentro del arbitraje.

Sin duda, uno de los casos más ilustrativos es el referido a *Dow Chemical*, la cual analizó el nivel de participación de las subsidiarias de la empresa matriz para poder incorporarlas como partes, éste caso abrió las puertas para que en la doctrina se discuta mucho acerca de la llamada “doctrina del grupo de sociedades”, la cual solamente ha tenido cabida en el ámbito arbitral, mas no en el jurisdiccional. Sin perjuicio de esto, dicha doctrina exige que para que pueda extenderse al convenio arbitral a una

parte conformante del grupo societario –elemento objetivo- es imprescindible contar, además, con un elemento subjetivo, el cual reside en la intención fraudulenta, por parte de este conglomerado, refugiándose a través de la personalidad jurídica que circunscribe a una sociedad.

Sin embargo, como hemos podido apreciar en el capítulo III, en realidad no existe como tal la llamada “doctrina del grupo de sociedades”; en sí, lo que se analiza, (lo cual también fue parte del análisis en el caso *Dow Chemical*) es el nivel de participación en alguna fase del contrato de aquellos que no firmaron el acuerdo arbitral, el hecho que una parte sea miembro de un grupo societario es un indicio que ayuda al árbitro a sospechar que se trata de una sola relación económica compleja en donde este no-signatario también es parte de dicha relación; pero en sí mismo, pertenecer a un grupo de empresas, no hace *per se* a una empresa del mismo, a ser parte de un arbitraje. Mientras, que el elemento subjetivo del fraude, no necesariamente se aplica a todos los supuestos, en el caso *Dow Chemical*, eran los demandantes no-signatarios quienes solicitaban su incorporación al arbitraje, ¿Qué tipo de fraude se configuró en esta situación? Ninguna. Los árbitros incluyeron a los demandantes no-signatarios en virtud de la participación activa que tuvieron durante la ejecución del contrato.

6. Existen, además, otros supuestos de no-signatarios respecto del convenio arbitral, como son la cesión de créditos, la subrogación y la novación, que no son en realidad problemas relativos a “extensión del convenio arbitral”,

sino responden a un problema distinto, esto es si son “transmisibles” junto con el contrato materia de la cesión.

Para ello, consideramos que la “transmisión” del convenio arbitral, debe seguir las reglas del derecho de obligaciones referentes a estos tipos de contratos. De igual forma, es menester comprender que el principio de separabilidad juega un rol importante, y no debe interpretarse de manera restrictiva.

En ese sentido, sobre este punto, afirmamos que en los casos de cesión, novación y subrogación o cualquier otro contrato que implique la transmisión de derechos y obligaciones a otra parte, se debe presumir que el convenio arbitral se transfiere con ella, salvo que las partes acuerden expresamente lo contrario.

7. Finalmente, desde una óptica regulatoria, el legislador se enfrenta al siguiente escenario; por un lado, se encuentra la flexibilidad o -como lo hemos llamado- la *relativización* de la forma del convenio arbitral, la cual no requiere de formalismos, donde el mismo no requiere estar firmado, como tampoco por escrito, radicando en este caso el consensualismo; y por otro lado, tenemos a un convenio arbitral que no sólo debe estar por escrito, sino además firmado por las partes, dado que, finalmente, ello garantiza la seguridad jurídica.

La Ley Modelo, como nuestra Ley de Arbitraje en este caso entiende que debe estar por escrito, sin embargo, considera diversos supuestos “no escritos” como “por escrito”. Sin embargo, aún creemos, se encuentra en el camino, donde uno de los objetivos a alcanzar es el fortalecimiento del consensualismo en el convenio arbitral.

Como se sabe los requisitos exigidos por la Convención de Nueva York, referidos al convenio arbitral al exigir que éste sea por escrito y firmado por las partes, se han ido flexibilizando en el tiempo a fin de dar más espacio al comercio internacional. Por ello, la Ley Modelo de la UNCITRAL, ha recomendado a las naciones que no es necesaria la firma de las partes, pero sí que el convenio arbitral se encuentre por escrito. Sin embargo, este criterio de que el convenio arbitral se encuentre “por escrito” también ha sido relativizado a fin de dar flexibilidad al convenio arbitral.

La finalidad de la Ley Modelo al aumentar supuestos del convenio arbitral de “no escritos” como “escritos”, en el fondo es salvaguardar que los laudos arbitrales producto de dichos convenios sean plenamente ejecutables conforme a la Convención de Nueva York, criterio, que es seguido por la Ley de Arbitraje Peruana.

8. Reconocemos que el camino de la investigación sobre los no-signatarios implica un recorrido entre «*Escila y Caribdis*», pero el problema se agudiza en tanto se siga aplicando normas del derecho procesal y no se

reconozca al arbitraje como un estamento distinto, con sus propias reglas, principios, instituciones y lógica. El arbitraje peruano en buena hora ha ido creciendo y robusteciéndose, pero aún se encuentra en medio del camino; asimismo, el Poder Judicial, lamentablemente aún sigue tan enquistado con el virus procesal, que simplemente contagia de esta enfermedad al arbitraje y a los árbitros, lo cual debe evitarse, siendo el reto para los jueces y árbitros de entender la lógica y reglas de juego con las que el arbitraje se desenvuelve.



BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

AA.VV. “Regulación, Desregulación, liberalización y competencia”. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A., Madrid, 2006.

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*”. Franco Ferrari y Stefan Kröll (Eds.). European Law Publishers – NCTM Studio Legale Associato, Munich 2011.

ABRAHAM, Kenneth S. y MONTGOMERY, J.W., “*The Lawlessness of Arbitration*”. UVA School of Law, Public Law Research Paper. December 2002, No. 02-09.

AGUILAR GRIEDER, Hilda. “*La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el Arbitraje Comercial Internacional*”. Universidade de Santiago de Compostela, 2001.

ALCHIAN, Armen A. y DEMSETZ, Harold. “Production, Information Costs, and Economic Organization” En: *The American Economic Review*, Vol. 62, No. 5, Dic. 1972.

ALDERMAN, Richard M., “*The Future of Consumer Law in the United States - Hello Arbitration, Bye-Bye Courts, So-Long Consumer Protection*” (September 19, 2007). University of Houston Law Center No. 2008-A-09.

ALDERMAN, Richard M., “*Consumer Arbitration: The Destruction of the Common Law*”. Journal of American Arbitration. Vol. 2, N° 1, 2003.

ALESSANDRI, Arturo R; SOMARRIVA, Manuel y Antonio VODANOVIC. “*Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*”. Editorial Jurídica de Chile, 1998, Santiago – Chile.

ALJURE SALAME, Antonio. “El arbitraje y el contrato de seguros en el Derecho Nacional e Internacional”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). “*El Contrato de Arbitraje*”. Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, 1ra Ed. 2005.

ALPA, Guido. “Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore”. En: *Rivista Dell’arbitrato*. Pubblicazione trimestrale, Direttore Elio Fazzalari, Anno XVI, N° 4/2006, Giuffrè Editore.

ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto M. LÓPEZ CABANA. “La virtualidad de los actos propios en el Derecho Argentino”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo A, 1984.

ARANA GARCÍA, Estanislao. “La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho Administrativo”. Granada: Editorial Comares S.L., 2003.

ARCE ORTÍZ, Elmer. “La circulación de trabajadores en el grupo de empresas”. Mergablum Edición y Comunicación, 2003.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Sobre los entes reguladores y su función arbitral”. En: *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica, Balance y Perspectivas*, Ara Editores, 2010.

