



Segunda entrega

La ampliación del límite subjetivo del convenio arbitral

Juan Monroy Gálvez



“La justicia es como la serpiente, solo muerde a los descalzos” (Arzobispo Oscar Arnulfo Romero, a quien Juan Pablo II no le dio audiencia por ‘comunista’. Abandonado a su suerte por la superioridad, fue asesinado en El Salvador unas semanas después, mientras oficiaba misa).

1. Arbitraje y jurisdicción en la historia. 2. Jurisdicción y arbitraje actualmente. 2.1. Algunas diferencias entre el arbitraje y la jurisdicción. 3. Apuntes sobre el convenio arbitral. 4. Límite objetivo y subjetivo del convenio arbitral. 5. La ampliación del límite subjetivo del convenio arbitral. 6. Algunos conceptos procesales básicos referidos a la materia investigada. 6.1. Distinción entre partes y sujetos procesales. 6.2. La acumulación y sus fines. 6.3. El juez dirige, el árbitro administra. 6.4. El sujeto procesal no signatario. 7. El primer párrafo del artículo 14 del Decreto Legislativo 1071. 8. El límite subjetivo del convenio en el derecho comparado. 8.1. La consolidación de arbitrajes. 8.2. El *vouching-in* en el arbitraje. 9. La llamada doctrina del “grupo de sociedades”. El caso de los contratos coligados. 10. El segundo párrafo del artículo 14 del Decreto Legislativo 1071. 11. Una afirmación original de Alfredo Bullard. 12. Dos *leading cases* contradictorios. 13. La presunta génesis del artículo 14 del Decreto Legislativo 1071. 14. El artículo 8 del Reglamento y Estatuto de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. 15. Algunas conclusiones.

1. Arbitraje y jurisdicción en la historia

Admitiendo al derecho romano como punto de partida del derecho occidental –no obstante la mala conciencia de desdeñar por ignorancia o ligereza los aportes de las culturas jurídicas orientales¹–, encontramos que el arbitraje aparece antes que el proceso judicial como técnica de resolución de conflictos y, obviamente, antes que la jurisdicción como función estatal. En

* Este trabajo fue inicialmente publicado en *Derecho y Proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*. Barcelona: Atelier, 2018, T. II, pp. 1595.

¹ Cfr. MONATERI, P.G. y SAMUEL, Groffrey. *La invención del derecho privado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes – Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2006; Bernal, Martín. *Black Athena. The Afroasiatic Roots of Classical Civilization*. New Jersey: Rutgers University Press, 1987; y PARRA, José Miguel. *La historia empieza en Egipto*. Barcelona: Crítica, 2017.

los dos primeros periodos del proceso en Roma –*Legis Actionis* y el Formulario-, la actuación del Pretor consistió en conducir a las partes a la identificación del conflicto y a la designación de un tercero (*arbiter*) que se encargara de dirigir el procedimiento y luego resolverlo. Entonces, en el panorama del derecho occidental el arbitraje precede a la jurisdicción.

Apreciando el escenario actual, que el arbitraje haya reaparecido a fines del siglo XX tiene su historia particular. El revolucionario francés de 1789 lo consideró una alternativa idónea. Prueba de lo afirmado es que la Constitución de 1793, fruto maduro de la Ilustración, dispuso que no podía ser limitado por ninguna ley². Esta renovada relevancia determinó que el Código de Procedimiento Civil francés de 1807 lo regulara en un libro entero y el italiano de 1865 lo hiciera en su título preliminar. Son datos que revelan su importancia, aunque no es trivial dejar constancia que, en el caso francés, una razón importante para privilegiar el arbitraje fue el profundo desprecio que los revolucionarios sentían por los jueces del Antiguo Régimen. Sin embargo, es obvio que no fueron las regulaciones descritas las que determinaron su auge actual.

En el siglo XIX la solución de conflictos con relevancia jurídica fue asumida exclusivamente por el Estado. Sin embargo, algunos hechos destacables ocurrieron a comienzo del siglo XX. La Segunda Revolución Industrial iniciada en el último tercio del siglo XIX, y la toma de conciencia por las mayorías de que podían defender sus derechos ante un juez –el descubrimiento de su derecho a la tutela jurisdiccional-, determinaron que el sistema judicial quedara, en pocas décadas, sobrepasado por la demanda de justicia.

En tal contexto, se consideró que un auxilio para resolver tal disfunción era el arbitraje, así como otros medios alternativos de resolución de conflictos. A pesar de lo descrito, el arbitraje –sea por sus costos o por la complejidad que encierra su constitución y administración- no alcanzó la difusión que parecía iba a tener, por lo que siguió siendo uno de los tantos medios alternativos a la judicatura.

Sin embargo, en el último tercio del siglo XX las nuevas necesidades de la sociedad postindustrial requerían un sistema de solución de conflictos que asegure o que, por lo menos, no afecte la rapidez, certeza y circulación continua de los bienes y servicios. A partir de tal exigencia, consecuente con el auge del liberalismo económico (Neoliberalismo lo llamamos en esta parte de América), es que el arbitraje ha recuperado y potenciado su importancia. Una relevancia que continúa residiendo dentro de su natural ámbito de influencia -los grandes negocios trasnacionales, las fusiones, etcétera-, en tanto no ha afectado al proceso judicial como fenómeno de masas. Tal vez porque intrínsecamente esto no es un negocio al descubierto, como sí lo es el arbitraje.

El arbitraje, teóricamente por lo menos, es considerado el medio idóneo para evitar las dilaciones o la falta de predecibilidad en la decisión de los conflictos con contenido patrimonial, defeciones típicas del procedimiento judicial que tanto afectan la vorágine del mercado. Lo descrito se explica, por otro lado, en que buena parte del funcionamiento del capitalismo monopólico se asienta en el cálculo de probabilidades, es decir, en la predecibilidad de la respuesta a los intereses económicos en juego. Para compensar esa cuota de azar, las relaciones de producción capitalistas necesitan un sistema de solución de conflictos cuya mora no afecte la

² Constitución francesa de 1793

“Artículo 5. El derecho de los ciudadanos a terminar definitivamente sus disputas recurriendo al arbitraje no puede recibir ninguna limitación de los actos del Poder Legislativo.”

planificación de la producción y la circulación masiva de los bienes y servicios. En tal contexto, es evidente que las decisiones no pueden depender del criterio jurídico, el sentimiento (sentencia viene de *sentire*) o la concepción axiológica de los jueces.

