

LECTURA 16:

BULLARD Gonzales, Alfredo
"Extensión del Convenio arbitral"
art. 14. En: Comentarios a la Ley
de peruana de arbitraje.
Coordinadores Carlos Alberto
Soto Coaguila y Alfredo Bullard
Gonzales. Tomo I. Pp. 200-231

bitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo. Por lo tanto, cuando, el operador jurídico se encuentre frente a un convenio arbitral patológico, que contenga la referencia a una institución arbitral inexistente o que ha dejado de funcionar, el convenio arbitral no será ineficaz, sino que por el contrario se respetará la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje y el arbitraje que se inicie será *ad hoc*.

Como lo hemos expresado anteriormente, la nueva LA ha recogido el criterio antiformalista para la regulación del convenio arbitral y otorga mayor predominio a la autonomía privada de las partes, por lo que acorde con este postulado, en los casos de convenios arbitrales patológicos deberá aplicarse el principio de conservación del contrato, manteniendo la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje y subsanando aquello que impide que el convenio arbitral despliegue plenamente sus efectos.

En la actualidad, el arbitraje ha demostrado ser un sistema privado de solución de controversias eficiente (por la rapidez del proceso) y eficaz (los laudos se ejecutan con normalidad). Como es obvio, ninguna obra humana puede ser perfecta, y siempre será perfectible, lo que es un estímulo para mejorar e ir a la par de las necesidades que se van generando en una sociedad en perpetuo movimiento. Ciertamente, podemos afirmar que la nueva LA de 2008 es una buena ley que permitirá continuar con los logros obtenidos por su antecesora de 1996, y para ello es indispensable el concurso de todos los actores del quehacer arbitral (árbitros, abogados y partes), así como de la correcta interpretación que los tribunales judiciales hagan de sus normas. De ese modo, con el trabajo conjunto de todos, se podrá lograr que los principales objetivos de la nueva LA (mantener los éxitos alcanzados en el arbitraje doméstico y extender dichos éxitos al arbitraje internacional posicionando al Perú como sede de dichos arbitrajes) se alcancen y mantengan. Es una ilusión que con creciente satisfacción y gran entusiasmo vemos cristalizar.

≈

Art. 14º.—Extensión del convenio arbitral.

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

determinante en la negociación, 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.

COMENTARIO ⁽³⁶⁶⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sólo participan los invitados a la fiesta: el carácter contractual del convenio arbitral. 3. Los alcances del artículo 14° como herramienta de naturaleza contractual. 4. Elementos para la aplicación del artículo 14°. 4.1. Consentimiento. 4.2. Buena fe. 4.3. Participación activa y determinante. 4.4. Negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato. 4.5. Pretender derivar un beneficio del contrato. 5. Casos de aplicación del artículo 14°. 5.1. Incorporación por referencia. 5.2. Representación y Agencia. 5.3. Estoppel/Equitable Estoppel/Doctrina de actos propios. 5.4. Levantamiento del Velo Societario/Grupos de Sociedades. 5.5. Contrato a favor de tercero. 5.6. Acción oblicua. 5.7. Cesión, novación y subrogación. 6. La aplicación de artículo 14° a arbitrajes extranjeros.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista legislativo el artículo 14° es una novedad a nivel mundial. No existe ninguna otra ley o cuerpo normativo que recoja una norma como la indicada. Sin embargo, no es una absoluta novedad porque los principios contenidos en la norma están recogidos en diversa jurisprudencia arbitral y judicial y en la doctrina, como veremos más adelante.

La exposición de motivos de la Ley de Arbitraje (en adelante LA) vigente es bastante parca y no arroja mayores luces sobre los alcances del artículo, el que es objeto de un comentario conjunto con el artículo 13°. La exposición de motivos señala:

"Artículos 13° y 14°.

Los artículos 13° y 14° son normas de la mayor importancia y que tienen como antecedente directo la reforma del artículo 7° de la Ley Modelo

(366) Por ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ: Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

El autor desea agradecer el valioso apoyo de Pablo Mori en la elaboración del presente trabajo.

UNCITRAL de 2006. Estas nuevas disposiciones permitirán una aplicación más eficiente del acuerdo arbitral, garantizando así el respeto a la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Si bien se ponen algunos límites y requisitos para la validez y vigencia del convenio arbitral, se adopta un esquema más flexible y acorde con el mundo de los negocios, en los que una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio conste por escrito es contraria a las prácticas y usos del comercio.”

Son dos los elementos que se desprenden del comentario de la exposición de motivos. El primero es una referencia a los principios inspiradores de nuestra Ley, y que no son otros que los recogidos en la Ley Modelo UNCITRAL con los aportes de la versión 2006 y que precisamente hace un desarrollo más abierto y da una mayor flexibilidad al convenio arbitral. El segundo elemento, enmarcado en el modelo que le sirve de inspiración, es la intención que toda interpretación del convenio arbitral se haga de manera extensiva, esto es favoreciendo la arbitrabilidad de las controversias.

Ya el artículo 13° de la LA rompe la concepción de un convenio arbitral entendido como sujeto a formalidades estrictas y limitativas. Por el contrario, la norma favorece su vigencia y se aleja de aquellas concepciones que entendían el carácter escrito como una formalidad *ad solemnitatem*, admitiendo la posibilidad de probar la existencia de un acuerdo para arbitrar por medios distintos a la simple prueba escrita⁽³⁶⁷⁾.

El artículo 14°, se enmarca dentro de la misma línea, pero va un paso más allá, y da una base para una interpretación que permita incluir dentro del convenio a personas que, sin haberlo suscrito, han consentido en su contenido.

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

(367) Artículo 13°.- Contenido y forma del convenio arbitral.

[...]

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.”

del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo la luz del principio de buena fe.

Entonces no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación al convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito de validez), sino por hechos diferentes, que deben ser interpretados como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a los que se derivan de la regulación contractual ordinaria.

2. SOLO PARTICIPAN LOS INVITADOS A LA FIESTA: EL CARÁCTER CONTRACTUAL DEL CONVENIO ARBITRAL

Más allá de la discusión interminable, y muchas veces inútil, sobre la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, creemos que el tema debe ser abordado desde una perspectiva práctica.

Incluso para quienes asumen que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, el convenio arbitral es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades dirigido a crear una relación jurídica de naturaleza patrimonial, más allá de si el procedimiento arbitral es o no una jurisdicción. Si bien considero que el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional, y que el respeto que los órganos jurisdiccionales deben darle se deriva justamente de la obligación que existe de respetar lo que las partes acordaron, creo que para la discusión del alcance del artículo 14º el problema de la naturaleza es inexistente. El artículo 14º refleja la naturaleza contractual del convenio, y busca definir diversas formas en que se puede entender que las partes han consentido en el mismo, se aleja, por tanto, de una concepción procesal según la cual se pueden incorporar terceros a un proceso arbitral porque estamos frente a una jurisdicción.

Partiremos entonces que el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos, por el que, de manera voluntaria, las partes someten a particulares —los árbitros— la solución de sus conflictos, comprometiéndose así al cumplimiento de la decisión final que ellos adopten. Así, la regla es que el carácter vinculante del arbitraje y del propio laudo proviene del acuerdo para arbitrar. En ese sentido, el arbitraje es obligatorio porque se trata de un contrato y, por tanto, vincula a las partes que suscriben el convenio.

La doctrina refiere que el arbitraje, "nace de un negocio jurídico, que como tal, *proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral*. Sin embargo, por medio del contrato

de arbitraje *las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra*"⁽³⁶⁸⁾ (énfasis agregado).

Dicho consentimiento voluntario se ve plasmado en la suscripción de un convenio arbitral, el mismo que, como regla general, solo puede ser oponible entre las partes firmantes del mismo, pues son ellas —y solo ellas— quienes dieron su conformidad con tal pacto arbitral. Al respecto, DE TRAZEGNIES ha indicado que:

"Por su origen y por su naturaleza, *el convenio arbitral es un contrato*. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no signatarios. [...] Es en ese sentido que el artículo 1363º del Código Civil prescribe que *los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos*. En consecuencia, en tanto que contrato que *se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad*, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, *no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar*, sea por suscripción o por adhesión (arbitraje estatutario)"⁽³⁶⁹⁾ (énfasis agregado).

Del mismo modo, SUÁREZ ANZORENA indica que "por regla general el arbitraje es una criatura contractual y, como tal, *tiene efectos únicamente entre quienes son partes de la relación jurídica convencional que lo funda y que a la vez lo contiene y limita: el acuerdo arbitral*"⁽³⁷⁰⁾ (énfasis agregado).

Este criterio no es, gracias a la doctrina, la jurisprudencia arbitral y, en nuestro caso, gracias al artículo 14º, absoluto, al menos en los términos expresados. Es por ello que venimos utilizando la expresión "en principio", pues si bien normalmente las partes se someten al arbitraje en ejercicio de su autonomía privada, actualmente existen figuras en las que dicho sometimiento voluntario no requiere una manifestación expresa y por escrito de quién va a ser parte en el mismo, pudiendo una parte quedar vinculada a un convenio que no haya suscrito.