ARRARTE ARISNABARRETA Ana María. “Apuntes sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales y su Eficacia a Propósito de la Intervención Judicial”. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa: Arbitraje y Empresa*, Vol. 56. Lima, 2003.

ARRARTE ARISNABARRETA Ana María. “De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites a su actuación”. En: *Themis, Revista de Derecho*, Lima 2007.

ARRUÑADA, Benito. “La estructura contractual de la empresa”. En: *RAE Jurisprudencia*, Tomo 21, marzo 2010.

AYLWIN AZÓCAR, Patricio. “El juicio arbitral”. Editorial Jurídica de Chile, 5ta Ed., Santiago-Chile, 2005.

AYLWIN CHIORRINI, Andrés e Irene ROJAS MIÑO. “Los grupos de empresas y sus efectos jurídico laborales en el derecho comparado”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 2, Talca, 2005.

BARCELÓ III, John J. “Who decides the arbitrators’ jurisdiction? Separability and Competence-Competence in transnational perspective”. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 36, 2003.

BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. “La cesión de créditos en el Código Civil Peruano de 1984”. En: *Revista del Magíster en Derecho Civil*. Escuela de Graduados. Fondo Editorial de la PUCP, Volumen 4-5, 2000-2001.

BAYLY LETTS, Andrés y Enrique PASQUEL RODRÍGUEZ. “¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: Rompiendo el mito de la justicia estatal”. En: *Thémis, Revista de Derecho*, N° 46, Lima, 2003.

BEALE, Hugh. “*Chitty on Contracts*”, Vol. 1 – General Principles, 30th Edition, Sweet & Maxwell Ltd, 2008.

BEBCHUK, Lucian A. y Richard A. POSNER. “One - sided contracts in competitive consumer markets”. En: *HARVARD. John M. Olin Center for Law, Economics, and Business*. Discussion Paper N° 534, 11/2005. Harvard Law School.

BENSON, Bruce L. “Customary Law with Private means of resolving disputes and dispensing Justice: A description of a modern system of Law and Order without State coercion”. En: *The Journal of Libertarian Studies*, Vol. IX, N° 2, 1990.

BENSON, Bruce L. “Corruption in Law Enforcement: One Consequence of the ‘Tragedy of the Commons’ Arising with Public Allocation Processes”. En: *International Review of Law and Economics*, N° 8, junio de 1988.

BENSON, Bruce L. “*Justicia sin Estado*”. Unión Editorial, Madrid, 2000.

BENSON, Bruce L. “*To Arbitrate or To Litigate: That Is the Question*”. En: *European Journal of Law and Economics*. Volume 8, Issue 2, 2001.

BERRO, Federico. “*La Relevancia Jurídica de la Conducta Anterior (Teoría de los Actos Propios)*”. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1989.

BIANCA, C. Massimo. “*Diritto Civile*”. Tomo III. Il Contratto. Giuffrè Editore, 1987.

BIDART CAMPOS, Germán. “¿La teoría del acto propio no rige para el Estado? (La ley del embudo)”. En: *Suplemento Constitucional La Ley*, Argentina, Agosto, 2004.

BLAISE, Stucki y Wittmer SCHELLENBERG. *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories.* ASA Below 40 – Conference of September 29, 2006.

BLESSING, Marc. *“Introduction to Arbitration – Swiss and International perspectives”.* Swiss Commercial Law Series. Helbing & Lichtenhahn. Vol. 10.

BORDA, Alejandro. “La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de la voluntad”. En: *Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios.* Al cuidado de Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto. Palestra Editores, Lima, 2000.

BORDA, Alejandro. *“La Teoría de los Actos Propios”.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

BORN, Gary B. *“International Commercial Arbitration: Commentary and Materials”.* Kluwer Law International, 2nd Edition, 2001.

BORN, Gary B. *“International Commercial Arbitration”.* Kluwer Law International, 2009.

BOZA, Rafael T. “Caveat Arbitrer: THE U.S.-Peru Trade Promotion Agreement, Peruvian Arbitration Law, and the extension of the arbitration agreement to non-signatories. Has Peru gone too far?” En: *Currents International Trade Law Journal.* South Texas College of Law, Vol. XVII, N° 2, Summer 2009.

BRINSMEAD, Simon. “Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?” En: *The ICFAI Journal of Alternative Dispute Resolution*, Vol. 7, 2008.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, 2006.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Jurassic Park. El retorno de los dinosaurios arbitrales”. En: *Legal Express*, N° 68, Año 6. Agosto, 2006

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Los fantasmas sí existen: La doctrina de los actos propios”. En: *Ius et Veritas, Revista de Derecho*, N° 40, Publicación editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “La década de los noventas: La experiencia peruana en libre competencia”. En: *La evolución de la libre competencia en el Perú*. Thémis, USAID, Lima, 2003.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores. Lima, 2003.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Comprando justicia: ¿Genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?”. En: *Themis, Revista de Derecho*, N° 53, Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “El Estado soy yo. Arbitraje y regulación: ¿Son los árbitros los nuevos reguladores?”. En: *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica, Balance y Perspectivas*, Ara Editores, 2010.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Extensión del convenio arbitral. Comentario al artículo 14º de la Ley de Arbitraje”. En: SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLES (Coordinadores). “*Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*”, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿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: <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Art. 10.- Representación de la persona jurídica”. En: “*Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*”. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (Coord.) Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Art. 67.- Ejecución arbitral”. En: “*Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*”. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (Coord.) Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Alberto CHAN ARELLANO. “¿Es Clark Kent Superman? La identidad secreta del gerente general”. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 35, 2008

CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral". *Harvard Law Review*. Volumen 85.

CAIVANO, Roque J. “Arbitraje”. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, 2da Edición.

CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. En: *Limaarbitration*, N° 1, Círculo Peruano de Arbitraje, 2006.

CAIVANO, Roque J. “Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 5, Ed. Grijley, Lima, 2007.

CAIVANO, Roque J. “La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada”. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

CAIVANO, Roque J. “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”. En: *Revista de Derecho Privado*, edición especial, 2012.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ. “*El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*”. Fundación M. J. Bustamante De La Fuente, Lima-Perú, 1994.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “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

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje”. En: *Revista de Economía y Derecho*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2004.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “*Arbitraje comercial y de las inversiones*”. Fondo Editorial de la UPC, Lima 2007.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “*Arbitraje comercial y de las inversiones*”. Fondo Editorial de la UPC, Lima 2007.

CANTUARIAS Fernando y Roque J. CAIVANO. “La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 7, Magna Editores, 2008.

CARBONNEAU, Thomas E. “*Cases and Materials on Commercial Arbitration*”.

Volume One of the Adams & Reese legal Series, Juris Publishing, 1997.

CARBONNEAU, Thomas E. “The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements”. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. N° 36, 2003.

CARBONNEAU, Thomas E. “At the crossroads of legitimacy and arbitral autonomy”. En: *Bepress Legal Series*, Paper 1139, 2006.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Cláusula compromisoria y compromiso arbitral”. En: *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil*. Parte III, Tomo VI. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). “*El Contrato de Arbitraje*”. Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, 1ra Ed. 2005.

CARDOZO, Benjamin N. “*The Growth of the Law*”. New Haven: Yale University Press, 1924.

CASTILLO FREYRE, Mario. “*Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984*”. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. Palestra, Lima, 2005.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. “¿Las funciones del OSITRAN son materia arbitrable?”. En: *Revista de Regulación en Infraestructura y Transporte*, N° 5, Año 2010.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. “¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN”. Vol. 17. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores. 2011.