La actuación de un sistema judicial, entonces, entraña un riesgo que no puede ser soportado por un sistema económico que se justifica en la necesidad de convertir todo (tiempo, actividad o inactividad) en utilidad. Para ello resulta imprescindible contar con órganos de decisión neutros que regulen los costos, la duración del proceso y, sobre todo, que resuelvan lo previsible sin que interese, significativamente, si la decisión desconoce o afecta valores.

Esta es la gran ventaja del arbitraje, es intrínsecamente idóneo a los intereses que sirve. Le otorga a la dinámica del mercado lo que sus agentes necesitan: la reproducción de las relaciones económicas de manera rauda y sin escrúpulos morales que la retarden. Apreciado lo descrito desde la óptica judicial, lo afirmado se convierte en la justificación de por qué el juez ha sido expulsado del paraíso del poder económico, es decir, por qué los conflictos de los grupos con relevancia económica se resuelven en arbitraje y no en el Judicial.

Puede parecer una curiosidad que el arbitraje haya dejado de ser relevante en las constituciones del siglo XX, como lo fue en las de comienzo del XIX, sin embargo la explicación es sencilla: ya no fue necesario. En efecto, el auge de la teoría de la división de poderes fue el acicate para que en los países del occidente europeo y en sus antiguas colonias –nos referimos puntualmente al ámbito sudamericano- la burguesía asumiera el control del Ejecutivo. Una vez afincado este dominio –tanto el Legislativo como el Judicial pasaron a ser ámbitos de ejercicio de su poder- se convirtió en excepcional cualquier interés político en reivindicar los derechos de la mayoría. Esta es la razón por la cual, en pleno siglo XXI, la división de poderes se mantiene como regla formal de gobierno en las constituciones contemporáneas, aunque en la práctica el Legislativo, por ejemplo, haya sido desplazado de su función por la actividad administrativa del Ejecutivo³.

Más allá de lo expresado, una razón adicional para el auge actual del arbitraje es el fracaso del sistema estatal de solución de conflictos. Cuando el Estado se desinteresa por las consecuencias que, inexorablemente, va a producir el hecho constante y creciente de que el número de procesos iniciados en un año es mayor al número de los que concluyen en el mismo plazo, el arbitraje, algún otro medio alternativo de solución de conflictos o la violencia social recuperan su importancia. Veamos ahora a la jurisdicción y el arbitraje pero despojados de sus antecedentes.

2. Jurisdicción y arbitraje actualmente

Los Estados han asumido el poder-deber de otorgar, con plena exclusividad, tutela jurisdiccional a toda persona que la solicite apenas hace un poco más de dos siglos⁴. A este fin, no

³ La actividad legislativa del Ejecutivo es abrumadoramente mayor que la realizada por el Legislativo. Este, desplazado de su actividad natural, ha asumido a plenitud una función que era complementaria, la fiscalizadora, la cual, entonces, se ha convertido en un excelente pretexto para mantenerse ocupado y ejercer una cuota de poder surgida de la advertencia, la amenaza o el amedrentamiento.

⁴ La experiencia procedural romana previa a Justiniano fue absolutamente privada. La actuación del Pretor, que antes describimos, no surgía del mandato de un órgano central sino de una petición privada. Tiempo después se le empezó a llamar pública, pero en ningún caso consistió en una manifestación propia de una organización de gobierno en ejercicio de una función. Lo dicho es válido también para las

es admitida ninguna condición, teóricamente por lo menos. Sea que el peticionante viva regularmente en su territorio o que no; que participe de la creencia religiosa mayoritaria o que no; que crea en el sistema político vigente o que no; que comparta o resista la orientación política del gobierno en ejercicio o que no, etcétera.

Precisamente el tránsito científico de los estudios sobre la materia consistió en advertir que, detrás o más allá de las formas del procedimiento, había un caudal de conocimiento sobre la conducta a seguir por las partes y los jueces, el cual exigía un análisis jurídico de mejor calidad que el simple estudio memorístico de las formas regladas. Es así como los estudios procesales adquieren autonomía y, además, trascienden el estudio del procedimiento judicial propiamente dicho pasando, con el tiempo, a regular todas las actuaciones del Estado. Así, la elaboración de una ley impone seguir un procedimiento legislativo y es también como, en considerable medida, actúa la Administración.

Entonces, por extensión, el procedimiento alcanza a cualquier otra actividad estatal que discurre en el tiempo y sirva para tomar una decisión. Sin embargo, donde más se nota es en la actividad administrativa que tiene como función específica la resolución de conflictos. Por cierto, el procedimiento sirva también para la actividad destinada a resolver controversias o conflictos de intereses en sede privada. Ahora, siendo la función jurisdiccional –como ya se anotó– exclusiva del Estado, el concepto “proceso” queda reservado para describir su función de garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico. Hasta podría decirse que “proceso judicial” es un pleonasmo⁵.

Prueba de la trascendencia de la función, ergo, del proceso, es que las decisiones de los otros subsistemas que resuelven conflictos administrativos pueden ser revisadas, con vocación de definitividad por los órganos jurisdiccionales a través de un proceso. Por ejemplo, puede haber una institución estatal dedicada a regular la competencia del mercado y, también, a sancionar la competencia desleal. La decisión administrativa que expida este órgano puede soportar un control jurisdiccional de la legalidad de lo resuelto y aun de su mérito o contenido. Esta actuación ratifica la exclusividad de la función estatal a la cual nos referímos y, también, apreciada desde la vera de quien la recibe, constituye una garantía constitucional de que toda decisión, si el interesado lo desea, puede ser revisada por los órganos especializados de impartición de justicia.