(368) SALCEDO CASTRO, Myriam, *El Contrato de Arbitraje*, Legis Editores S.A., Bogotá, 2005, p. 114.

(369) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje". En: *Revista Ius Et Veritas*, N° 29, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 16.

(370) SUÁREZ ANZORENA, C. 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. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, enero-junio 2005, p. 57.

¿Cuál es el alcance del carácter contractual del convenio arbitral? Si uno visualizara el arbitraje como una fiesta, solo deben asistir a ella las personas que han sido invitadas a la misma, pero sólo en cuanto estas deseen asistir. No es legítimo colarse a la fiesta sin invitación y tampoco es legítimo ser forzado a ir a una fiesta a la que uno no aceptó ir.

El resultado de esta idea son varios principios fundamentales que determinan quién puede ser forzado a ir a un arbitraje y quién no puede ser forzado a permitir la participación de otro en el arbitraje. Estos principios son:

- a. Las partes de un convenio no pueden desobligarse o desvincularse de ir a arbitraje si así lo consintieron. En consecuencia, los invitados que aceptaron asistir, ya no pueden dejar de hacerlo si la fiesta está convocada. Este principio, que no es otro que el de obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*) está protegido por principios como el de inevitabilidad del arbitraje, separabilidad del convenio y el *Kompetenz-Kompetenz*, que se orientan a limitar la creación de obstáculos que impidan que se arbitre.
- b. Un tercero al convenio arbitral no puede ser incorporado a la fiesta, si es que no ha aceptado participar en ella. El tercero podrá entonces oponerse al arbitraje planteando excepciones o defensas previas, o incluso de fondo, por las que sostendrá que los árbitros no son competentes para juzgarlos al no ser parte del convenio.
- c. Un tercero no puede meterse a la fiesta sin el consentimiento de quienes ya están en ella. En ese caso, serán quienes ya están incorporados en el arbitraje los que tendrán que oponerse a la incorporación del tercero, sosteniendo que están contractualmente facultados a rechazar su participación. En ese sentido defenderán la idea de la privacidad del arbitraje, es decir, de que el contrato convoca a las partes y solamente a las partes.

De estos principios se deriva la oponibilidad del laudo a los participantes en el arbitraje, y solamente a ellos. Ello puede significar que incluso partes de un convenio arbitral podrían no verse vinculados por el laudo dictado en un arbitraje derivado de dicho convenio, pero en el que no participaron ni se les dio oportunidad de participar, simplemente porque se habría violado su derecho a defenderse y alegar en el mismo. Pero, también se deriva de ello que quienes no son partes del convenio y por tanto no pueden participar en el arbitraje, tampoco quedarán obligados por los términos del laudo.

Bajo esta idea del convenio como figura contractual, son absolutamente ajenas al arbitraje, y por tanto impertinentes a la discusión,

figuras como la del litisconsorcio, en el que la Ley autoriza la participación de personas distintas a los demandantes y demandados. Esas figuras, de naturaleza procesal, funcionan en una situación en el que el juzgador tiene una competencia abierta y general para juzgar a cualquiera, incluso así no sea parte de un convenio.

Pero el árbitro está en una situación totalmente diferente. Su competencia se deriva de un contrato, de un acuerdo de voluntades, y por tanto sólo vincula a las partes de dicho acuerdo. Su competencia es tan relativa como relativos son los alcances del contrato del que se origina. El principio de relatividad del convenio adquiere así una doble dimensión, porque el contrato no sólo obliga a las partes a cumplir sus obligaciones, sino que limita a ellas el mecanismo de solución de conflictos pactado. El resultado de ello es que un laudo que pretenda obligar a quien no es parte del convenio, o quien siéndolo, no fue parte en un arbitraje, pueda estar viciado de nulidad.

3. LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 14º COMO HERRAMIENTA DE NATURALEZA CONTRACTUAL

El artículo 14º respeta la esencia de los principios enumerados en el numeral anterior, pues respeta el carácter contractual del convenio. Por ello, hay que ser cuidadoso en afirmar que la norma permite incorporar terceros al arbitraje.

Sin embargo, el requisito de voluntariedad, como veremos más adelante, está ligado al principio de buena fe. La voluntad tiene que estar ligada a una conducta leal. La voluntariedad no se determina al momento en que el conflicto surge. De hecho, si una parte se resiste a arbitrar u otra a la incorporación de alguien a un arbitraje, es porque en ese momento no tiene la voluntad de que se arbitre. Pero al igual como ocurre en un contrato, la parte que se resiste a cumplir su obligación de entrega de un bien, carece de la voluntad de ejecutar lo acordado. Lo relevante es ver si de la conducta desarrollada por la parte se puede presumir que existió o debía derivarse en buena fe la voluntad de arbitrar.

Un conjunto de supuestos, no pertinentes al artículo 14º, son los llamados arbitrajes obligatorios y los de adhesión, como aquellos que se presentan en la contratación pública⁽³⁷¹⁾, el arbitraje estatuta-

(371) Figura contemplada en el artículo 53º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de la siguiente manera:

"Artículo 53º.- Solución de controversias.

[...]

53.2 Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, *se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje*, según el acuerdo de las

rio⁽³⁷²⁾, los contratos por adhesión⁽³⁷³⁾ y los arbitrajes testamentarios⁽³⁷⁴⁾. En algunos de estos casos la "invitación" a la fiesta está definida por la Ley o en otros por una definición de una forma particular de consentimiento (la adhesión).

El supuesto que nos interesa para este comentario es (i) a aquellos cuyo consentimiento de someterse al arbitraje se determina por su participación activa en el contrato que comprende o al que está vinculado el convenio; y (ii) a quienes pretenden derivar algún derecho o beneficio del referido contrato⁽³⁷⁵⁾.

En el primer grupo de supuestos, estamos ante figuras que no necesitan ni exigen de suscripción del convenio arbitral por las partes en el arbitraje. Como señala DE TRAZEGNIES, refiriéndose a los primeros supuestos, comentando precisamente algunas de estas figuras, "En es-

partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad. [...]" (énfasis agregado).

(372) Figura contemplada en el artículo 12º de la LGA, de la siguiente manera:

"Artículo 12º.- Arbitraje Estatutario.

Constituyen 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".

(373) Figura contemplada en el artículo 11º de la LGA, de la siguiente manera:

"Artículo 11º.- Convenios arbitrales y relaciones jurídicas estándares.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en Cláusulas Generales de Contratación o Contratos por Adhesión, serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o hayan sido conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria".

(374) Figura contemplada en el artículo 13º de la LGA, de la siguiente manera:

"Artículo 13º.- Arbitraje Testamentario.

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".

(375) **Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral.**

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

tas situaciones, tenemos un *arbitraje entre personas que no suscribieron convenio alguno* y que quizá no hubieran querido estar envueltas en un arbitraje. *Los sucesores simplemente continúan* —quizá contra su voluntad— en la posición de aquel a quien suceden. *Los socios que no firmaron el acuerdo constitutivo* y que ingresan posteriormente a la empresa, *no firmaron tampoco acuerdo alguno*⁽³⁷⁶⁾ (énfasis agregado).

El problema aquí es uno distinto. Tiene más que ver con formas de expresar la voluntad de arbitrar y de los que potenciales invitados a la fiesta o anfitriones renuentes a permitir la entrada de otros invitados, no deberían poder escapar sin estar vulnerando la buena fe con la que deberían actuar.

Cuando uno atiende a la naturaleza contractual del arbitraje y la compara con el carácter jurisdiccional de la competencia del juez ordinario, encuentra la dificultad principal que se enfrenta al querer incorporar a cualquiera a un arbitraje. Como refiere CAIVANO, “en los tribunales judiciales es generalmente posible incorporar al proceso a múltiples partes y acumular o consolidar varios procedimientos entre las mismas partes. *En el arbitraje, en cambio, la multiplicidad de partes en una o varias relaciones jurídicas vinculadas o la multiplicidad de relaciones jurídicas aún entre dos únicas partes plantean importantes dificultades. En buena medida, esas dificultades se presentan porque, a diferencia de la jurisdicción estatal, de fuente legal y obligatoria, la arbitral es de base contractual* y depende de la existencia de una voluntad inequívoca de todas las partes de someterse a la decisión de los árbitros”⁽³⁷⁷⁾ (énfasis agregado).

Por la naturaleza contractual del arbitraje no es posible acudir a mecanismo como los usados en los Códigos Procesales que admiten la participación de terceros cuyos intereses puedan verse afectados por la sentencia. Como decíamos, la idea de litisconsortes es ajena y extraña al arbitraje a pesar que no es extraño ver que se invoca y, más preocupante aún, ver que se admite por ciertos tribunales arbitrales que, al hacerlo, podrían estar viciando su laudo de nulidad.