CASTILLO FREYRE, Mario. “El defectuoso anteproyecto de reforma al Código Civil en relación a las personas jurídicas”. En: www.castillofreyre.com

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. “Arbitraje: Naturaleza y definición”. En: www.castillofreyre.com, visitado el 11.01.2011.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. “La Teoría de los Actos Propios”. Ed. Palestra, Lima 2006.

CASTILLO FREYRE, Mario, VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo y Rita SABROSO MINAYA. “La otra justicia: Fundamentos, desarrollo y avances legislativos del arbitraje en el Perú”. En: www.castillofreyre.com

COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost". *Journal of Law and Economics*. 1960. Volume 3.

COASE, Ronald. "Economics and Contiguous Disciplines". *Journal of Legal Studies*. Volume 7.

COASE, Ronald. "The Nature of the Firm", En: *Economica*, Vol. 4, No. 16, November 1937.

COLOMA, Germán. *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. 1991, Buenos Aires.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. "La doctrina de los actos propios y la declaración tácita de la voluntad". En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo A, 1985.

CONEJERO ROOS, Cristian. "Los costos en el arbitraje internacional", En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). "*El Contrato de Arbitraje*". Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, 1ra Ed. 2005.

CONEJERO ROOS, Cristian. "Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica". En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 4. Enero-Junio 2006, Bogotá, Ed. Legis.

COOTER Robert y Thomas ULEN. *Derecho y economía*. Fondo de Cultura Económica, 2da edición. 2002.

CÓRDOBA, Marcos (Director) – GARRIDO CORDOBERA, Lidia y KLUGER, Viviana (coordinadoras), *“Tratado de la Buena Fe en el Derecho”*. 2 tomos, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús. “¿Es el arbitraje administrativo una ventaja? A propósito del arbitraje regulado en la Ley de Contrataciones del Estado”. En: *Gestión Pública y Desarrollo*, Nro. 19, Año 2, Febrero 2009.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo. “La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: análisis de la doctrina de la Corte de Arbitraje de la CCI”. En: *Arbitraje: comentarios prácticos para la empresa*. MONTAÑA, Miguel (Editor). Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2011.

CORRIE, Clint A. “Challenges in International Arbitration for Non-Signatories”. En: *Comparative Law Yearbook of International Business*. Vol. 29, 2007 Kluwer Law International.

CRAIG, Laurence W., PARK, William y Jan PAULSSON. *“International Chamber of Commerce Arbitration”*. Tercera Edición. Oceana Publications Inc. – ICC Publishing, 2000.

CREMADES, Bernardo M. “El grupo de empresas y su tratamiento en el Arbitraje Comercial Internacional”. En: *El arbitraje en el Derecho Latinoamericano y español. Libro homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz*. Cultural Cuzco, Lima, 1989.

CREMADES, Bernardo M. “Arbitration in investment treaties: Public offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties”. En: *“Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böchstiegel”*. Köln-Berlín-Bonn.München, Carl Heymanns Verlag AG, 2001.

CREMADES, Bernardo M. “Regulación Nacional del Arbitraje y la Convención de Nueva York”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, 2005, Ed. Grijley.

CREMADES, Bernardo M. e Ignacio MADALENA. “Procedimientos paralelos en el Arbitraje Internacional”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 6, Magna Editores, 2008.

CUADRADO PÉREZ, Carlos. “El silencio como manifestación de voluntad”. En: *“Estudios de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez”*. Eugenio Llamas Pombo (coordinador). Tomo I, Ed. La Ley.

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *“El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria”*. Ed. Civitas – Thomson Reuters, julio 2010.

DE BOISSÉSON, Matthieu. *“Le droit français de l’arbitrage interne et international”*. GLN Joly Ed. 1990.

DE BOISSÉSON, Matthieu. *“Joinder of parties to arbitral proceedings: Two contrasting decisions”*. En: Special Supplement 2003: Complex Arbitrations: Perspectives on their procedural implications, 2003.

DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto (Director). *“Balance de la Justicia 2009-2010 ¿Cómo estuvo la justicia en el Perú?”*. Instituto de Defensa Legal, 2010.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *“El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”*. Tomo I, Palestra Editores, 2007.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *“El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”*. Tomo III, Palestra Editores, 2007.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *“La doctrina de los actos propios”*. En: *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*. Libro Homenaje a Fernando Hinestroza, 40 años de rectoría 1963-2003, Tomo I. Universidad Externado de Colombia.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *“Convenio Arbitral”*. En: *“Arbitraje on Line”*, Boletín jurídico editado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Año III, Número 6, setiembre, 2005.

DE LOTBINIERE McDOUGALL, Andrew y Leon LOANNOU. “*Separability Saved: US Supreme Court Eliminates Threat to International Arbitration*”. White&Case, 2006.

DE MATIENZO, Juan. “*Gobierno del Perú*”. Institut Français d’Etudes Andines. París – Lima, 1967.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Los conceptos y las cosas. Vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral”. En: *El arbitraje en el Derecho Latinoamericano y español. Libro homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz*. Cultural Cuzco, Lima, 1989.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “*La responsabilidad extracontractual*”. Vol. IV, Tomo I, Biblioteca “Para leer el Código Civil”. Fondo Editorial de la PUCP, 2003.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “*El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje*”. En: <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm>, visitado el 15.09.2011.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La verdad construida: Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal”. En: *Thémis, Revista de Derecho*, Nº 51.

DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿he ahí el dilema?”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, Núm. 1, 2006

DEL ÁGUILA RUÍZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “*Arbitraje: Principios, convenio arbitral y nulidad del laudo arbitral*”. Lima: Caballero Bustamante, 2011.

DELEBECQUE, Philippe. “La transmission de la clause compromissoire (à propos de l’arrêt Cass. Civ. 1er, 6 novembre, 1990)” En: *Revue d’Arbitrage*, N° 19.

DERAINS, Yves. “Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas”. En: “*El Contrato de Arbitraje*”. Eduardo Silva Romero (Director), Universidad del Rosario, Ed. Legis. 2005.

DERAINS, Yves. “The limits of the arbitration agreement in contracts involving more than two parties”. En: *Special Supplement 2003: Complex Arbitrations: Perspectives on their Procedural implications*, 2003.

DERAINS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. “*A guide to ICC Rules of Arbitration*”. Kluwer Law Arbitration, 2005.

DI PIETRO, Domenico. “Validity of arbitration clauses incorporated by reference”. En: “*Enforcement of Arbitration Agreements and International*

Arbitral Awards. The New York Convention in Practice". GAILLARD, Emmanuel y Domenico DI PIETRO (Eds.). Cameron May, 2008.

DIEZ-PICAZO, Luis. *"Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial"*. Volumen Primero: Introducción, Teoría del Contrato. Quinta Edición. Ed. Civitas, 1996.

DIEZ-PICAZO, Luis. *"La Doctrina de los Actos Propios"*. Barcelona: Bosch, 1962.

DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *"Sistema de Derecho Civil"*. Tomo I. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1976.

DILEO, Anthony M. "The Enforceability of Arbitration Agreements by and Against Nonsignatories". En: *Journal of American Arbitration*, Vol. 2, N° 1, Tulane Arbitration Institute, 2003.

DOAK BISHOP, R. *"A practical guide for drafting international arbitration clauses"*. King & Spalding.

DRAHOZAL Christopher R. *"Why Arbitrate? Substantive Versus Procedural Theories of Private Judging"*. <http://law.queensu.ca/events/lectureships/Visitorships/oslerDrahozalWhyArbitrate.pdf>

DRISKILL, Christopher. "A Dangerous doctrine: The case against using concerted-misconduct estoppel to compel arbitration". En: *Alabama Law Review*, Vol. 60, Issue 2, 2009.