Forzando una síntesis, afirmamos que una parte importante del ordenamiento jurídico está conformado por las reglas de juego de los participantes en un conflicto institucionalizado. Estas reglas son las que determinan, por ejemplo, quien es el juez que va a conducir y resolver el caso, los grados por los que va a discurrir el procedimiento, y otros aspectos que deben quedar establecidos antes de la ocurrencia del conflicto.

Edades Media y Moderna; allí la actividad de solución de conflictos siguió siendo atributo de cada villa, pueblo o región hasta que desde los residuos del poder feudal, empezó a ser concebida como un instrumento para concretar la unificación de los reinos.

⁵ “4) Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, procederé, en el segundo destaca la nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica y, por tanto, también en esta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes lo producen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actividad jurisdiccional” (MONTERO AROCA, Juan. “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad”. En: Revista de Derecho PUC No. 53. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pp. 618-619).

Lo expresado nos lleva a confirmar una idea implícita en lo descrito hasta ahora: cualquier actividad destinada a resolver conflictos emplea un procedimiento, y aunque el órgano o el procedimiento no sean estatales, dicha actividad se nutre de las instituciones procedimentales estudiadas por la ciencia procesal, en algunos casos adecuándolas a su contexto.

Es en este ámbito dentro del cual se ubica el arbitraje. Suele ser definido como una vía alternativa a la estatal, destinada a resolver conflictos con contenido patrimonial. Pueden haber múltiples variantes de él pero, si debiéramos identificar dos de sus rasgos esenciales, estos serían: primero, que se origina en la autonomía de la voluntad de los involucrados y, segundo, que su empleo implica una renuncia a pedir tutela jurisdiccional al Estado (en rigor esta última frase contiene un pleonasmo, en tanto todos los rasgos que configuran la jurisdicción solo son atribuidos a los jueces estatales).

Por el arbitraje, entonces, dos o más sujetos acuerdan que los eventuales conflictos que pudieran surgir en la relación jurídica que van a establecer o que ya tienen establecida, serán resueltos al margen de la organización estatal encargada, en principio, de resolverlos. También puede ocurrir que, sin existir una relación jurídica, sobrevenga un conflicto (“relación jurídica material” se le denomina en teoría procesal) y entonces los involucrados decidan convenir que este sea resuelto en sede arbitral.

Lo descrito abarca los estándares básicos por donde se desarrolla la actividad arbitral⁶. Por cierto, existen variantes, algunas tan peculiares que, en ocasiones, se renuncia a uno de sus rasgos esenciales: la autonomía de la voluntad⁷. En estos casos, el convenio arbitral es sustituido por un enunciado normativo con efecto vinculante, o por una disposición estatutaria también vinculante para los miembros, directivos y otros ligados a la persona jurídica, o por quien estableció relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión que tienen incluido el convenio o, finalmente, cuando este se encuentra establecido por una disposición testamentaria.

Estos casos singulares existen porque satisfacen una necesidad surgida de la debilidad del Estado para ejercer su soberanía en ámbitos que, como consecuencia del liberalismo en su versión política, solo le son exclusivos en la palabra pero no en los hechos. Así y todo, lo dicho no descarta cierta esencia bastarda, en tanto cuesta admitir la existencia de arbitrajes “obligatorios”.

2.1. Algunas diferencias entre el arbitraje y la jurisdicción

⁶ En este trabajo vamos a prescindir de la discusión en torno a cuál es la esencia jurídica del arbitraje (si jurisdiccional, contractual o mixta). En primer lugar porque es absolutamente innecesaria a los efectos del tema a ser desarrollado o, lo que es peor, porque actuaría como una petición de principio, pervirtiendo cualquier propuesta. En segundo porque las distintas teorías consumen su contenido defendiendo posiciones dogmáticas plenas de abstracción y verticalismo, abandonando así las consecuencias prácticas, vale decir, lo que realmente importa.

⁷ “En esa línea, un primer grupo de casos lo constituyen los arbitrajes obligatorios, que incluso podríamos denominar legales (por su origen *ex legem (sic)* y de la voluntad de las partes), por ejemplo, los realizados en el marco del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado –OSCE–; y los forzados (por ejemplo, los estatutarios, contratos por adhesión y sucesorios, regulados tanto por la Ley de Contrataciones del Estado como por el Decreto Legislativo que norma el arbitraje –en adelante, el “DLA”– respectivamente) (GALLUCIO, Giuseppe y MORI, Pablo. *Desenmascarando la realidad: la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades*. En: *Advocatus* N° 21. Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2009, p. 195).

Aunque tanto el arbitraje como la jurisdicción buscan poner fin a uno o más conflictos de intereses, una inicial diferencia reside en que el primero pretende privilegiar un menor tiempo en la obtención de la decisión; en cambio el segundo completa su objetivo procurando que la decisión que expide aspire a lograr la paz social, afianzando los valores humanos y democráticos recogidos en la Constitución.

También configura otra diferencia el hecho de que, usualmente, al Judicial llegan los sujetos del conflicto en condiciones esencialmente dispares (sociales, económicas, étnicas, etc.), situación que le impone al juez el deber de evitar que tamaña desigualdad afecte directamente el resultado del proceso. En el arbitraje, aunque no suele difundirse este aspecto, constituye un presupuesto (que casi nunca se cumple) que quienes contiendan mantengan una paridad de fuerzas, sobre todo en el aspecto económico.

Asimismo, se trata de una situación distinta y significativa el hecho de que los jueces no son elegidos por las partes; a diferencia del arbitraje donde la elección de los árbitros no solo la hacen las partes sino que ello determina, en muchas ocasiones, el resultado de aquél.

Otra diferencia es que el ámbito de actuación del arbitraje está referido a lo privado y disponible, a diferencia del proceso judicial que abarcando lo privado, también alcanza a lo público y, por cierto, a lo indisponible. No deja de ser destacable, aunque no sorprendente, que en las últimas décadas se aprecie una tendencia del arbitraje a abarcar también lo público disponible. Como no podía ser de otra manera, esto ocurre por exigencias de la mundialización de la economía, en tanto dicha ampliación permite que los Estados acuerden convenios arbitrales sobre materias que, sustancialmente, forman parte de la cosa pública.