Pero, a su vez, la Ley tenía que plantear una solución consistente a la naturaleza del arbitraje. Como señala DE TRAZEGNIES “*si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas,*

(376) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”. En: *Revista Ius Et Veritas*, N° 29, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 21.

(377) CAIVANO, Roque J., “Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 4, Magna Ediciones, Lima, 2007, p. 67.

excluyendo a los terceros involucrados pero no signatarios, puede ir perdiendo efectividad —y por tanto utilidad— como medio de resolución de conflictos en un mundo cada vez más complejo, donde las controversias nacen dentro de una red entrelazada de relaciones directas e indirectas”⁽³⁷⁸⁾ (énfasis agregado).

DE TRAZEGNIES más adelante agrega que, *“si bien el arbitraje surge de un contrato privado, no puede olvidarse que el árbitro es siempre juez y que, por consiguiente, tiene ante todo un compromiso primordial con la posibilidad de llegar a una solución justa dentro de una controversia dada”⁽³⁷⁹⁾ (énfasis agregado).*

Si bien no compartimos plenamente parte de la aproximación de DE TRAZEGNIES, en el extremo en que parecería sugerir que el árbitro podría incorporar a terceros por ser un juzgador, si plantea que si el Derecho no aborda el problema y encuentra una solución adecuada, la eficacia del arbitraje estaría seriamente en juego.

Por ello, la LA no buscó la solución en figuras procesales ajenas que no se basan en el carácter contractual del mismo. Lo que se buscó es, en consistencia con lo que la jurisprudencia ya venía desarrollando, resolver el problema contractualmente, mediante una mejor definición de que se puede entender por consentimiento. En esa línea, no es intención del artículo 14º autorizar a traer a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no es posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar que no firma el mismo. A quien se trae al arbitraje y se hace extensivo los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte no signataria. Ello, recién reconocido por la nueva LA, estaba ya ampliamente reconocido en la doctrina y en la práctica arbitral.

Por ello, la norma, en su primera parte, se basa en dos conceptos centrales: (1) derivar el consentimiento, y (2) principio de buena fe. Si no es posible derivar un consentimiento la primera parte del artículo no es aplicable y no se puede incorporar a la persona al arbitraje. Y para interpretar el consentimiento se debe hacer bajo la lógica de la buena fe. La segunda parte añade un concepto, que es pretender derivar un beneficio de un contrato. En realidad de ese hecho también se deriva un consentimiento, pues quien desea acceder al beneficio debe presumirse que está dispuesto a sujetarse a los límites y obligaciones que ese beneficio significa, incluido el tener que acudir a un arbitraje.

(378) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, *op. cit.*, p. 20.

(379) *Ibid.*

Así, por ejemplo, si una empresa de un grupo económico transfiere a otra empresa del mismo grupo, un activo importante para defraudar una deuda derivada de un contrato sujeto a un convenio arbitral, puede derivarse de la intención de defraudar de la empresa que recibe el bien estaba tratando de evadir los efectos de una relación jurídico obligatoria. Su simple conducta y el consentir a la defraudación, implica, en buena fe, reconocer que debe quedar vinculada por los efectos de sus actos. Así, esa empresa debe entenderse como parte en un arbitraje, porque conscientemente contribuyó a evadir los efectos del contrato y del convenio arbitral a él vinculado. El consentimiento se deriva no de su intención declarada de someterse a arbitraje, sino de su intención de contribuir conscientemente a tratar de sustraer al obligado de las consecuencias del arbitraje que conocía.

Nótese que con ello la LA está estableciendo algunos principios de formación de consentimiento diferentes a los recogidos en las reglas de arbitraje ordinarias. Puede derivar el consentimiento sin que haya en estricto una oferta y una aceptación en términos convencionalmente aceptados. Está autorizando, con el uso de la buena fe, que por medios de conductas u omisiones, pueda inferirse un consentimiento, incluso en supuestos en que dicha conducta no tenga carácter recepticio, es decir no se haya formulado para ser dirigida a las otras partes del convenio arbitral. En esa línea el artículo 14° debe ser entendido como una regulación que describe formas distintas de formar un consentimiento.

Algo similar se deriva del segundo supuesto contemplado en el actual artículo 14° del LA, referido a que el convenio arbitral se extiende a quienes pretendan derivar beneficios del contrato. En ese caso tampoco hay, en estricto, una intención de someterse a arbitraje bajo los moldes convencionales, pero sí una voluntad que en buena fe conduce a que la parte quede vinculada por el convenio. Por ejemplo, si el beneficiario de un seguro, en el supuesto que fuese diferente al asegurado, pretende, para reclamar su indemnización, recurrir al Poder Judicial y no al arbitraje pactado en el contrato de seguro, su conducta no es consistente con la buena fe. Si bien no suscribió la cláusula arbitral, pretende derivar un beneficio de un contrato sujeto por las partes a arbitraje. En buena fe no puede acogerse su voluntad de desvincularse de una consecuencia a la que las partes que suscribieron el contrato que le concede el beneficio, quisieron someterse. Consentir al beneficio concedido significa aceptarlo con todas sus consecuencias, las deseadas y las no deseadas. Y ello incluye la consecuencia de arbitrar.

Volteando la figura, lo mismo se aplica a la empresa de seguros que pretenda negarse a arbitrar sosteniendo que el beneficiario del seguro no suscribió la póliza y que, por tanto, no es parte tampoco del con-

venio arbitral. Si bien en estricto no suscribió un convenio con dicha parte, sí sabía que un beneficiario podía solicitar los derechos que generaba el contrato. Por tanto, debe entenderse que, en buena fe, aceptó arbitrar no sólo con su contraparte, sino con cualquiera que solicitara recibir el beneficio del contrato. Por supuesto que la empresa de seguro podrá negarse a arbitrar si del contrato se deriva un acuerdo expreso e indubitable de que el convenio arbitral no es extensible a beneficiarios. Pero de no decirse nada en contra, puede derivarse, en buena fe, la voluntad de arbitrar.

Como señala SUÁREZ ANZORENA, si bien en principio el arbitraje es una figura contractual “sin embargo, *la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifica, en aras de proteger el universal principio de la buena fe*”⁽³⁸⁰⁾ (énfasis agregado).

En la misma línea los profesores ALAN REDFERN y MARTIN HUNTER, junto con NIGEL BLACKABY y CONSTANTINE PRATASIDES han sostenido que la exigencia de un acuerdo firmado y por escrito no excluye la posibilidad de que el mismo alcance también a no signatarios. En efecto, señalan lo siguiente:

“b) terceros respecto del acuerdo arbitral

El consentimiento de las partes es un requisito previo del arbitraje. *Dicho consentimiento se instrumenta mediante el acuerdo arbitral que por lo general, como se analizó anteriormente, se celebra por escrito y está firmado por las partes. Sin embargo, la exigencia de que exista un acuerdo firmado y celebrado por escrito no excluye por completo la posibilidad que un acuerdo arbitral celebrado en forma adecuada entre dos o más partes obligue también a terceros*”⁽³⁸¹⁾ (énfasis agregado).

CAIVANO inclusive señala que “*puede decirse sin exagerar que, en abstracto, no hay dudas acerca de la posibilidad de incorporar al juicio arbitral a quien no ha sido firmante de la cláusula arbitral: el solo*

(380) SUÁREZ ANZORENA, C. 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, Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, enero-junio 2005, ps. 57/58.

(381) REDFERN, Alan; Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. 4ta Edición en Español, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2007, p. 240.

hecho de no ser firmante directo del acuerdo no implica que no pueda verse obligado por sus efectos"⁽³⁸²⁾ (énfasis agregado).

Sin embargo, deja claro "que *tampoco puede predicarse*, en sentido opuesto, *que la extensión de las consecuencias del acuerdo arbitral a terceros pueda hacerse de manera automática ni que esta conclusión pueda ser universalmente aplicada*"⁽³⁸³⁾ (énfasis agregado).

Finalmente, CAIVANO indica 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'"⁽³⁸⁴⁾ (énfasis agregado).

4. ELEMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14º

En esa línea consideramos que el artículo 14º puede servir de base, por su estructura, para la incorporación de los principales supuestos, recogidos en la jurisprudencia y en la doctrina, para la incorporación de partes no signatarias al contrato. Estos elementos son:

4.1 Consentimiento

Como ya se indicó el artículo 14º no persigue la incorporación al arbitraje de personas que no han consentido al mismo. Es justamente lo contrario. Persigue determinar qué supuestos pueden ser entendidos como forma de consentimiento a arbitrar, incluso en casos en que el consentimiento no se ajuste a los requisitos requeridos en la legislación contractual común para el perfeccionamiento de un contrato. Durante la discusión del artículo 14º se buscaron identificar supuestos de hecho en que podía entenderse que tal consentimiento podría existir. La Comisión que elaboró el proyecto desistió de tal forma de regular el problema cuando advirtió que era muy difícil contemplar con claridad todos los supuestos posibles. Por eso, cambió la perspectiva y prefirió usar una cláusula general, de texto abierto, para que el intérprete la llenara de contenido. En otras palabras, dejó un texto que permite al intérprete del convenio arbitral definir qué puede enten-

(382) *Ibíd.*

(383) CAIVANO, Roque J., "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario". En: <http://www.limaarbitration.net/roque_j_caivano.pdf>. Consulta: 24 de agosto de 2009.