DULIC, Adrianna. "First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan and the Kompetenz-Kompetenz Principle". En: *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. Vol. 2: Iss. 1, Article 3, 2002.

ECHAIZ MORENO, Daniel. "*La empresa en el derecho moderno*". Gráfica Horizonte, Lima, 2002.

ECHEVERRI LÓPEZ, Ricardo. "De los costos del arbitraje en Colombia". En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). "*El Contrato de Arbitraje*". Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, 1ra Ed. 2005.

EDWARDS, Harry T. "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?". En: *Harvard Law Review*, vol. 99, N° 4, Enero - 1986.

EISNER, Isidoro, "La doctrina de los propios actos compromete también al obrar del tribunal (venire contra Factum proprium non valet)". En: *La Ley, Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo C, 1987.

EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. "*La doctrina de los actos propios*". Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989.

ELIAS LAROZA, Enrique. “*Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*”. Obra completa. Ed. Normas Legales S.A., Trujillo, 2000.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y Martin WOLF. “*Tratado de Derecho Civil*”. 2da Edición, Barcelona, 1950.

EPSTEIN, Richard. “Reglas simples para un mundo complejo”. Fondo Editorial de la PUCP, Lima 2005.

ESPINOSA CALABUIG, Rosario. “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los “usos” del tráfico comercial internacional”. En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 13, 2007.

ESTEVE SEGARRA, Amparo. “*Grupo de sociedades y contrato de trabajo*”. Ed. Tirant lo Blanch, 2002.

EYZAGUIRRE B. José María. “*Breve estudio sobre la teoría comparada del propio acto*”. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1985.

FALLA, Alejandro. “¿Zanahoria o Garrote: De qué depende? De los estilos de *enforcement* de la Regulación”. En: *La Ley del Procedimiento Administrativo General*. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaúnde. Apuntes de Derecho y Economía. Fondo Editorial de la UPC. Mayo 2009.

FARNSWORTH, Allan E. “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code”. En: *The University of Chicago Law Review*, N° 30, 1963.

FARNSWORTH, Allan E. “Duties of good faith and fair dealing under the UNIDROIT principles, relevant international conventions, and national laws”. En: *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995.

FERNANDEZ DEL POZO, Luis. “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”. En: *Anuario de justicia alternativa*, N° 2, J.M. Bosch Editor, 2001.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Elena ARTUCH IRIBERRI. “Validez y eficacia del convenio arbitral internacional”. En: *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*. SOTO COAGUILA, Carlos (Director), Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, Colección Estudios.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Comentarios a la propuesta de enmiendas al Libro de Derecho de las Personas”. En: *Ius et veritas*, revista de derecho Año XVI, N° 32.

FERRARIO, Pietro. “The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?”. En: *Journal of International Arbitration*. Volume 26, 2009. Issue 5.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. “*La buena fe*”. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1984.

FERRI, Luigi. “*Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil*”. Trad. Nélvor Carreteros Torres. Ed. Jurídica Grijley. Lima, 2004.

FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. “*International Commercial Arbitration*”. Eds. GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE. Kluwer Law International, 1999.

FRANCESCHETTI, Paolo y Massimo MARASCA. “*Le Obbligazioni*”. Maggioli Editore. 2008

FRIEDMAN, Lawrence M. “Legal Culture and Social Development”. En: *Law and the Behavioral Sciences*. FRIEDMAN, Lawrence M. y Stewart MACAULAY. The Bobbs-Merrill Company, USA, Contemporary Legal Education Series, 1969.

FURLETTI, Mark J., “Mandatory Arbitration Clauses in the Credit Card Industry” (January 2003). *Federal Reserve Bank of Philla Payment Cards Center*. Discussion Paper No. 03-01, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=927078>.

GAGLIARDO, Mariano. “La doctrina del propio acto en el Derecho societario”.

En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo B, 1987.

GAILLARD, Emmanuel. “The consolidation of arbitral proceedings and court proceedings”. En: *Complex arbitrations. Perspectives on their procedural implications*. ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003.

GAILLARD, Emmanuel y Yas BANIFATEMI. “Negative effect of Competence-Competence: The rule of priority in favour of the arbitrators”. En: “*Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*”. GAILLARD, Emmanuel y Domenico DI PIETRO (Eds.). Ed. Cameron May, 2008.

GALGANO, Francesco. “*La globalización en el espejo del Derecho*”. Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

GALLUCCIO TONDER, Giuseppe y Pablo C. MORI BREGANTE. “*El juego de las máscaras: La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el caso de los grupos de sociedades*”. Tesis de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011.

GALLUCCIO TONDER, Giuseppe y Pablo MORI BREGANTE. “Desenmascarando la realidad: La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades”. En: *Advocatus*. Revista

editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 21.

GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. “La extensión de laudo arbitral según la Corte Suprema”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 161, Febrero 2012, Ed. Gaceta Jurídica.

GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo y Mario CASTILLO FREYRE. “Algunas consideraciones jurídicas sobre el proceso de anulación de laudo arbitral Sulliden-Algamarca”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 7, 2008.

GARRO, Alejandro M. “Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 1, N° 4, 1984.

GERASIMTCHUK, Eleonora. “Multi-Party Arbitration”. En: *International Commercial Arbitration and International Maritime Law from a German and Russian Perspective*. Alexander Trunk, Valerij A. Musin (Hg.). Recht in Ostmittel-, Südost – und Osteuropa/GUS, Lit, 2004.

GIBSON, Geoffrey. “*The Arbitrator’s Companion*”. The Federation Press, 2001

GIL MINGILLÓN, Susana. “*La litispendencia arbitral internacional: Extensión de la eficacia del convenio*”. Universidad de La Rioja, 2001

GIRSBERGER, Daniel y Christian HAUSMANINGER. “Assignment of rights and agreement to arbitrate”. En: *Arbitration International*. Vol. 8, N° 2, 1992.

GONZÁLEZ DE CASTILLA, Emilio y Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO. “Acuerdo arbitral contenido en un contrato con cláusula de estipulación a favor de tercero”. En: www.imarbitraje.org.mx

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a Don Raúl Medina Mora”. En: www.gdca.com.mx, revisado el día 11-01-2011.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “El que toma el botín, toma la carga: La solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros”. En: www.gdca.com.mx

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Kompetenz - Kompetenz a la mexicana: Crónica de una muerte anunciada”. En: www.gdca.com.mx

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “El principio compétence-compétence, revisitado”. En: www.gdca.com.mx.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Novación y acuerdo arbitral”. En: <http://www.gdca.com.mx>

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balanceo químico”. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. VIII, 2008.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Legis, Bogotá, N° 7, 2007.

GRAVEL, Serge. “Multiparty arbitration and multiple arbitrations”. En: *ICC bulletin*. Vol. 7, N° 2, 1996.

GREENBERG, Simon; KEE, Christopher y J. Romesh WEERAMANTRY. “*International commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*”. Cambridge University Press, 2011.

GRIGERA NAÓN, Horacio A. “Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility (An Update)”. En: *The University of Miami Inter-American Law Review*. Vol. 22, N° 2/3 (Spring – Summer, 1991).

GUERRA CERRÓN, Jesús María Elena. “*Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la Sociedad Anónima*”, Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2007.

HALL, Robert M. *“Third party beneficiary: Binding nonsignatories to arbitration clauses in reinsurance contracts”*. En: www.roberthall.com

HALLA, Slavomír. *“Creeping consensus on the extension of arbitration clauses in International Commercial Arbitration?”* Cofola 2011: The Conference Proceeding, 1. Edition. Brno: Masaryk University, 2011.