3. Apuntes sobre el convenio arbitral

Llamamos convenio arbitral al acuerdo de voluntades por el cual los involucrados en uno o más conflictos, actuales o futuros, se obligan a someter a la decisión de un árbitro, quien puede ser individual o colegiado.

Es un acuerdo lo suficientemente autónomo como para admitir que, eventualmente, pueda estar expresado en documento distinto del que contiene la relación jurídica de donde surgió el conflicto entre quienes ahora acuerdan resolverlo en arbitraje. De hecho, su autonomía llega al extremo de mantener su validez, inclusive en la hipótesis de que sea declarado nulo el contrato del cual forma parte⁸.

⁸ “Por tanto, es consecuencia del principio de autonomía que la validez del convenio arbitral no puede estar afectada de eventuales vicios del contrato al cual se refiere, salvo, obviamente, la hipótesis en la cual ellos fuesen autónomamente relevantes también para el convenio mismo. Por tanto, en caso de vicios del contrato, según la orientación prevaleciente, la validez del convenio no debe ser comprobada a través de una investigación sobre la voluntad de las partes conducida sobre la base de los principios relativos a la nulidad parcial de los contratos, es decir, poniendo una *quaestio voluntatis* destinada a establecer si las partes, postulada la hipótesis de la nulidad del convenio o del contrato, podrían o no haber celebrado el uno o el otro respectivamente” (CARLEO, Roberto. *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*. Turín: Giappichelli Editore, 1998, p. 17).

Nota: Esta y las que siguen son traducciones del autor.

“Así se explicaría el principal efecto del principio de autonomía de la cláusula de arbitraje: la nulidad, la resolución, la novación o la inexistencia del contrato principal no afectan la validez del acuerdo arbitral” (DERAINS, Yves. *Las partes no signatarias*. En: Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. 336).

Sin perjuicio de lo expuesto, autorizada doctrina considera que la autonomía del convenio arbitral tiene su origen en una razón práctica: permitir que el tribunal arbitral pueda decidir lo referido a la validez y existencia del contrato al cual se refiere el convenio arbitral, sin que las alegaciones de nulidad puedan afectar su competencia para resolver. En tal sentido, el principio de autonomía del convenio no es, *per se*, requisito para decidir la cuestión de la transferencia del convenio junto con el contrato⁹.

Si bien el acuerdo vincula a quienes han manifestado su voluntad de obligarse, la forma que se emplee para hacerla constar requiere alguna precisión. Como se expresó líneas arriba, el convenio puede estar contenido en un documento distinto de aquel que vincula a sus otorgantes, pero hay más. Se admite que la formalidad exigible al convenio puede prescindir del medio escrito como tal, es decir, el convenio no reconoce la escritura como elemento *ad solemnitatem* (si no está documentado, no existe), sino *ad probacionem* (el documento como principio de prueba escrita y nada más)¹⁰.

Así y todo, dejamos constancia de que si el convenio pudiera existir jurídicamente a pesar de no estar contenido en algún medio material, es obvio que se abrirán ámbitos de discutibilidad en torno a su validez y eficacia. Asimismo, se volverá difusa la determinación de los sujetos aptos para contender en sede arbitral.

4. Límite objetivo y subjetivo del convenio arbitral

Con este título nos referimos a dos temas puntuales que serán mejor descritos a partir de las preguntas que responden. Por el límite objetivo se pretende responder a la cuestión sobre qué se va a resolver en el laudo que se expida. Para expresarlo en términos procesales, nos referimos a lo que es el mérito del arbitraje. Por el límite subjetivo, en cambio, se busca responder a la incertidumbre sobre quiénes están legitimados para participar en calidad de partes en un arbitraje, determinación que implica, además, que en principio serán los únicos que deberán recibir las

⁹ “No solo la historia del principio de autonomía del convenio arbitral sino, aún más, su actual codificación, permiten considerar que el principio como tal ha adquirido sustento normativo exclusivamente en relación al objetivo procesal de permitir que los árbitros puedan, inequívocamente, decidir las cuestiones inherentes a la validez y a la existencia del contrato al que se refiere el convenio sin que la consistencia de las diversas excepciones de nulidad puedan afectar, junto con el contrato, la competencia de los árbitros para decidir sobre la materia. Más allá de este fin, que puede ser resuelto en el juicio de validez del convenio arbitral, la autonomía como tal no es requisito vinculante y el juicio inherente a la transferencia del convenio arbitral junto con el contrato al cual se refiere, no pueden estar, entonces, vinculados por el principio de autonomía” (SALVANESCHI, Laura. *L'arbitrato con pluralità di parti*. Padua: Cedam, 1999, pp. 91-92).

¹⁰ “La nueva ley, al optar por la naturaleza *ad probacionem* 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 probacionem*, que admite actualmente la ley peruana, contribuye mejor a la eficacia del arbitraje y a la inevitabilidad de sus consecuencias, que constituyen las 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. Lima: Editorial Magna, 2009, p. 21).

consecuencias jurídicas que emanen de la decisión arbitral¹¹. Precisamente este segundo aspecto y la peculiar manera sobre cómo está regulado en la ley peruana son materia del presente trabajo.

5. La ampliación del límite subjetivo del convenio arbitral.

La decisión de ser parte en un arbitraje debe ser entendida como una renuncia voluntaria a un derecho fundamental: **recibir tutela procesal del Estado respecto de una o más situaciones de conflicto presentes o futuras, atendiendo a la fecha del acuerdo**. Conforme a lo descrito y partiendo del hecho que el arbitraje es una excepción a la tutela que presta el Estado, el intento de vincular a un sujeto de derecho a participar en un procedimiento arbitral sin que haya firmado un convenio que lo incorpore, resultaría un acto muy cercano a una arbitrariedad¹².