(384) CAIVANO, Roque J., "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario", *op. cit.*

derse como "consentir". De esta manera, el artículo se enmarca dentro de la tendencia de la jurisprudencia y la doctrina, que se orienta precisamente a buscar cómo la persona pudo consentir, así no haya firmado el convenio o incluso no haya participado necesariamente en su celebración.

4.2. Buena Fe

El artículo acude en ayuda del intérprete y le indica que la interpretación sobre la existencia de consentimiento debe hacerse según las reglas de la buena fe. Con ello se evitó tener que hacer una enumeración exhaustiva de supuestos, quedando una norma general, donde el estándar de lealtad se convierte en un mecanismo de interpretación. De hecho, el término buena fe fue incorporado al final de la redacción, literalmente el día anterior al envío del proyecto para su aprobación. En la discusión interna en la Comisión se indicó que la buena fe puede servir para cubrir cualquier olvido o vacío que la norma pudiera dejar pero la realidad pudiera demandar. Ello hace la norma permeable a nuevas situaciones o prácticas comerciales que, con el tiempo, puedan ser relevantes para derivar el consentimiento.

4.3. Participación Activa y Determinante

El consentimiento no se deriva de cualquier participación. Actos de mera asesoría o de apoyo no pueden tener como consecuencia ser considerados como formas de consentir. No es cualquier participación. Es una participación de tal naturaleza que de ella se derive una relevancia significativa en los hechos o asuntos que terminan siendo objeto de arbitraje. La conducta debe generar la sensación clara que sería injusto e inadecuado dejar a la persona fuera del arbitraje, y que permitir evadir sus consecuencias sería consentir en una conducta fraudulenta. Por ejemplo, si la subsidiaria fue la que ejecutó las obligaciones asumidas por la principal, que era la que había firmado el convenio, la primera queda sometida al convenio porque sin su participación el contrato no se habría ejecutado.

4.4. Negociación, Celebración, Ejecución y Terminación del Contrato

No sólo la conducta debe ser relevante, sino vinculada al contenido contractual. No es una conducta satelital al contrato, sino referida al contrato mismo. Los casos de ejecución parecen los más claros. Si la parte que se pretende traer a arbitraje ejecutó en parte o en el total de las obligaciones, podrá ser traída al arbitraje. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA, en una conferencia dictada en Lima a propósito de la entra-

da en vigencia de la LA⁽³⁸⁵⁾, señaló que tenía dudas sobre la inclusión del supuesto de participación en la celebración. Decía que una matriz que negocia un contrato y luego decide usar un vehículo societario distinto (una subsidiaria local) precisamente porque no quiere asumir la responsabilidad del contrato, podría ver afectada su intención si luego, por el mérito del artículo 14°, puede ser traída al arbitraje. Si bien puede ser una preocupación atendible, lo cierto es que ello debe ser mirado desde la perspectiva de la buena fe. Si del contexto de la negociación se deriva que esa fue la intención, el Tribunal Arbitral no debería admitir la incorporación. Y en todo caso, el riesgo puede ser minimizado con una adecuada redacción del convenio arbitral señalando expresamente en el mismo que éste no puede ser expandido a empresas diferentes a la que lo suscribe.

4.5. Pretender Derivar un Beneficio del Contrato

Como ya se analizó antes, la segunda parte del artículo 14° permite incluir en el arbitraje a aquel que pretenda derivar un beneficio del contrato. Un ejemplo muy claro es el del contrato a favor de tercero. En ese caso, el beneficiario que pretenda exigir el beneficio contractual estará sujeto al arbitraje pues, en buena fe, no podría solicitar una parte de lo acordado (aquello que lo beneficia) sin asumir las cargas y obligaciones que sean necesarias para exigir su derecho. Situación similar se dará en el caso de la cesión de derechos o de la cesión de posición contractual. En esos casos no podrá usarse la separabilidad del convenio arbitral para alegar que el mismo no es exigible o incorpora al cesionario. El que en la sesión no se haya hecho mención a que ésta incorpora el convenio arbitral, no es argumento para sustraerse a los alcances de la obligación de arbitrar.

5. CASOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14°

Como se puede ver, dada la cantidad de supuestos a los que el artículo 14° resultaría aplicable, no es nuestra intención abordar la imposible tarea de cubrirlos en este comentario. Por ello, comentaremos cuáles consideramos pueden ser los casos más comunes, sin con ello pretender limitar la aplicación del artículo cuyo texto abierto permitirá posiblemente cubrir muchas más situaciones.

Uno de los casos en que con mayor precisión se han definido los posibles supuestos de expansión del convenio a no signatarios es el

(385) Seminario sobre la Nueva ley de Arbitraje de Perú. Centro de Arbitraje de Amcham, Lima. Septiembre, 2008.

caso *Thomson*⁽³⁸⁶⁾. Si bien la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito denegó la pretensión de la demandante de extender la demanda arbitral a Thomson-CSF S.A., adquirente de la sociedad que había suscrito el contrato con la cláusula arbitral (Redifussion Simulation Ltd), dicha Corte aprovechó la oportunidad y sistematizó los supuestos en que los efectos de un convenio arbitral pueden alcanzar a un no signatario:

“(a) Si esa parte es firmante de un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida en el otro contrato. [...] (b) Si su conducta indica que está aceptando someterse a arbitraje (c) [...] Si existe, entre el firmante y el no-firmante, una relación de representación o agencia; (d) Si la relación entre la matriz y su subsidiaria es suficientemente cercana como para justificar que se corra el velo societario (Penetración del velo societario); (e) Si quien alega no estar alcanzado por la cláusula arbitral tuvo previamente una conducta contradictoria con esa alegación (Estoppel)”⁽³⁸⁷⁾.

Por su parte, BAGOT y HENDERSON señalan que “tradicionalmente, existen cinco teorías del derecho de contratos que constituyen *excepciones a la obligación de suscripción del convenio arbitral*. Estas excepciones son principios del derecho contractual del common law, y específicamente incluyen: (1) agencia (2) estoppel (3) *alter ego / levantamiento del velo* (4) incorporación por referencia, y (5) *asunción*”⁽³⁸⁸⁾ (énfasis agregado).

Por su parte SUÁREZ ANZORENA, en la exposición que realizó en Lima comentando la nueva Ley antes citada⁽³⁸⁹⁾ hizo incluso una enumeración más amplia, aunque entendemos que varios de los supuestos están comprendidos bajo algunos de los rubros antes citados. Su

(386) Caso *Evans & Sutherland Computer Corporation c. Thomson - CSF S.A.*, adquirente de la sociedad que había suscrito el contrato con la cláusula arbitral (Redifusión Simulation Ltd.).

La referencia al caso en cuestión la encontramos en: CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *op. cit.*, p. 129.

(387) CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *op. cit.*, p. 130.

(388) Traducción libre del siguiente texto:

“Traditionally, there are five theories of agency and contract law that constitute exceptions to the signature requirement. The exceptions are common law principles of agency and contract, and specifically include: (1) agency (2) estoppel (3) alter ego/veil piercing (4) incorporation by reference, and (5) assumption”.

Texto en: BAGOT JR. Michael H. y Dana A. HENDERSON, *Not party, not bound? Not necessarily: Binding third parties to maritime arbitration*, en: *Tulane Maritime Law Journal*, Vol. 26, 2002, p. 436.

(389) Seminario sobre la Nueva Ley de Arbitraje de Perú, Centro de Arbitraje de Amcham, Lima, septiembre, 2008.

enumeración incluye (1) incorporación por referencia (2) asunción de la obligación de arbitrar (3) representación o agencia (4) descorrimiento velo alter ego / grupo de sociedades (5) *Estoppel/Equitable Estoppel* (6) cesión de contrato (7) novación (8) Sucesión por operación legal (por ejemplo casos de insolvencia) (9) subrogación, y (10) tercero beneficiario.

No vamos a analizar todos los supuestos, sino los que consideramos más importantes. Pondremos algún énfasis y dedicaremos algo más de espacio en el más interesante, vinculado a los grupos de empresas y levantamiento del velo societario. En todos los casos que analicemos veremos el tema tanto desde la perspectiva del no signatario que pretende ser traído al arbitraje, como del anfitrión de la fiesta, es decir el signatario que pretende evitar la entrada de un supuesto no invitado.