HANOTIAU, Bernard. *“Complex - Multicontract-Multiparty – Arbitrations”*. En: *Arbitration International*, Vol. 14 No. 4, 1998.

HANOTIAU, Bernard. *“Arbitration and Bank Guarantees. An Illustration of the Issue of Consent to Arbitration in Multicontract–Multiparty Disputes”*. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 16 No. 2, 1999.

HANOTIAU, Bernard. *“Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts–Parties–Issues – An Analysis”*. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 18 No. 3, 2001

HANOTIAU, Bernard. *“Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings”*. En: BOOK: ICCA Congress series no. 11, 2003.

HANOTIAU, Bernard. *“Complex arbitration: Multiparty, multicontract, multi-issue and class action”*. Kluwer Law International, 2005.

HANOTIAU, Bernard. “A new development in complex multiparty – multicontract proceedings: Classwide arbitration”. En: *Arbitration International*, Vol. 20, Nº 1, 2004. Disponible también en español bajo el siguiente título: “Los arbitrajes colectivos: Un nuevo desarrollo en los procedimientos complejos de los arbitrajes multipartes-multicontratos”. En: *RAE Jurisprudencia*, Tomo 2, Año I, Agosto 2008.

HANOTIAU, Bernard. “Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law”. En: *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ICCA Congress Series Nº 13. Montreal. Van den Berg (ed.), 2007.

HANOTIAU, Bernard. “Groups of companies and groups of contracts: A general introduction”. En: “*Contemporary issues in International Arbitration and Mediation*”. ROVINE, Arthur W. (Editor) The Fordham Papers. Martinus Nijhoff Publishers 2011, Netherlands, 2012.

HANOTIAU, Bernard y Barbara DEN TANDT. “Back to basics. Or why the group of companies doctrine should be disregarded once and for all”. En: “*The Practice of arbitration. Essays in honour of Hans Van Houtte*”. P. Wautelet, T. Kruger and G. Coppens (eds.), Oxford, Hart Publishing, 2012.

HART, Oliver y John MOORE. “Property Rights and the Nature of the Firm”. En: *The Journal of Political Economy*, vol. 98, Issue 6, Diciembre 1990.

HART, Oliver. “Una perspectiva económica sobre la Teoría de la Empresa”.

En: *Themis. Revista de Derecho*. Segunda Época, N° 46, 2003.

HERNÁNDEZ BREÑA, Wilson. “La carga procesal bajo la lupa: por materia y tipo de órgano jurisdiccional”. Instituto de Defensa Legal, 2008.

HOLTZMAN, Howard M. y Joseph E. NEUHAUS. “A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative history and commentary”. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

HOSKING, James M. “Non signatories and international arbitration in the United States: The quest for consent”. En: *Arbitration International*, Vol. 20, N° 3, 2004.

HOSKING, James M. “The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent”. En: *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*: Vol. 4: Iss. 3, Article 6, 2004.

HUI, Alexandra Anne. “Equitable Estoppel and the compulsion of arbitration”
En: *Vanderbilt Law Review*. Vol. 60, N° 2, 2007.

JACOBS, Marcus S. “Requirement of Writing and of Signatures under the UNCITRAL Model Law and the New York Convention”. En: *Mealey's Int'l Arb. Rep.*, Nov. 2006.

JALILI, Mahir. “Kompetenz-Kompetenz: Recent U.S. and U.K. Developments”.

En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, No. 4, 1996.

JAN VAN DEN BERG, Albert. “Consolidated Arbitrations and the 1958 New York Arbitration Convention”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 2, N° 4, 1986.

JARVIN, Sigvard; DERAIS Yves y Jean-Jacques ARNALDEZ, eds. “*Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*”. International Chamber of Commerce, Kluwer Law International, 1994.

JENSEN, Michael y MECKLING, William. “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”. En: *Journal of Finance* N° 3, 1976.

KAPLINSKY, Alan S. y Mark J. LEVIN. “*Excuse Me, but who’s the Predator? Banks Can Use Arbitration Clauses as a Defense*”. *Business Law Today*, May-June 1998.

KARRER, Pierre y Claudia KÄLIN-NAUER. “Is There a Favor Jurisdictionis Arbitri? Standards of Review of Arbitral Jurisdiction Decisions in Switzerland”. En: *Journal of International Arbitration*, 13, N° 3, 1996.

KEPPER Andrew M. “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”. En: *Iowa Law Review*. N° 91 issue 4, 2006.

KOCH, Christopher. “Judicial activism and the limits of institutional arbitration in multiparty disputes”. En: *ASA Bulletin*, Nro. 2, June 2010.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. “El futuro del arbitraje en el Perú”. En: *Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Palestra Editores, Vol. N° 6.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y Roger RUBIO GUERRERO. “*El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte*”. En: *Limaarbitration*, N° 1-2006.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y Álvaro LOREDO ROMERO. “Las sorpresas de la Decisión sobre competencia en el procedimiento de arbitraje entre Duke Energy International Perú Investments N° 1 Ltd. (demandante) y la República del Perú (demandado)”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 5, Lima, 2007.

LAFORGE, Frank Z. “Inequitable Estoppel: Arbitrating with nonsignatory defendants under *Grigson v. Creative Artists*”. En: *Texas Law Review*, Vol. 84, 2005.

LANDA ARROYO, César. “El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Themis. Revista de Derecho*. Segunda Época, N° 53, 2007.

LANDOLT, Philip. “*Extension of subjective scope of arbitration clauses under Swiss law upon request of respondent*”. En:

http://www.charlesrussell.co.uk/UserFiles/file/pdf/International%20Arbitration/Briefing_note_International_arbitration_Extension_of_subjective_scope_of_arbitration_clauses.pdf

LAMM, Carolyn B. y Eckhard R. HELLBECK. “When to arbitrate rather than litigate”. En: *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (Director). Instituto Peruano de Arbitraje. Tomo I, 2008.

LANDAU, Toby. “The written form requirement for arbitration agreements: When “written” means “oral”. En: *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*. ICCA International Arbitration Congress. Kluwer Law International, Mayo, 2002.

LANDES, William y Richard POSNER. “*Adjudication as a private good*”. National Bureau of Economic Research. Working Paper N° 263. Stanford, CA. 1978.

LAYTON, Robert. “Changing attitudes toward dispute resolution in Latin America”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 10, Issue 02, 1993.

LEBOULANGER, Philippe. “Multi-Contract Arbitration”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 13 No. 4, 1996.

LEBOULANGER, Philippe. “The Arbitration Agreement: Still Autonomous?” En: *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series N° 13*. Montreal. Van den Berg (ed.), 2007.

LEIBLE, Stefan y Matthias LEHMANN. “El arbitraje en Alemania”. En: *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*. BARONA VILAR, Silvia (Dir). Thomson Civitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007.

LETURIA RENGIFO, Jorge Eduardo. “Apuntes acerca del Arbitraje Estatutario”. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. N° 56, año XVIII, Lima, 2003.

LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A. y Stefan KRÖLL. “*Comparative International Commercial Arbitration*”. Publisher, Kluwer Law International, 2003.

LOBAN, Karyna. “*Extension of the arbitration agreement to the third parties*”. Central European University, Budapest. 2009.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G. “*El Arbitraje*”. Biblioteca “Para leer el Código Civil”, Vol. V. Fondo Editorial de la PUCP, 1993.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “Una cuestionable anulación de Laudo arbitral”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 110, Ed. Gaceta Jurídica, 2007.

LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. “*La doctrina de los actos propios*”. Editorial REUS, BdeF, reimpresión 2009.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. “Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje”. En: *Advocatus*, N° 7, Lima, 2002.