A mayor abundamiento, si la voluntad del sujeto a quien se pretende involucrar es contraria a participar del arbitraje, su incorporación significaría una amenaza o violación de su derecho fundamental a recibir prestación jurisdiccional del Estado. Por tanto, el eventual proceso de amparo que esta persona pudiera iniciar –nos referimos a la sede nacional; fuera de ella habrá otros remedios– será indefectiblemente fundado. Lo expresado es el presupuesto para el análisis de la incorporación al arbitraje de un sujeto no firmante del convenio, situación que, para ser acogida, requiere ser calificada como excepcional. En tal contexto, la técnica interpretativa que se emplee para descubrir el consentimiento del sujeto a participar en un arbitraje sin que haya firmado el convenio debe ser usada restrictivamente.

La situación excepcional que estamos describiendo se encuentra normada en el Decreto Legislativo No. 1071 que regula el arbitraje¹³. Es aquí donde empieza lo inquietante y la razón del presente trabajo: examinarla con detalle a fin de encontrar, si fuera posible, su ámbito válido de aplicación.

¹¹ "Pero lo cierto es que la tarjeta de invitación a esta fiesta es conocida como 'convenio arbitral'. Y el convenio arbitral es, simple y llanamente, un contrato. El carácter contractual del contrato es entonces la llave para quien entra y el candado que le cierra la puerta a quien se queda fuera de la fiesta.

El resultado de esta idea son varios principios fundamentales que determinan quién puede y quién no puede ser forzado a ir a la fiesta y a quién se va a dejar entrar a la misma. Estos principios son:

- a. Las partes de un convenio no pueden desobligarse o desvincularse de ir a arbitraje si así lo consintieron. (...).
- b. Un tercero al convenio arbitral no puede ser incorporado a la fiesta, si es que no ha aceptado participar en ella. (...).
- c. Un tercero no puede meterse a la fiesta sin el consentimiento de quienes ya están en ella" (BULLARD GONZÁLES, 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: Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. 22).

¹² "Está claro que, si al principio de la autonomía se le da relevancia absoluta, absorbiendo por completo la accesoriad estructural del convenio arbitral, sería muy difícil proponer una investigación referida a la transferencia del convenio junto con el contrato en el que está contenido, debiéndose concluir que la autonomía no puede sino llevar a un cambio en los sujetos obligados de antemano a través de la firma de un acto autónomo de transferencia respecto al convenio arbitral" (SALVANESCHI, Laura. *L'arbitrato con pluralità di parti*. Ob. cit., p. 86).

¹³ Decreto Legislativo No. 1071
Artículo 14. Extensión del convenio arbitral. El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado.

Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos.

Adelantamos que no hay manera de establecer una conformidad inicial con lo que se obtiene de la simple lectura del enunciado normativo. Esto debido a que lo significativo no está dicho, en tanto el enunciado no establece un universo de aplicación, en efecto, apenas da señales genéricas de cómo debe ser identificado el consentimiento. Esos indicios son lo suficientemente equívocos como para exigir un análisis más cuidadoso que permita discernir lo dudoso de lo oscuro, y ambos de otros dos frentes que suelen ser materia de confusión en el ámbito jurídico. Nos referimos a aquello que está regulado y a lo que cada quien considera que debería estar normado, esto es, el tránsito del análisis desde el *iure condito* hasta el de *iure condendo*.

Esta apertura de los límites del convenio genera una crisis en la función arbitral. Sin embargo, esta no debe ser enfrentada como una oportunidad para tornar más productivo el arbitraje, sería una elección errada a la par que interesada. Mucho más correspondiente con la realidad es asumir la hipótesis de que la crisis se produce porque permite que el arbitraje, un instrumento comprometido con la circulación económica en tiempos de globalización y, por agregado, con hacer más productivo el nicho del negocio arbitral dentro de la profesión jurídica, afine su normativa para consolidar tales objetivos.

6. Algunos conceptos procesales básicos referidos a la materia investigada

Siendo el arbitraje un procedimiento que tiene como fin resolver conflictos con contenido patrimonial, presuntamente en breve plazo, resulta imprescindible analizar el tema a la luz de las categorías e instituciones procesales útiles para el análisis. Por cierto, lo haremos atendiendo a las particularidades del arbitraje.

6.1. Distinción entre parte y sujeto procesales

Nos vamos a referir al concepto de “parte” en el ámbito procesal, lo que implica admitir que tiene otros usos jurídicos idóneos en otras disciplinas. Para el presente trabajo importa diferenciar el concepto parte procesal de su acepción contractual, en tanto ambas serán utilizadas en este trabajo en más de una oportunidad. En su versión contractual describe la calidad que tiene un sujeto de ser titular, activo o pasivo, de los derechos y obligaciones que surgen de un acuerdo de voluntades con contenido patrimonial.

Aunque en el plano práctico se presentan varias excepciones, partimos del principio de que en un proceso hay dos partes. Asimismo, dejamos sentada una dicotomía cada vez menos empleada sobre el concepto “parte” en su acepción procesal. Aunque no es un buen mensaje ampliar las acepciones en una misma disciplina, el concepto es empleado, en ocasiones, para referirse a quienes tienen la calidad de titulares en la relación jurídica material (la parte como titular-activa o pasiva del conflicto) y, en otras, respecto de quienes tienen esa calidad dentro de una relación procesal (la parte demandada, por ejemplo). Esta última es la acepción más común en sede procesal y aquella cuyo empleo se repite más en este trabajo.

Lo expresado exige explicaciones complementarias. Así, es más o menos regular que una parte (demandante o demandada) pueda estar conformada por más de un sujeto procesal y, también, que haya sujetos que, sin conformar una de las partes, actúen de manera favorable a una

de estas dentro del procedimiento. Y si lo descrito empieza a complicarse, falta agregar que incluso dentro del procedimiento judicial puede haber en la misma posición de parte, sujetos que estando integrados como una parte respecto de la contraria, asumen una postura jurídicamente contraria entre ellos. En ocasiones las relaciones establecidas entre los distintos sujetos que conforman una parte no solo carecen de homogeneidad (misma calidad, deberes y facultades), sino que admiten tal variedad de intensidades que su interés puede conducirlos al extremo de tener objetivos opuestos; a pesar, reiteramos, de conformar estructuralmente una misma parte.