5.1. Incorporación por Referencia

Este supuesto es recogido doctrinaria y jurisprudencialmente como un supuesto de incorporación de partes no signatarias del convenio arbitral. Cubre el supuesto que una parte queda vinculada a un convenio arbitral, así no lo haya suscrito, si el contrato que ha celebrado hace referencia a dicho convenio de manera que pueda derivarse la intención de quedar sujeto al mismo.

Sin embargo, en la LA éste no es un supuesto de aplicación del artículo 14° porque está expresamente regulado en el numeral 6 de artículo 13° de la misma Ley, y que es objeto de un comentario distinto⁽³⁹⁰⁾.

5.2. Representación y Agencia

Un primer caso de aplicación es la incorporación al arbitraje del agente o representante de una empresa que sí ha firmado el convenio arbitral. Por ejemplo una empresa extranjera utiliza como representante comercial o agente a una empresa local, la que supuestamente actúa para concretar la venta pero desarrolla una actividad que va más allá de esos alcances. Por ejemplo, pasa a ejecutar directamente las obligaciones del contrato (sin estar formalmente obligada a ello) llegando en ocasiones a facturar directamente por la ejecución de las

(390) Artículo 13°.- *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".

prestaciones a cargo de la empresa extranjera. Luego, cuando surge la controversia, el agente se niega a arbitrar sosteniendo que él no es parte en el contrato ni en el convenio arbitral.

Otro alcance es el caso de la empresa que es autorizada por otra a usar sus marcas o imagen comercial y en base a dicho uso, autorizado y apoyado abiertamente por la empresa principal, consigue clientes. Si bien formalmente sólo la franquiciada o agente comercial suscribe los contratos, en los hechos hay una participación activa de la titular de las marcas y la imagen comercial. En esos casos la principal podría ser incorporada al arbitraje.

En los casos reseñados no parecería necesaria la existencia de vinculación de propiedad (accionariado) entre las empresas, siendo suficiente su participación activa del agente principal o de la empresa franquiciante, en su caso.

Desde otra perspectiva el cliente tampoco podría negarse a la participación del agente o representante que gestionó directamente la ejecución del contrato y que no suscribe el convenio arbitral, si consintió y aceptó dicha gestión. Imaginemos que luego de ejecutada la entrega de las prestaciones, el cliente se niega a pagar y la empresa extranjera que firmó efectivamente el contrato pero que dejó que el agente lo ejecutara, tampoco reclama el pago. El agente podría usar la cláusula arbitral para reclamar el cumplimiento de la obligación o incluso participar en el arbitraje en el que la empresa extranjera y el cliente discuten, por ejemplo, la nulidad o el adecuado cumplimiento de las prestaciones ejecutadas.

5.3. *Estoppel/Equitable Estoppel/Doctrina de Actos Propios*

Si la conducta de una parte genera la legítima expectativa en la otra que está dispuesta a arbitrar, entonces quedará sujeto a la obligación de hacerlo. Ésta es una simple derivación de la doctrina conocida en el *common law* o en derecho internacional como *estoppel*, o en los ordenamientos de origen romano germánico, como Doctrina de los Actos Propios.

El caso más obvio es el de una empresa que admite participar en un arbitraje a pesar de no ser signataria del convenio, y luego pretende excepcionar su participación en otro arbitraje bajo la misma cláusula arbitral alegando que no la ha firmado. La contradicción con su conducta anterior no le permite excepcionar, pues finalmente consintió que estaba dispuesta a arbitrar.

Pero hay casos más problemáticos. La empresa que con su conducta acepta que está obligada por los términos de un contrato al ejecu-

tarlo y luego pretende oponerse al convenio arbitral contenido en ese mismo contrato.

Podríamos decir que la propia redacción del artículo 14° refleja su clara inspiración en esta doctrina. De hecho, la redacción final parece relajar todos los elementos exigidos para su aplicación. Así el artículo se refiere a una conducta determinante en alguna etapa de la vida del contrato y que cuyo actor pretende luego contradecir negándose a aceptar los términos del convenio arbitral al que dicho contrato está sujeto o ligado.

Y no es extraño entonces que el artículo 14° hable de la buena fe, que es el fundamento en nuestro sistema para la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Según la Doctrina de los Actos Propios no es legítimo desconocer con la mano izquierda lo que hace con la derecha. Ello ocurre solo cuando (1) la mano derecha y la izquierda pertenecen al mismo centro de imputación (identidad de sujetos); (2) lo que la mano derecha ha hecho anteriormente permite derivar con claridad que la mano izquierda se encuentra obligada posteriormente a conducirse de la misma manera (carácter vinculante de la conducta original); y (3) efectivamente la mano izquierda está haciendo algo incompatible con lo que hizo la mano derecha (contradicción entre la conducta original y la conducta posterior).

En el caso de la extensión del convenio arbitral podríamos decir que la obligación de arbitrar surge cuando la mano derecha se ha comportado aceptando las consecuencias del contrato y luego la mano izquierda pretende negar el carácter vinculante del convenio arbitral referido al contrato que la mano derecha aceptó.

La Doctrina de los Actos Propios busca fomentar que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano. De esta manera, sanciona a las personas que se comportan contradictoriamente quitándoles la posibilidad de reclamar derechos que en un primer momento sí hubieran podido reclamar.

El fundamento es que la mayoría de personas actúan, en base al principio de buena fe, confiando en los demás. Por lo tanto, si alguien actúa de tal manera que su conducta aparenta que no reclamará un derecho, no puede luego hacer valer ese derecho contra quien confió en tal apariencia. Se trata pues de una norma de buena conducta, basada en la buena fe. Pero su aplicación significa el nacimiento de una sólida confianza en la conducta futura del agente, basado en indicadores claros que le den carácter vinculante a la conducta originaria. A ello se refiere el artículo 14° cuando exige una participación activa

y determinante en la celebración, ejecución o terminación del contrato.

AUGUSTO MORELLO, al definir la Doctrina de los Actos Propios, señala⁽³⁹¹⁾:

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

Son muchos los autores que se expresan en términos similares⁽³⁹²⁾.

El problema relevante se presenta en relación a dos conductas (una anterior y otra posterior) que pueden entrar en contradicción. Los tres requisitos básicos son entonces que:

- a. Existe una conducta original, que por su naturaleza, circunstancia y características genera una confianza en la otra parte que, bajo el principio de buena fe, indica con claridad que se ha generado un vínculo (obligación) de seguir comportándose de la misma manera. Así, si ha dado a entender que se encuentra vinculado por el contrato, la contraparte puede derivar que se encuentra también vinculado por el convenio.
- b. Existe una conducta posterior que entra en contradicción con la anterior. Así, la negativa a arbitrar entra en contradicción con la conducta que muestra a la parte como vinculado por el contrato.
- c. Ambas conductas son desarrolladas por el mismo centro de imputación, es decir por el no signatario.

(391) MORELLO, Augusto. *Dinámica del Contrato. Enfoques*, Buenos Aires, Librería Editorial Platense, 1985, p. 59.

(392) Por ejemplo EMILIO BETTI (citado por DIEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 245) señala “La buena fe, hemos dicho varias veces, implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever” (énfasis agregado). LBHMANN (citado por DIEZ PICAZO, *Op. cit.*, p. 245) indica que “La necesidad de coherencia del comportamiento limita los derechos subjetivos y las facultades del sujeto, que solo pueden ser ejercitadas en la medida en que éste ejercicio sea coherente o compatible, no contradictorio, con el comportamiento anterior”. ALSINA ATIENZA (citado por BORDA, *Teoría de los Actos Propios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 41) indica que la doctrina “Se reduce a que, quien, mediante cierta conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquel mantendrá su comportamiento en lo sucesivo, deberá, sí, mantenerlo efectivamente, aunque en su fuero interno hubiere abrigado otro propósito en realidad”.

Es importante; sin embargo, aclarar que la doctrina no se aplica sólo al no signatario, sino a la parte signataria, que habiendo aceptado la participación de la no signataria, pretende negar que esta última solicite arbitraje.

En síntesis, si los requisitos señalados se cumplen durante la ejecución de un contrato, y generan la expectativa razonable que la parte se sujetará a arbitraje, entonces deberá entenderse que la parte está vinculada a la obligación de arbitrar.

5.4. Levantamiento del Velo Societario/Grupos de Sociedades

Este supuesto es uno de los que el artículo 14° abre la puerta con mayor novedad y es uno de los más interesantes, pero a su vez uno de los más problemáticos. Por su naturaleza y complejidad, le prestaremos especial atención en este comentario.

El levantamiento del velo societario en el contexto de la existencia de un convenio arbitral plantea un doble problema, lo que hace aún más complicada la aplicación de esta teoría. A diferencia de un caso judicial en la que el juez enfrenta un importante pero único reto de relativizar el principio de responsabilidad limitada, en el caso de que exista una cláusula arbitral, la propia competencia del árbitro depende del levantamiento. El árbitro tiene que declararse competente para juzgar a una empresa o persona que no ha suscrito el documento del cual deriva su competencia.