LORD, Richard A. “*Williston on Contracts*”. West, 4th Edition, 2012.

MACLEAN UGARTECHE, Roberto. “El alma dividida del arbitraje: ¿Solución alternativa para los usuarios o fuente alternativa de honorarios para abogados? Cómo apaciguar y conciliar el corazón consigo mismo”. En: *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (Director). Instituto Peruano de Arbitraje. Tomo I, 2008.

MADRID HORNA, Víctor. “Sobre la Intervención de los Órganos Jurisdiccionales en los Procesos Arbitrales: El caso de la medidas cautelares reguladas por la Ley General de Arbitraje”. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa: Arbitraje y Empresa*, Vol. 56. Lima 2003.

MAIRAL, Héctor A. “*La doctrina de los propios actos y la administración pública*”. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.

MANTILLA SERRANO, Fernando. “La Constitución del Tribunal Arbitral: Cómo escoger el Árbitro”. En: *El Arbitraje Comercial Internacional*. Suplemento Especial. Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.

MARENGO, Roberto. “Clausola compromisoria e contratti dei consumatori”. *Rivista Dell’arbitrato*. Pubblicazione trimestrale, Direttore Elio Fazzalari, Anno XVI, N° 1/2006, Giuffrè Editore.

MARIA AZZARO, Andre. “Il Contratto a favore di terzi”. En: LIPARI, Nicolò y Pietro RESCIGNO (Dir.) “*Diritto Civile. Volume III. Obbligazioni. II. Il Contratto in Generale*”. Giuffrè Editore, 2009.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Diego. “*Arbitraje y garantías, una relación complicada*”. Tesis de Maestría, Universidad de Estocolmo, Suecia.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos. “Apostillas al Proyecto de Reforma de la Ley General de Arbitraje”. En: *Legal Express*. Número 67. Gaceta Jurídica. Lima. 2006

MATTEI, Ugo y Roberto PARDOLESI. “Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach”. En: *International Review of Law and Economics*. Volumen 11.

MAYER, Pierre. “La ‘circulation’ des conventions d’arbitrage”. En: *Journal du Droit International*, 2005.

McCLOSKEY, Daniel T. “Alter Ego: Piercing the corporate veil”. En: *California Lawyer*. Noviembre, 2008.

MÉNDEZ SIERRA, Eduardo Carlos. “El silencio frente a la buena fe y los requerimientos privados”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo A, 1994.

MEREMINSKAYA, Elina. “Transferencia de la cláusula compromisoria en la cesión de derechos contractuales y la subrogación legal”. En: *Boletín Informativo on line*. Centro de Arbitraje y Mediación. Cámara de Comercio de Santiago. N° 3, Noviembre 2008.

MESSINEO, Francesco. “*Doctrina General del Contrato*”. Ara Editores. Lima, 2010.

MEYERSON, Bruce E. “But I didn’t sign an arbitration agreement!”. Disponible en: www.brucemeyerson.com (visitado el 02.07.2012)

MILLON, David. “Piercing the corporate veil, financial responsibility and the limits of limited liability”. En: *Washington & Lee Public Law and Legal Theory Research Papers Series*. Working Paper N° 03-13, Setiembre 2003.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “La Teoría de los “Propios Actos”, y la doctrina y jurisprudencia nacionales”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo A, 1984.

MONROY PALACIOS, Juan José. “*Primeras impresiones sobre la nueva Ley de Arbitraje: ¿Corporativismo a la peruana?*” En:

<http://derechoyproceso.blogspot.com>.

MORALES HERVIAS, Rómulo. “La doctrina de los actos propios entre el negocio y el contrato. Historia de una importancia impracticable e injusta”. En: *Estudios sobre teoría general del contrato*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006.

MORELLO, Augusto M. y Rubén S. STIGLITZ. “Inaplicabilidad de la doctrina del acto propio a la declaración viciada por falta de libertad y por violencia”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

MOSES, MARGARET L. “Privatized ‘Justice’”. En: *Loyola University Chicago Law Journal*. Vol. 36, 2005.

MOSES, MARGARET L. “*The principles and practice of International Commercial Arbitration*”. Second Edition, Cambridge University Press, 2012.

MOURRE, Alexis. “La intervención de terceros en el arbitraje”. En: *Iuris Consulto*. Revista de la carrera de Derecho de la USIL, Año 1, Nro. 1.

MRÁZ, Michael. “Extension of an arbitration agreement to non-signatories: Some reflections on Swiss Judicial Practice”. En: *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LVII, 2009, N° 3.

NAEGELI, Georg y Chris SCHMITZ. “Switzerland: Strict Test for the extension of arbitration agreements to non-signatories. Note on an important decision rendered by the Swiss Federal Tribunal”. En: *German Arbitration Journal* (Zeitschrift für Schiedsverfahren). Julio/Agosto 2009, N° 7.

NICKLISCH, Fritz. “Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 11 No. 4, 1994.

NISSEN, Ricardo Augusto. “El ejercicio de los derechos de socio y la aplicación de la Doctrina de los Propios Actos”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo B, 1997.

O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. “El cielo de los conceptos jurídicos *versus* la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios”. En: *Thémis, Revista de Derecho*, N° 51.

OGUS, Anthony. “*Regulation: Legal Form and Economic Theory*”. Clarendon Law Series, Oxford: Oxford University Press.

OH, Peter B. “Veil-Piercing”. En: *Texas Law Review*, Vol. 89, 2010.

OPPETIT, Bruno, “La clause arbitrale par référence”. En: *Revue de l'arbitrage*, No. 3, 1990.

ORTIZ CABALLERO, René. “La Doctrina de los Actos Propios en el Derecho Civil Peruano”. En: *Derecho PUCP*, N° 45, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.

OSTERLING PARODI, Felipe. “¿Solución de controversias en arbitraje o en el Poder Judicial? Mecanismos para integrarlas en una sola jurisdicción”. En: *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (Director). Instituto Peruano de Arbitraje. Tomo I, 2008.

OUERGHY, Hamdi. “*L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international*”. Mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit (LL.M). Université de Montréal. Mai 2006.

PALAZZO, Antonio. “Gratuita strumentale e donazioni indirette”. En: BONILINI, Giovanni (Dir.) “*Trattato di Diritto delle Successioni e donazioni*”. Vol. VI, Le Donazioni. Giuffrè Editore, 2009.

PANDURO MEZA, Lizbeth Nathaly. “*Aplicabilidad de las Instituciones Procesales en el Arbitraje*”. Tesis para optar el Título Profesional de Abogada. PUCP. Lima, 2011.

PARK, William. “Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, enero-junio 2005, N° 2.

PARK, William W. “Arbitral jurisdiction in the United States: Who decides what?”. En: *International American Law Review*, 2008.

PARK, William. “Non-signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma”. En: *Multiple parties in International Arbitration*. Oxford, 2009.

PAULSSON, Jan. “Arbitration without privity”. En: *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Volume 10, Number 2, Fall 1995.

PAVIC, Vladimir. “Non-Signatories´ and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction”. En: *Resolving International Conflicts - Liber Amicorum Tibor Varady*. P. Hay, L. Vekas, Y. Elkana, N. Dimitrijevic, eds., CEU Press, 2009.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel y James A. GRAHAM. “El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana”. En: *Limaarbitration*, N° 2, 2007.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel y James A. GRAHAM. “*Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*”. México Ed. Limusa, 2009.

PÉREZ-ROSAS PONS, Juan José. “Enemigos íntimos: Código Procesal Civil vs. Ley General de Arbitraje, a propósito del debido proceso”. En: *Ponencias del Congreso Internacional de arbitraje 2007*. Palestra Editores.