Estas diferencias se comprenden a partir del distinto interés jurídico que pueden tener los sujetos respecto de la pretensión discutida. Esta es la razón por la cual la técnica procesal reconoce que los sujetos que conforman una parte pueden tener distintas facultades y deberes procesales, lo que encuentra plena justificación cuando se advierte que tal singularidad determinará, también, que la decisión a recaer los afectará con distinta intensidad.

6.2. La acumulación y sus fines

La institución procesal que explica la esencia, características y presupuestos de validez de la aglutinación de sujetos procesales o de pretensiones dentro de un mismo procedimiento se denomina “acumulación”.

La razón primaria que explica la necesidad de permitir y regular la acumulación es el principio de economía procesal. Un ejemplo: si una persona concede un crédito a otras tres, según consta del documento notarial que obra en su poder y con el cual se acredita, además, que el plazo para la devolución del dinero ya venció, surge la pregunta en torno a si es necesario que el acreedor deba iniciar tres procedimientos para cobrar su crédito, o si puede intentar el cobro contra sus tres deudores en uno solo.

Sea que la deuda haya sido pactada solidariamente o que no –lo que incidirá en que la pretensión sea dirigida contra cada uno de los deudores por el íntegro o solo por su cuota– es evidente que el acreedor puede interponer una sola demanda contra sus tres deudores. A esta acumulación se le denomina “subjetiva pasiva”. En este caso, los deudores-demandados podrán ejercer defensas conjuntas o individuales dentro del procedimiento, dependiendo de si la relación entre ellos y el objeto del proceso es o no escindible; y también de si la defensa que plantearán estará referida a la relación individual que cada quien mantiene con el acreedor-demandante.

Ahora variemos el ejemplo: el acreedor “A” tiene una garantía hipotecaria. Se vencen las cuotas y necesita demandar la ejecución de la hipoteca para cobrar su crédito. Si bien su deudor es “B”, el propietario del bien dado en garantía es “C” y “D” es el arrendatario del predio. Respecto de cada quien, “A” tiene relaciones jurídicas distintas. Con “B” su relación es material, en tanto es el único sujeto pasivo de una deuda a plazo vencido. Con “C” la relación es subordinada, este es el propietario del bien que garantiza la deuda que tiene “B” pero no es su deudor. Finalmente, con “D” la relación existe aunque es más lejana. Cuando “A” obtenga la subasta del bien de “C”, dejará a “D” expuesto a la entrega más o menos inmediata del bien a quien se lo adjudicó. Para que ello ocurra, es decir, para que el adjudicatario en la subasta tome posesión del bien como parte de la secuela del mismo proceso de ejecución de garantía, es necesario que “D” haya sido citado con el inicio del proceso, de lo contrario el adquirente del bien –una vez provisto de tal calidad- deberá iniciar un proceso de desalojo contra “D”.

De la descripción de ambos ejemplos aparece la otra razón para emplear la acumulación: evitar que la organización judicial, como expresión de un poder del Estado, expida decisiones contradictorias¹⁴, lo que hubiera podido ocurrir si en el primer caso hubieran sido tres jueces distintos los que conocieron la deuda; y en el segundo, si en otros tantos procesos se hubiera analizado la situación jurídica del deudor, del garante hipotecario y del arrendatario, respectivamente.

La acumulación tiene distintas clases y puede proponerse en la demanda o al ejercer el demandado su derecho de defensa. Si allí no ocurre, puede también proponerse durante la secuela del procedimiento a expreso pedido de un interesado (alguna parte o el mismo tercero que pasa a ser llamado tercero legitimado) ante el juez, a fin de que se pronuncie sobre la acumulación. Este pedido va a derivar en una decisión fundamentada de este. También puede ocurrir que el juez declare de oficio la acumulación. Esto ocurrirá en los casos que este considere imprescindible evitar un procedimiento inútil ante la eventualidad de expedir fallos contradictorios. Aquí, entonces, la acumulación tiene un interés público, en tanto sobrepasa el interés de las partes. Esta es además la razón por la que cuando no se declara la acumulación oportunamente, si los órganos de revisión advierten la deficiencia, declaran la invalidez del proceso y su reenvío.

Hasta aquí hemos descrito aspectos básicos de la acumulación subjetiva y su aplicación en sede judicial. Insistimos en que estos temas se ubican en la periferia de nuestra investigación, pero sin duda coadyuvarán a su esclarecimiento. Veamos ahora la misma acumulación pero aplicada en sede arbitral.

La acumulación, contra lo que suele afirmarse, es una institución procesal que, en casos puntuales, debería (no podría) ser empleada en un procedimiento arbitral a fin de evitar se expida un laudo inejecutable, esto es, absolutamente ineficaz. Por ejemplo, en un contrato de servicios donde se pacta convenio arbitral, “A” contrata a “B” y a “C” para que construyan un edificio. Vencido el plazo, la construcción no ha concluido a pesar que se pactó un pago indemnizatorio por la mora. No existiendo en el contrato una identificación precisa de las prestaciones que correspondían a “B” y “C”, es evidente que “A” demandará a ambos, sea el pago de la indemnización, el cumplimiento o la resolución del contrato en sede arbitral. Aquí se impone una acumulación subjetiva pasiva la cual, si no ocurriera, es decir, si “A” solo se demandara a uno, el procedimiento concluiría en un laudo que no resuelve el mérito o, si lo resuelve, devendría en inejecutable, en tanto es imposible ordenar una ejecución contractual decidida en un procedimiento donde no participó una de las partes contractuales.

El defecto aparentemente podría resolverse conduciéndose dos procesos arbitrales (“A” contra “B” y “A” contra “C”). Sin embargo, al margen de la posibilidad de que se expidan laudos contradictorios (se trataría de dos árbitros o tribunales distintos), existe una objeción de origen: que alguna de las pretensiones dirigidas a uno u otro de los demandados sea subsidiaria o exista conexidad entre ellas¹⁵. Esto convierte en imposible la tramitación en paralelo de ambos

¹⁴ “Dado que una garantía constitucional de la impartición de justicia es la Unidad de la jurisdicción, una situación como la descrita afecta esta garantía, en tanto coloca al sistema judicial en un estado de absoluta desconfianza e indefinición. Como resulta evidente, en este caso la acumulación no funciona como facultad sino como deber de las partes y también del juzgador” (MONROY GÁLVEZ, Juan. *Acumulación, litisconsorcio e intervención de terceros*. Trabajo inédito).