A ello se le añade el problema que, al inicio del arbitraje, aún no se han actuado las pruebas, con lo que es difícil saber si corresponde o no levantar el velo. Por eso, los árbitros suelen verse forzados a tomar la decisión de asumir provisionalmente competencia hasta poder determinar en el laudo si existe o no los elementos para levantar el velo. En ese momento recién está claro que es competente y que puede relativizar el principio de responsabilidad limitada. No son pues casos fáciles bajo ningún punto de vista.

Este tipo de casos han generado una interesante pero a su vez poco precisa jurisprudencia en el campo arbitral, siendo la jurisprudencia francesa la pionera en la extensión de la cláusula arbitral a los no signatarios, conformantes del mismo grupo económico. Precisamente el caso francés *Dow Chemical (Dow Chemical France vs. Isover Saint Gobain)* constituye la doctrina principal en lo que a esta teoría se refiere⁽³⁹³⁾.

(393) La referencia al caso en cuestión la encontramos en REDFERN, Alan; Martín HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, op. cit., p. 241; en CAIVANO, Roque J., "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido

Si bien dicho caso trató de la inclusión de empresas subsidiarias —no signatarias de un convenio arbitral— en la parte *demandante*, se trata del caso más emblemático y a partir del cual la doctrina en cuestión ha sido utilizada y extendida en numerosos casos de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) “no solo para expandir el universo de demandantes, sino para expandir el universo de los demandados”⁽³⁹⁴⁾.

En dicho caso, la controversia tuvo origen en dos contratos idénticos que vinculaban a Dow Chemical AG (Suiza) y Dow Chemical Europe con Isover Saint Gobain. En la parte pertinente, los contratos establecían que las controversias que surgieran respecto de ellos se someterían a las reglas de arbitraje de la CCI.

Como consecuencia de crecientes discordancias entre las partes, tanto las empresas Dow Chemical Suiza y Europe, como la subsidiaria Dow Chemical Francia e inclusive la matriz Dow Chemical Estados Unidos, iniciaron un procedimiento arbitral contra Isover Saint Gobain. Sin embargo, esta última solicitó la exclusión de la subsidiaria de Francia y la matriz de Estados Unidos, alegando que no eran partes del acuerdo arbitral. No obstante, al analizar las circunstancias en las que se había celebrado el contrato principal, el Tribunal Arbitral determinó que se había demostrado que Dow Chemical Company (USA) era el eje central de la relación contractual finalmente establecida entre ciertas entidades del grupo y los distribuidores.

En ese sentido, atendiendo a los principios de “unidad y realidad económica” el Tribunal entendió que el grupo de empresas constituía “una única realidad económica” (*une réalité économique unique*) que debía tomar en consideración el tribunal arbitral al determinar que tenía competencia sobre todas las partes designadas. En tal sentido, el Tribunal Arbitral expresamente manifestó que “*la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debería obligar a las otras sociedades que, por su rol en la celebración, el cumplimiento o la extinción de los contratos en los que se insertan dichas cláusulas, y de conformidad con la voluntad común de todas las partes involucradas en el proceso, parecen haber sido auténticas partes de dichos contratos o haber sido principalmente afectadas por ellos y*

signatario”, *op. cit.*, p. 125; en: SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, *op. cit.*, p. 61; en: *Collection of papers presented at ICC International Court of Arbitration & Singapore International Arbitration Centre Symposium on Institutional Arbitration in Asia, 18-19 February, 2005*, Singapore, ps. 10/11; entre otros.

(394) SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, *op. cit.*, p. 62.

por las controversias a las que pueden dar origen”⁽³⁹⁵⁾ (énfasis agregado). En otras palabras, y en el lenguaje del artículo 14º, las sociedades del grupo habían tenido una participación activa y de maneras determinante, en la negociación, celebración, ejecución o terminación de los contratos.

Posteriormente, el caso llegó a la Corte de Apelación de París la que se negó a anular la decisión del referido Tribunal Arbitral, sosteniendo que aún no habiendo suscrito las terceras empresas el convenio arbitral, por encontrarse ante una única voluntad común, el mismo sí les resultaba aplicable. En efecto, la Corte de París señaló:

“siguiendo una interpretación autónoma de los acuerdos y documentos intercambiados al momento de su negociación y celebración, los árbitros decidieron, por motivos pertinentes y coherentes y en función de la voluntad común de todas las empresas involucradas, que Dow Chemical France y The Dow Chemical Company (USA) *revestían el carácter de partes de dichos acuerdos aunque de hecho no los hubieran suscrito, y que por ende la cláusula compromisoria también a ellas les resultaba aplicable*”⁽³⁹⁶⁾ (énfasis agregado).

Como se ve la Corte, en la línea de nuestra LA, plantea para resolver el caso que debe distinguirse el concepto de parte del concepto de signatarios. Se puede no haber firmado el convenio y aún así mantenerse como parte.

Posteriormente, otras decisiones de la ICC han ido desarrollando esta teoría, enfocando la misma hacia la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias —en calidad de demandados— dada la voluntad fraudulenta con la que fueron creadas. Así, en el caso No. 5103 de la ICC, se utilizó dicha teoría, con el fin de proteger la seguridad de las relaciones comerciales:

“Las tres sociedades demandantes, luego de la conclusión, ejecución, incumplimiento y renegociación de la relación contractual mantenidas con las demandadas, aparecen, según la voluntad común de las partes, al proceso como verdaderas partes en la totalidad de los contratos. Este análisis se apoya, tanto en forma como en fondo, en una marcada y aprobada tendencia de la jurisprudencia arbitral favorable al reconocimiento, en tales circunstancias, de la unidad del grupo [...]. *La seguridad de las relaciones comerciales internacionales exige que sea tenida en cuenta esta realidad económica y que todas las sociedades del grupo sean tenidas*

(395) En: REDFERN, Alan; Martín HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, op. cit., p. 241.

(396) REDFERN, Alan; Martín HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, op. cit., p. 241.

como responsables solidarias de las deudas de las que se beneficiaron directa o indirectamente en este caso"⁽³⁹⁷⁾ (énfasis agregado).

Más adelante, en el caso Nº 5721 se reiteró el mismo concepto:

"En resumen, la pertenencia de dos sociedades a un mismo grupo o el dominio de un accionista no pueden ser entendidas, por ellas solas, como razones suficientes que justifiquen de pleno derecho el levantamiento del velo societario. Sin embargo, cuando una sociedad o una persona natural aparece en el centro de las relaciones contractuales vinculadas a un caso particular, conviene examinar con detenimiento si la independencia de las partes no debe ser, excepcionalmente, descartada en favor de un juicio global. Tal excepción será aceptada cuando aparezca una confusión originada por el grupo o por el accionista mayoritario"⁽³⁹⁸⁾ (énfasis agregado).

La figura indicada puede presentarse no sólo cuando la vinculación es abierta y evidente, sino también cuando una empresa, suscriptora de un convenio arbitral, forma otras terceras empresas de "fachada", con el objeto de escapar tanto de sus compromisos contractuales,

(397) Traducción libre del siguiente texto:

"Les trois sociétés demandereses, lors de la conclusion, l'exécution, l'inexécution et la renégociation de relations contractuelles entretenues avec (les défenderesses), apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à l'ensemble des contrats. Cette analyse s'appuie, dans sa lettre et dans son esprit, sur une tendance remarquée et approuvée de la jurisprudence arbitrale favorable à la reconnaissance, dans de telles circonstances, de l'unité du groupe [...]. La sécurité des relations commerciales internationales exige qu'il soit tenu compte de cette réalité économique et que toutes les sociétés du groupe soient tenues ensemble et solidairement responsables des dettes dont elles ont directement ou indirectement profité à cette occasion."

ICC matter no. 5103, award of 1988. Citada en: SANDROCK, Otto, "Arbitration Agreements and Groups of Companies". En: <http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=116200&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=914000>. Consulta: 24 de agosto de 2009.

(398) Traducción libre del siguiente texto:

"En résumé, l'appartenance de deux sociétés à un même groupe ou la domination d'un actionnaire ne sont jamais, à elles seules, des raisons suffisantes justifiant de plein droit la levée du voile social. Cependant, lorsque une société ou une personne individuelle apparaît comme étant le pivot des rapports contractuels intervenus dans une affaire particulière, il convient d'examiner avec soin si l'indépendance des parties ne doit pas, exceptionnellement, être écartée au profit d'un jugement global. On acceptera une telle exception lorsque apparaît une confusion entretenue par le groupe ou l'actionnaire majoritaire."

ICC matter no. 5721, award of 1990. Citada en: SANDROCK Otto, "Arbitration Agreements and Groups of Companies". En: <http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=116200&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=914000>. Consulta: 24 de agosto de 2009.

como del alcance del convenio arbitral, determinando ello una clara voluntad de fraude, que no puede ser aceptada por el ordenamiento.