PETRONE, Aldo. “La doctrina de los actos propios”. En: *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, Tomo D, 1995.

POOLE, Robert W. Jr. “Can Justice be privatized?”. En: *Fiscal Watchdog*, N° 49. Noviembre 1980.

POSNER, Richard A. “*El análisis económico del Derecho*”. Fondo de Cultura Económica, 2da Edición, México.

POSNER, Richard A. “*The Economics of Justice*”. Harvard University Press.

POUDRET, Jean-François y Sébastien BESSON. “*Comparative Law of International Arbitration*”. Sweet & Maxwell Ltd, 2007.

POZNANSKI, Bernard G., “The Nature and Extent of an Arbitrator’s Powers in International Commercial Arbitration”. En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 4, N° 3, 1987.

PRESSER, Stephen B. “*Piercing the corporate veil*” § 1:3, at 1-12 (2004).

PUIG BRUTAU, José. “La Doctrina de los Actos Propios”. En: *Estudios de Derecho Comparado*. Barcelona: Ariel, 1951.

QUIÑONES ALAYZA, María Teresa. “Arbitraje, *ius imperium* y contratos de concesión”. En: *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica, Balance y Perspectivas*, Ara Editores, 2010.

RAMBAUD, Patrick. “L'affaire des ‘Pyramides’: suite et fin”. En: *Annuaire français de droit international*, volume 39, 1993.

RAMSAY, Ian M. y David B. NOAKES. “Piercing the corporate veil in Australia”. En: *Company and securities Law Journal*, 2001.

REDFERN, A. y M. HUNTER. “*Redfern and Hunter on International Arbitration*”. 5th ed. Oxford University Press, 2009.

REINER, Andreas. “*The Form of the Agent's power to sign an Arbitration Agreement and Art II (2) of the New York Convention*”. ICCA Congress Series No 9, 1999.

REISBERG, Steven H. “The rules governing who decides jurisdictional issues: *First options v. Kaplan* revisited”. En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 20 N° 2.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *“Contratos con cláusulas predispuestas”*. Astrea, Buenos Aires, 1987.

RIVAS GUZMÁN, Ramón. “La doctrina de los actos propios y el reglamento interno de la empresa”. En: *Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

RIVERA, Julio César. *“Arbitraje Comercial Internacional y doméstico”*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 100-101.

RIVERA, Julio César. “Interferencias judiciales en el arbitraje”. En: *La Ley*. Tomo 2006-F.

RODRÍGUEZ BRAVO, Sebastián y José Gabriel GONZÁLEZ MARIÑO. *“Análisis económico del arbitraje comercial internacional. Su aplicación en el derecho mercantil colombiano”*. Pontificia Universidad Javeriana, Tesis, Bogotá.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. “El arbitramento y el derecho bancario”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). *“El Contrato de Arbitraje”*. Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, 1ra Ed. 2005.

ROMERO HERRERO, Francisco. “El arbitraje de consumo en la defensa del consumidor-turista”. En: *Anuario de Justicia Alternativa*. N° 4, 2003.

ROMERO SEGUEL, Alejandro y José Ignacio DÍAZ VILLALOBOS. “El arbitraje interno y comercial internacional”. LexisNexis, 2007

ROMERO SEGUEL, Alejandro. “El acto propio en materia arbitral: Algunos límites probatorios para su aplicación”. En: *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 18, Universidad de los Andes, 2010.

RUBINS, Noah. “Arbitration agreements and non-signatories”. En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*. SOTO COAGUILA, Carlos (Ed.). Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, 2009.

RUBIO CORREA, Marcial. “Reformas al Título Preliminar”. En: *Propuestas de reforma al Código Civil*”, Separata especial del diario oficial El Peruano, publicada el 11 de abril de 2006.

RUBIO GUERRERO, Róger. “Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”. En: *Themis*, Revista de Derecho, N° 53, Publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.

SABROSO MINAYA, Rita. “La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 161, Febrero 2012, Ed. Gaceta Jurídica.

SANCHEZ BRAVO, Guillermo. “La eficacia del arbitraje internacional y el nebuloso control judicial de los convenios arbitrales en el Perú, ¿quién controla al controlador?”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 4 (2007).

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. “*Principios de Derecho Mercantil*”. Thomson – Arazandi, 11va Edición.

SANDERS, Pieter (ed). “*Yearbook Commercial Arbitration 1985 - Volume X*”. Kluwer Law International 1985.

SANDERS, Pieter. “*Quo vadis arbitration?: Sixty years of arbitration practice: a comparative study*”. Kluwer Law International, 1999.

SANDROCK, Otto. “Arbitration between U.S. and West German companies: An example of effective dispute resolution in international business transactions”. En: *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, Volume 9, issue 1.

SANDROCK, Otto. “‘Intra’ and ‘Extra-Entity’ agreements to arbitrate and their extension to non-signatories under German Law”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 19, N° 5, 2002.

SANDROCK, Otto. “*Arbitration Agreements and Groups of Companies*”. En: http://tldb.unikoeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=116200&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=914000

SANDROCK, Otto. “Extension of Intra-Group Arbitration Agreements to New Non-Signatory Members”. En: *Enforcement of arbitration agreements and International Arbitral Awards*. The New York Convention in Practice. GAILLARD, Emmanuel y DI PIETRO, domenico (Eds). Cameron May. 2009.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, Nº 8, 2009.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral”. En: *Ius et Veritas*, Nº 37, Lima, 2009.

SANTOS BELANDRO, Rubén. “Arbitraje comercial internacional”. Colección Estudios Jurídicos Oxford University Press. México, 3ra Edición, 2000.

SARAF M. “Who is a party to an Arbitration Agreement – Case of the Non-Signatory, Institucional Arbitration in Asia”. Collection of Papers from ICC-SIAC. Symposium, Singapore, 18-19 de febrero 2005.

SCHINDLER, Patrick y Simrem DESAI. “Compulsory consolidation: The next step in International Construction Arbitration”. En: *Dispute Resolution Journal*, Enero 1997.

SCHLÖSSER, Karin A. “Arbitration Clauses in Maritime Contracts and their Binding Effect on Groups of Companies”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 11 No. 4, 1994.

SCHWARTZ, Eric A. “Multi-Party Arbitration and the ICC. In the Wake of Dutco”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 10 No. 3, 1993.

SCOTT RAU Alan. “The Arbitrability Question Itself”. En: *The American Review of International Arbitration*. Vol. 10, Nro 3, 1999.

SCOTT RAU, Alan. “*Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of ‘Consent’*”. En: Law and Economics Research Paper N° 103, University of Texas School of Law, Enero 2008.

SCOTT RAU, Alan. “Separability in the United States Supreme Court”. En: *Public Law and Legal Theory Research Paper N° 102* The university of Texas School of Law.

SENN, Myriam. “*Non-State Regulatory Regimes: Understanding Institutional Transformation*”. Springer, 2011.

SEREC, Fernando Eduardo y Eduardo R. KENT COES. “Arbitration and non signatories”. En: *Vindobona Journal*. N° 14, Marzo 2010.

SHAVELL, Steven. “Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis”.

En: *The Journal of Legal Studies*, Volumen XXIV, Enero 1995.

SHAVELL, Steven. “Contracts”. En: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Volume 1 (A-D), NEWMAN, Peter (Editor), Stockton Press, New York, 1998.

SHEPPARD, Ben H. Jr. “The moth, the light and the United States’ Severability Doctrine. The Decision of the Supreme Court in *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 23, N° 5.

SHERMAN, Jason. “*Injury or deterrence: The end of class-action litigation and its benefit to consumers*”. Harvard Business Law Review Online.