¹⁵ Dos pretensiones son acumulativas subsidiarias cuando el amparo de la primera es presupuesto para el acogimiento de la segunda. Así, se propone demanda de filiación y de alimentos. Allí solo el amparo de la primera permite el amparo de la segunda. Dos pretensiones son conexas cuando tienen en

procedimientos. Por lo demás, el tribunal se constituye por voluntad de las partes involucradas y para el conflicto específico. En tal sentido, no podría haber otro tribunal que conozca en paralelo el mismo caso. Sería un absurdo.

Aunque lo descrito no es la materia principal de este trabajo, la alusión es pertinente porque resulta necesario confirmar que la tesis de que las instituciones procesales son inútiles en sede arbitral es dogmática y errada¹⁶. Las reglas básicas sobre la validez de un procedimiento se aplican, sirva el pleonasmo, para asegurar la validez de cualquier procedimiento.

Si la situación descrita es de por sí complicada, esto se agudiza cuando el sujeto a quien se pretende incorporar no ha firmado el convenio. En tal hipótesis el principio de economía procesal es insuficiente para configurar una acumulación subjetiva en sede arbitral. La razón es clara, dado que el fundamento primario del arbitraje es la autonomía de la voluntad, no hay manera de incorporar un sujeto al procedimiento arbitral por acto de las partes o del propio tribunal sin violar su esencia. No olvidemos que la autonomía de la voluntad, al igual que la tutela jurisdiccional del Estado, constituye un derecho fundamental.

En consecuencia, la opción para que el arbitraje continúe siendo válido en las circunstancias descritas, se reduce a descubrir si el sujeto que no suscribió el convenio arbitral ha expresado su voluntad de participar en el arbitraje en otros documentos, o de alguna otra forma. Si a este hallazgo se pueden adicionar conductas del sujeto en tal dirección, podría concluirse fundadamente que el convenio fue “firmado”, solo que de manera distinta a la clásica.

6.3. El juez dirige, el árbitro administra

La incorporación de un sujeto a un procedimiento se puede dar en dos planos. Al inicio del proceso -sea porque la demanda la inicia más de un sujeto o esta se dirige contra más de uno-, o ya empezado este. El primero, tiene que ver con el establecimiento válido de la relación procesal desde su origen. El segundo, esto es, los casos de incorporación de un sujeto a un procedimiento en trámite, configuran lo que la doctrina denomina “intervención de tercero”¹⁷. En sus distintas

común algunos hechos que configuran la causa de pedir. Si comparten hechos constitutivos la conexidad será fuerte; si se trata de hechos complementarios a aquellos, será débil.

¹⁶ “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 la que el juzgador tiene una competencia abierta y general para juzgar a cualquiera, incluso así no sea parte de un convenio” (BULLARD GONZÁLES, Alfredo. En: *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 205 y 206).

¹⁷ Es diferente el “tercero” –alguien absolutamente ajeno al conflicto material que suscitó el arbitraje y, por tanto, ajeno también a los efectos del laudo– del instituto de la “intervención de tercero”. Este último está referido a aquellos casos en los que, por pedido de una de las partes o del mismo sujeto, el juez admite su ingreso al procedimiento en trámite, precisando, en la resolución que lo incorpora, la calidad con que autoriza su ingreso. También es procedente que el juez, de oficio, ordene la incorporación de un tercero, decisión que puede ser impugnada por quien tenga interés en su revocación.

La calidad o título que otorga el juez al interviniente resulta determinante para precisar cuáles son sus deberes y facultades al interior del procedimiento, y también la afectación que soportará respecto de aquello que se decida. Un aspecto adicional al tema de la intervención de tercero es que el pedido de ingreso es resuelto por el juez luego de un incidente, salvo que sea iniciativa del mismo juzgador.

manifestaciones, la intervención de tercero no es otra cosa que una acumulación subjetiva dinámica, en tanto ocurre –o por lo menos es propuesta– cuando el procedimiento ya se inició, siendo este su rasgo singular.

Por otro lado, será imprescindible que un sujeto participe en un proceso iniciado si conforma un litisconsorcio unitario o necesario con prestación inescindible¹⁸. Si tuviera alguna de esas calidades, es evidente que el juez debe incorporarlo de oficio. Se trata del cumplimiento del deber del juez de asegurar un procedimiento válido y el de evitar decisiones contradictorias. En cualquier caso, se trata también de hacer efectivo el orden público procesal, el cual, como ya se dijo, tiene fundamento constitucional.

La situación del árbitro, en cambio, es completamente distinta. En esta materia (y en otras) se encuentra absolutamente limitado –en la extensión de sus facultades– a lo que las partes acordaron en el convenio arbitral y a lo que contiene en el acta de instalación. Y dado que su elección tuvo como origen un acuerdo de voluntades, inclusive si considerara que el procedimiento arbitral no es procedente si no participa un sujeto que no firmó el convenio, carece de potestad para incorporarlo. En ánimo de resolver la crisis, podría invocar a las partes que intenten obtener la aceptación del sujeto no signatario del convenio arbitral de incorporarse al proceso. Y eso sería todo.

Reiteramos que las fórmulas de intervención de tercero no constituyen el meollo del tema investigado, aunque no puede dudarse que ayudan a su esclarecimiento.

6.4. El sujeto procesal no signatario¹⁹

La realidad, lo sabemos, es considerablemente más rica que cualquier regulación jurídica. Aunque solo sea por eso, simplificar la respuesta y afirmar que quien no ha suscrito un convenio

¹⁸ Cuando una parte está conformada por más de un sujeto procesal y los efectos de lo que se va a decidir alcanzan de manera uniforme a todos los conformantes, quienes además tienen dentro del procedimiento los mismos deberes y facultades, se dice que conforman un litisconsorcio unitario. Esto ocurre cuando todos los sujetos están unidos por una sola relación material y el objeto de la pretensión es indivisible. Se trata de una integración perfecta.