Así, más complicada es la situación en que la vinculación no es abierta ni conocida, sino que es ocultada por medio del uso de testaferreros. Sobre el particular, la profesora española HILDA AGUILAR GRIEDER ha manifestado, en relación a los procesos arbitrales, que *“la interposición de una persona, con la finalidad de escapar a los compromisos asumidos, o de quedar ilegalmente en la sombra, es un procedimiento fraudulento, que en ningún caso ha de merecer el amparo de los árbitros o de los jueces estatales”*⁽³⁹⁹⁾ (énfasis agregado).

En la misma línea DE TRAZEGNIES, comentando a SANDROCK señala:

“Como lo describe muy gráficamente el Profesor SANDROCK, “Estas teorías sobre el descorrimiento del velo societario o sobre las conductas alter ego, pueden ser aplicadas también a situaciones en las que un convenio arbitral ha sido suscrito por una compañía como un alter ego respecto de alguien parapetado detrás del escudo de la personalidad jurídica de la compañía signataria. Ese cerebro oculto detrás de la personalidad jurídica de la signataria puede ser una persona natural u otra compañía. En esos casos, la compañía signataria aparece solo como un strawman [...] (en español, diríamos “testaferro”) que cubre al cerebro de la operación, el cuál opera detrás del escudo de su subsidiaria, por ejemplo, puede ser una persona natural o una compañía que controla una empresa con una o varias subsidiarias a las que utiliza como su “santuario refugio” (save haven) para guardar en ellas toda o una parte substancial de la propiedad o activo del negocio, en perjuicio de los accionistas minoritarios de la holding”⁽⁴⁰⁰⁾ (énfasis agregado)

No podemos concluir; sin embargo, que la aplicación de la doctrina en cuestión no puede realizarse de manera generalizada y sin limitaciones. Por el contrario, de la lectura y análisis de la doctrina y jurisprudencia citada, consideramos que deben comprobarse principalmente dos requisitos: (i) Un elemento que denominaremos objetivo, esto es, la presencia de empresas vinculadas que formen parte de un *mismo grupo económico*; y (ii) Un segundo elemento que denominaremos subjetivo, representado por una *voluntad de fraude común* a todas dichas empresas. De cumplirse estos requisitos, como veremos, es posible aplicar el artículo 14º, pues puede derivarse una participa-

(399) AGUILAR GRIEDER, Hilda, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2001, p. 325.

(400) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, *op. cit.*, p. 17.

ción en la ejecución del contrato (o más concretamente para buscar la no ejecución del mismo) que en buena fe no debe permitir que el vinculado se proteja en el hecho de no haber suscrito el convenio arbitral frustrado simultáneamente el arbitraje y la propia ejecución del contrato. Como ya dijimos el levantamiento del velo, en concordancia con el artículo 14º, no es un acto de encontrar un tercero al cual traer al arbitraje, sino descubrir a una verdadera parte que se oculta bajo formalidades jurídicas.

El primer objetivo que debe verificarse es la eventual relación entre las empresas o sociedades emplazadas, en el sentido que entre ellas exista una vinculación tal que, detrás de cada empresa, finalmente se encuentre la misma, oculta en aparentes personalidades diferentes. Sin embargo, ello no es suficiente y se debe demostrar también que detrás de dicho vínculo o dicha formación de empresas distintas existió una única voluntad fraudulenta con el fin de perjudicar a sus acreedores. Es esa misma voluntad fraudulenta la que consintió en su momento en arbitrar el caso y, por tanto, convierte en parte a todas aquellas entidades que actúan bajo esa voluntad.

Dichos elementos son claramente descritos por la doctrina, que al respecto ha señalado lo siguiente:

“Doctrina del ‘Grupo de Empresas’

[...] *Adicionalmente a los requisitos de “una realidad económica única” y “el ejercicio de un control absoluto sobre las empresas subsidiarias”, se tiene que debe existir un elemento de intención de “mala fe” o fraude contra una norma legal.*

[...] Las Cortes generalmente van detrás de la personalidad jurídica de una empresa y se dirigen contra los miembros individuales de la misma, o ignoran la personalidad autónoma de cada empresa, *en favor de “la unidad económica constituida por un grupo de empresas asociadas”*⁽⁴⁰¹⁾ (énfasis agregado).

(401) Traducción libre del siguiente texto:

“Group of Companies’ doctrine.

[...] *Generally speaking, in addition to the requirements of ‘one and the same economic reality’ and ‘exercise of absolute power over its subsidiaries’, there has to be an element of fraud or “malafide” intention to defeat a statute or law.*

[...] *Courts usually go behind the corporate personality to the individual members or ignore the separate personality to the individual members or ignore the separate personality of each company in favor of the “economic entity constituted by a group of associated companies”.*

Texto En: *Collection of papers presented at ICC International Court of Arbitration & Singapore International Arbitration Centre Symposium on Institutional Arbitration in Asia 18-19 February.* Singapore, 2005, p. 28.

En el mismo sentido, LAMM también lo confirma:

"A. Una parte que no ha firmado un convenio arbitral puede ser obligado a participar en un proceso arbitral.

1. Perforamiento del Velo Societario/Alter Ego

Las Cortes y Tribunales de EE.UU. ponderan qué nivel de afinidad entre la empresa matriz y sus subsidiarias justifica el 'perforamiento del velo societario' y así considerar a una empresa responsable, legal y contablemente, por la acciones de otra. *Aunque la relación matriz/subsidiaria, considerada aisladamente, no es suficiente para obligar o permitir a un no-signatario a arbitrar, las Cortes y Tribunales de EE.UU. han perforado el velo societario cuando una empresa matriz domina y controla totalmente a sus subsidiarias con el propósito de cometer un fraude o cualquier otra ilegalidad. Por tanto, una empresa no-signataria que es considerada el alter ego de una empresa afín, la cual sí firmó un convenio arbitral, puede ser incluida en un proceso arbitral que trate sobre demandas contra su alter ego [...]*⁽⁴⁰²⁾ (énfasis agregado).

DE TRAZEGNIES señala que "es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada, la que justifica el rasgado del velo societario. Dentro de ese orden de ideas, *una parte no suscriptora debe ser sometida a la obligación de arbitrar cuando la otra parte pretende razonablemente que su conducta ha sido fraudulenta con el objeto de confundir a la parte demandante o de colaborar en eludir la responsabilidad de la demandada suscriptora frente a esa demandante en ma-*

(402) Traducción libre del siguiente texto:

"A. A related Party That Has Not Signed an Agreement to Arbitrate May Be Compelled or Permitted to Participate in an Arbitration.

1.- Piercing the Corporate Veil / Alter Ego.

Tribunals and U.S. courts consider whether the level of intimacy of a corporate relationship between a parent and its subsidiary justifies 'piercing the corporate veil' and holding one corporation legally accountable for the actions of the other. *Although the parent/subsidiary relationship alone is insufficient to obligate or permit a non-signatory to arbitrate a dispute, both U.S. courts and tribunals have pierced the corporate veil when a parent dominates and completely controls the subsidiary or in order to prevent fraud or other wrongdoing. Thus, a non-signatory corporation that is held to be the alter ego of an affiliate company that signed an arbitration agreement may be required to participate in an arbitral proceeding involving claims against its alter ego. [...]*"

Texto en: LAMM, Carolyn B. y Joselyn A. AQUA, "Defining the party — who is a proper party in an international arbitration before the American arbitration association and other international institutions". En: *The Geo Wash Int'l L. Rev.*, Volumen 34, 2002-2003, ps. 723/723.

teria de la identidad o del status de la obligada por la operación que es materia de la controversia"⁽⁴⁰³⁾ (énfasis agregado).

Finalmente resta señalar que, dada dicha voluntad fraudulenta y teniendo en cuenta que se entiende que todas las empresas formantes del grupo son en realidad *alter ego* de una de ellas o de todas a la vez, la consecuencia de ello es que se desestime la responsabilidad limitada de cada sociedad —puesto que en realidad forman parte, bajo el principio de buena fe, y dada la realidad económica, de una única entidad— y por el contrario todas ellas asuman solidariamente las obligaciones de todas.

En ese sentido es perfectamente posible, si se cumplen los elementos objetivos y subjetivos analizados, que una empresa o persona pueda ser incluida, bajo el artículo 14°, como demandante o demandada en un arbitraje bajo la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario.

5.5. Contrato a Favor de Tercero

Es perfectamente legítimo que las partes que celebren un contrato a favor de un tercero, sea bajo el artículo 1437° del Código Civil, o bajo alguna otra modalidad, pacten arbitraje. Pero la pregunta es cuál sería la consecuencia de que el beneficiario del contrato, que no lo ha suscrito, y por tanto tampoco ha suscrito el convenio arbitral, pudiera invocar o ser obligado a ir a arbitraje.