SILVA ROMERO, Eduardo. “Una obligación de no hacer: No someter los litigios a la jurisdicción estatal”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). “*El Contrato de Arbitraje*”. Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, 1ra Ed. 2005.

SILVA ROMERO, Eduardo. “Transmisión y extinción del contrato de arbitraje”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). “*El Contrato de Arbitraje*”. Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, 1ra Ed. 2005.

SILVA ROMERO, Eduardo. “Breves observaciones sobre el principio “Kompetenz-Kompetenz”. En: *“El contrato de Arbitraje”*. Universidad del Rosario, Ed. Legis, 2005.

SILVA ROMERO, Eduardo. “El arbitraje examinado a la Luz del derecho de las obligaciones”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). *“El Contrato de Arbitraje”*. Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, 1ra Ed. 2005.

SILVA ROMERO, Eduardo. “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”. En: *Limaarbitration* N° 4 – 2010/2011.

SOTO COAGUILA, Carlos A. “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”. En: *Vniversitas*, diciembre, N° 106, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2003.

SOTO COAGUILA, Carlos. “El Título Preliminar del Código Civil peruano: ¿Reforma o enmiendas? En: *El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina), Ponencias presentadas en el II Congreso Nacional de Derecho Civil, “Encuentro de las Comisiones de Reforma de los Códigos Civiles de Perú y Argentina”*. Organizado por la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República en la ciudad de Arequipa en agosto de 1999. Ediciones Jurídicas, Tomo I, Lima 2000.

SOTO COAGUILA, Carlos. “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje de 2008”. En:

<http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/Comentarios%20Ley%20de%20Arbitraje%20%20Carlos%20A.%20Soto.pdf>

SOTO COAGUILA, Carlos A. y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ. “Why fix what is not broken?” En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje.

STEINGRUBER, Andrea Marco. “Notion, nature and extent of consent in *International Arbitration*”. Queen Mary University of London. School of International Arbitration. Thesis for the degree of Doctor of Philosophy, London, 2009.

STERNLIGHT, Jean R. “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”. En: *Tulane Law Review*, Vol 72, N° 1, 1997.

STEWART, Hope T. “The equitable estoppel argument for and against commercial arbitration: From *Hughes Masonry Co., Inc., v. Clark County School Building Corp.* to *Northern, LTD. v. R.E. James*”. En: *Commercial Law Journal*; Fall 98, Vol. 103 Issue 3.

STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics*. Volumen 2, 1971.

STIM, Richard. “*Contracts: The essential Business Desk Reference*”. Nolo’s Quick Reference Series, 1st Edition, 2011.

STRONG, S. I. “The sounds of silence: Are U.S. arbitrators creating internationally enforceable awards when ordering class arbitration in cases of contractual silence or ambiguity?”. En: *Michigan Journal of International Law*, Vol. 30.

STRONG, S. I. “Does Class Arbitration ‘change the nature’ of arbitration? *Stolt-Nielsen, AT&T, and a return to first principles*”. En: *Harvard Negotiation Law Review*. Vol. 17, Spring 2012.

SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 2, Universidad Sergio Arboleda: Comité Colombiano de Arbitraje - Legis, Enero – Junio, 2005.

SUAREZ ANZORENA, Ignacio. “Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión”. En: *Limaarbitration* N° 1, 2006.

SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. “Introducción a los requisitos rationae materiae y rationae personae del arbitraje bajo el convenio del CIADI”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, 2006.

SUAREZ ANZORENA, Ignacio. “Acumulación de arbitrajes en la esfera internacional: Tensiones y problemas”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 4, Ed. Magna, Lima 2007.

TALERO RUEDA, Santiago. “La eficacia del pacto arbitral en los negocios internacionales. Alcances del Artículo II.3 de la Convención de Nueva York”. En: *Revista de Derecho* N° 38, Universidad de los Andes, Junio de 2007.

TALERO RUEDA, Santiago. “Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”. En: *Lima Arbitration*, N° 4, 2010-2011.

THOMAS, Aubrey L. “Nonsignatories in arbitration: A good-faith analysis”. En: *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 14, 2010.

TOWNSEND, John M. “Non-signatories in International Arbitration: An American Perspective”. En: *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ICCA Congress Series N° 13. Montreal. Van den Berg (ed.), 2007.

ULOTH, J. Douglas y Hamilton RIAL III. “Equitable estoppel as a basis for compelling nonsignatories to arbitrate – A bridge too far?” En: *Review of Litigation*. Summer 2002, Vol. 21 Issue 3.

V.F-E., Klein, “Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d’arbitrage international”. En: *Revue de l’Arbitrage*, 1961.

VALMAÑA OCHAÍTA, María. “La responsabilidad civil derivada del folleto informativo en las ofertas públicas de suscripción y venta de acciones”. Ed. La Ley. Grupo Wolters Kluwer.

VAN HOUTTE, Vera, “Consent to arbitration through agreement to printed contracts: The continental experience”. En: *Arbitration International*. Vol. 16 No. 1, 2000.

VENEGAS FRANCO, Alejandro. “Arbitraje y Derecho de Reaseguros”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador). “*El Contrato de Arbitraje*”. Universidad del Rosario, Ed. Legis, Colombia, 1ra Ed. 2005.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “El convenio arbitral y las normas de procedimiento”. En: *Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*. Palestra Editores, Vol. N° 6.

VIGORITI, Vincenzo. “L’onorario degli arbitri”. En: *Rivista Dell’arbitrato*.
Publicación trimestral, Direttore Elio Fazzalari, Anno XV, N° 1/2005, Giuffrè
Editore.

VINCZE, Andrea. “Arbitration clause: Is it transferred to the assignee?”. En:
Nordic Journal of Commercial Law, N° 1, 2003. Disponible en:
http://www.njcl.fi/1_2003/article4.pdf

VON WOBESER, Claus. “La incorporación por referencia”. En: *Pauta*. Boletín
Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.
C., N° 58, Enero 2009.

VOSER, Nathalie. “Multi-party disputes and joiner of third parties”. ICCA,
Congress 2008, Dublin.

VULLIEMIN, Jean-Marie. “La extensión de la cláusula arbitral a terceros:
¿Cláusula arbitral versus convenio arbitral”. En: *Revista del Club Español del
Arbitraje*, N° 5, Madrid, 2009.

WANG, Margaret. “Are Alternative Dispute Resolution methods superior to
litigation in resolving disputes in International Commerce?” En: *Arbitration
International*. Londres, volumen 16, número 2, 2000.

WARE, Stephen J. “Arbitration Law’s Separability Doctrine after Buckeye
Check Cashing, Inc. v. Cardegna”. En: *Nevada Law Journal*, Vol. 8, 2008.

WETTER, J. Gillis. “A multi-party arbitration scheme for international joint ventures”. En: *Arbitration International*, Vol. 3 No. 1, 1987.

WHITESELL, Anne Marie. “Non-signatories in ICC Arbitration”. En: *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series N° 13*. Montreal. Van den Berg (ed.), 2007.

WHITESELL, Anne Marie y Eduardo SILVA ROMERO. “*Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience*”. En: Special Supplement: Complex Arbitrations: Perspectives on their Procedural Implications, 2003.

WILLIAMSON, Oliver. “*The Economic Institutions of Capitalism*”. New York: The Free Press, 1985.

WOLAVER, Earl. “The historical Background of Commercial Arbitration”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, 1934.

ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. “El Arbitraje y su aparente colisión con algunos principios y derechos de la función jurisdiccional”. En: *Compilación de Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*, Vol. 6. Biblioteca Castillo Freyre, Palestra Editores.