El artículo 14° da, en el marco legal peruano, una respuesta clara a ese problema. En el grado en que el beneficiario pretenda ejercer o preservar el beneficio que el contrato a favor de tercero le concede, quedará sujeto a arbitraje. En ese sentido, para efectos arbitrales, el pretender el ejercicio del derecho o beneficio concedido por el contrato, le da la naturaleza de parte en el convenio arbitral, así la legislación civil lo trate como un tercero al contrato. Por otro lado las partes, concientes de que existe un tercero que para efectos arbitrales es una potencial parte, deben en buena fe admitir que este se presente y pueda arbitrar cualquier controversia que surja en relación al contrato celebrado.

El caso más claro es el del contrato de seguro, ya analizado líneas arriba, en el que el beneficiario de la póliza, en caso a ser distinto al asegurado que suscribió el convenio arbitral, queda obligado a arbitrar si pretende exigir a la compañía aseguradora, el pago de un sinies-

(403) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje", *op. cit.*, p. 19.

tro. Y la compañía aseguradora deberá aceptar someterse a arbitraje con el beneficiario así este no haya suscrito el convenio arbitral, porque sabía por la cobertura concedida que ese beneficiario podía exigir derechos o beneficios bajo un contrato sujeto a arbitraje.

La regla del artículo 14° es clara y tiene una redacción que se presta a una interpretación extensiva, al señalar que el convenio arbitral se extiende también a quien pretenda derivar *derechos o beneficios* del mismo. 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 arbitral.

Sin embargo otro problema surge sobre qué debe entenderse por *pretendan derivar*. Si estamos ante un contrato a favor de tercero, el artículo 1458° establece que el derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Pero según dicha norma es necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso del derecho. Esta muy claro que si pretende cobrar el beneficio, tendrá que someterse a arbitraje. Pero ¿qué pasaría si el estipulante demanda la nulidad del contrato cuando el beneficiario aún no ha manifestado su aceptación y por tanto nada nos indica que pretenda derivar el derecho o beneficio a su favor. Si bien parecería que de no haber comunicado su aceptación no ha pretendido ejercer el derecho o beneficio y, por tanto, se podría sostener que no ha consentido en el arbitraje, parece que en buena fe lo que corresponde es que se le cite al arbitraje para que exprese si quiere defenderse o no en el mismo, a fin de preservar un derecho que ya existe según la ley así él no haya querido ejercerlo aún.

5.6. Acción Oblicua

Sin embargo, no siempre el beneficio que se pretende derivar de un contrato proviene de un contrato a favor de tercero. Podríamos estar en el caso de la acción oblicua, contemplada en el inciso 4 del artículo 1219° del Código Civil, que faculta al acreedor a ejercer, en vía de acción o de defensa, los derechos de su deudor.

Asumamos que A le debe a B y B le debe a C. C podría ejercer las acciones de cobranza que B tiene contra A de acuerdo al artículo 1219°. La pregunta es si en el contrato del que se deriva la deuda de A a B existe un convenio arbitral ¿puede C acudir a arbitraje por más que no ha suscrito ni el contrato ni el convenio arbitral? Y de ser así ¿está obligado A a aceptar arbitrar con C con quien no ha firmado convenio arbitral alguno, pues su convenio se limita a vincular a A con B?

La respuesta a esas preguntas no es fácil. Sin embargo, es más sencillo sostener que C podrá ser forzado a ir a arbitraje con A (y con citación a B como lo indica el propio artículo 1219º). Finalmente la situación cae dentro del artículo 14º de la LGA, pues C pretende derivar un beneficio o ejercer un derecho contemplado en el contrato entre A y B, y de acuerdo a los términos del mismo. Pero no es tan claro si A puede ser forzado a arbitrar con C, si C lo demanda ante un tribunal arbitral, pues él solo había consentido arbitrar con B, no con C. Siempre se podrá decir, sin embargo, que quien contrae una obligación sabe que está sujeto a la posibilidad de poder ser demandado por los acreedores de su acreedor, y si tiene una cláusula arbitral, que cualquier acreedor podría hacer uso de la misma. Si bien la situación no es del todo clara y corresponderá a la jurisprudencia definir los alcances con los que se interpretará el artículo 14º en estos casos, nos inclinamos a que tal demanda es posible porque estamos frente a una obligación que, en su origen, las partes querían arbitrar. En todo caso, si las partes querían que sólo se arbitrara entre ellas, podrán así indicarlo en el propio convenio, pacto que a nuestro entender es perfectamente válido y recomendable para quien no quiere encontrarse en tal situación bajo el artículo 14º.

Por supuesto que de este tipo de casos surgen infinidad de preguntas que por razones de espacio no podemos abordar. Por ejemplo ¿a quién corresponderá nombrar al árbitro en caso que se demande arbitralmente a A? ¿Debe ser B o C o los dos de común acuerdo? Sin duda el artículo 14º ha abierto muchas posibilidades, pero también nos trae muchos problemas nuevos.

5.7. Cesión, Novación y Subrogación

Finalmente, vamos a abordar los problemas derivados de diversos mecanismos de sustitución de deudores o acreedores en contratos. Los supuestos son varios: novación subjetiva, cesión de derechos o de crédito, cesión de posición contractual o subrogación legal o convencional.

Uno podría encajar estos problemas tanto en la primera parte como en la segunda parte del artículo 14º. 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 14º y con ello un no signatario podría en-

trar al arbitraje, aunque siempre teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada situación.

El caso más claro es la cesión de posición contractual, donde todos los que intervienen aceptan el cambio de partes y no se ajustaría a la buena fe que alguno tratará de rechazar luego la aplicación del convenio arbitral, salvo, claro está, que no lo hubiera conocido o podido conocer. Algo similar se podría decir en la novación convencional. En estos casos no parece lógico invocar la separabilidad del convenio arbitral sosteniendo que se cedió el contrato pero no el convenio. La separabilidad del convenio es un mecanismo de protección del mismo, no un mecanismo para mediatizar sus alcances. Y en eso creemos que el espíritu del artículo 14° es bastante claro.

Más complicado es el caso de la cesión de derechos o de créditos o la subrogación. Del lado del cesionario, creemos que el mismo, en tanto haya podido por la operación conocer el convenio, está obligado a respetarlo. Y en el caso del cedido, dado que el crédito original estaba sometido a arbitraje y sabía que por ley o convenio tal cesión o subrogación podría ocurrir, parece lógico presumir que también debe respetar el convenio arbitral. En todo caso los pactos arbitrales podrán limitar esa posibilidad, pero como en casos anteriores consideramos que la interpretación debe ser a favor del arbitraje. De hecho una regla distinta permitiría conductas dirigidas a mediatizar el pacto arbitral por la vía de realizar cesiones de créditos o de derechos a fin de sus- traerse a la competencia de los árbitros.

La intención del artículo 14° ha sido ampliar la *cancha* del arbitraje y darle al convenio arbitral mayor eficacia. Es bajo ese espíritu que creemos el artículo debe ser interpretado. Pero sin duda será la jurisprudencia arbitral y judicial la que finalmente definirá los alcances en este tipo de situaciones.

6. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14° A ARBITRAJES EXTRANJEROS

Si bien el tema es objeto de otro comentario, creemos importante hacer una muy breve referencia a lo que establece el artículo 1°, numeral 2 de la LA, en cuanto a la aplicación del artículo 14° a arbitrajes extranjeros.

Dentro de la estructura monista de la Ley, es muy claro que el artículo 14° se aplica tanto para arbitrajes domésticos como a arbitrajes internacionales, entendiendo por estos últimos aquellos casos en el que el lugar de arbitraje sea el Perú de acuerdo al artículo 5° y, por tanto, sea aplicable la LA.

La regla general es entonces que la LA no se aplica a arbitrajes extranjeros, que son aquellos cuyo lugar de arbitraje sea distinto al Perú y, por tanto, no se aplique la LA peruana. En esos casos será, de ordinario, aplicable la Ley arbitral del lugar del arbitraje.

Sin embargo, el artículo 14° se encuentra entre los pocos casos en que el artículo 1° de la LA considera aplicable algunas de sus normas a arbitrajes extranjeros. Evidentemente ello no significa que los tribunales arbitrales que resuelvan casos en lugares distintos (como Buenos Aires o Miami) tengan que aplicar la LA peruana para definir el alcance del convenio arbitral.

La inclusión del artículo 14° sólo tiene por objeto que los principios en él incluidos sean relevantes en caso de reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros en el Perú. En esos casos las Cortes peruanas no podrán dejar de reconocer un laudo que condena a una parte no signataria, si el laudo ha aplicado principios consistentes con el artículo 14°. En ese sentido la LA ha querido que las ventajas sobre extensión del convenio arbitral (nótese que también se incluye el artículo 13° de la LA entre las normas aplicables a arbitrajes extranjeros) que reconoce a los laudos nacionales o internacionales sujetos a su texto se extiendan a laudos dictados bajo leyes distintas, en cuanto tengan que ser reconocidos y/o ejecutados en el Perú. Con ello nuestra Ley se enmarca entre las más modernas existentes, al extender su flexibilidad también a laudos que no se dictan dentro de su ámbito.



Art. 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 este 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