El litisconsorcio necesario, en cambio, solo se presenta en posición pasiva y tiene esa calidad porque más de un sujeto procesal ocupa ese lugar en la relación material. Esta acumulación de sujetos se presenta por dos razones. La primera es práctica, está impuesta por el contenido de la pretensión, dado que esta afecta a todos los sujetos por igual, digamos que se trata de una razón material. La segunda, en cambio, es una razón jurídica: el enunciado normativo procesal prescribe el emplazamiento de todos. Siendo así, no hacerlo importaría iniciar o continuar un procedimiento inválido. El primero, entonces, es un criterio de unitariedad sobre la materia, y el segundo, uno de necesariedad legal.

¹⁹ Algunos estudiosos se refieren a la “parte no signataria” para referirse al sujeto que no firmó el convenio. Hacerlo puede entenderse como una forma indirecta de tomar partido por su incorporación, es decir, de que sea “parte” en el arbitraje. De hecho, la situación así planteada sería más sencilla de responder: si el sujeto es parte contractual y hay manera de acreditar su voluntad de suscribir el convenio, el asunto está resuelto o, en cualquier caso, el tema es puntual. Por otro lado, si siendo parte contractual no participa del arbitraje porque no firmó el convenio, la decisión de incorporarlo dependerá de múltiples razones. Si fue voluntaria su decisión de no firmar, si el objeto de la pretensión es divisible o no y, sobre todo, si hay manera de descubrir su “firma” en otros documentos o declaraciones. Si es divisible, lo decidido no lo afecta, pero si es inescindible, el laudo será nulo si resuelve el mérito sin su participación. En este escenario el tribunal debió declarar la conclusión del arbitraje sin pronunciamiento sobre el mérito (fondo). Podrían desarrollarse más variables pero las descritas son el centro del presente trabajo.

arbitral no está obligado al arbitraje, importaría darle consistencia a una regla que, siendo jurídica o, tal vez por serlo, va a tener muchas excepciones.

Si empieza un arbitraje y es demandado un sujeto que no firmó el convenio, a pesar de ser miembro de un litisconsorcio unitario o necesario configurado en la parte demandada, si no lo desea, no existe forma jurídica de exigirle participar en el arbitraje²⁰.

Hay una serie de aspectos que deben ser apreciados para evitar la improcedencia del arbitraje, siendo el más importante la voluntad del sujeto de incorporarse o no a este²¹.

Nótese que nos encontramos en un extremo radical de la situación. Si un sujeto adquiere la titularidad de la relación material cuyas eventuales controversias se encuentran sometidas a un convenio arbitral firmado en documento aparte, este no lo vinculará *per se*, si no expresara su voluntad de que así sea. Sin embargo, en algunas situaciones específicas será inexorable que el nuevo titular de la relación principal quede ligado al convenio que no suscribió, atendiendo a la existencia de prueba escrita que acredita su voluntad de quedar ligado al arbitraje²².

Aquí es imprescindible separar y analizar cada caso antes de construir una regla. Veamos. Si respecto de un contrato con convenio arbitral se produce una cesión de crédito, por ejemplo, está claro que el cesionario está vinculado por el convenio contenido en el contrato, aunque materialmente no lo haya firmado, salvo que expresamente lo haya excluido del objeto de la

²⁰ "Como el arbitraje reposa en los vínculos contractuales entre las partes y entre estas y el árbitro, sus relaciones no se manifiestan sino entre los contratantes. La legitimidad de parte para el procedimiento arbitral, por ello, solo se establece entre los sujetos contratantes. La única vía de legitimación, activa o pasiva, para quien quiera participar o sea llamado a participar del arbitraje se condiciona por el propio convenio arbitral.

Poco importa, por tanto, si el litisconsorcio es necesario o facultativo. Su formación solo será admisible, de forma convincente, entre los que celebraron el convenio arbitral. Así, si todos los que deben ser litisconsortes son adherentes al convenio arbitral, todo se desarrollará naturalmente dentro de la fuerza contractual.

Si, con todo, el tercero, a quien se desea incluir en el proceso, no firmó el convenio, su inserción en el litisconsorcio, aunque sea necesario, solamente se tornará posible si él consiente en adherirse al arbitraje. Habiendo, pues, negativa de su parte, el árbitro no tendrá fuerza para someterlo a la relación procesal. Si el caso fuera de litisconsorcio facultativo, el procedimiento de arbitraje tendrá que proseguir solo con las partes vinculadas al convenio arbitral. Si el litisconsorcio fuera necesario, solo le quedará al árbitro concluir el arbitraje sin juzgamiento de mérito, por falta de integración del convenio arbitral. Expedirá sentencia terminativa en la esfera arbitral, para que el conflicto pueda ser resuelto por el Poder Judicial" (THEODORO Jr., Humberto. *Arbitragem e Terceiros – Litisconsórcio fora do Pacto Arbitral – Outras Intervenções de Terceiros*. En: *Reflexões sobre Arbitragem. In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. Coordinadores Pedro A. Batista Martins y José María Rossani Garcez. São Paulo: Editorial LTR, 2002, p. 252).

²¹ "Es principio tradicional en la experiencia italiana que el convenio arbitral no puede vincular a sujetos diversos de aquellos que lo han originariamente estipulado, a menos que manifiesten su propia aceptación a someter a los árbitros, y no al juez ordinario, las controversias surgidas de la relación de la cual asumen la titularidad.

De lo expuesto se deduce comúnmente que los eventos subjetivos de la relación principal no se reflejan automáticamente sobre el convenio arbitral, porque el cambio de los sujetos vinculados por este aun estaría sujeto a la aceptación específica por parte de estos últimos del convenio que es su fuente" (CARLEO, Roberto. *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*. Ob. cit., p. 3).

²² "Tal orientación se coloca en una óptica positiva de *favor arbitratis* y, despejando el campo de antiguos prejuicios existentes en el instituto arbitral, tiende a reforzar el vínculo surgido de los convenios arbitrales, evitando que sus efectos puedan quedar inutilizados después de los cambios subjetivos en la relación principal" (CARLEO, Roberto. *Ibidem*, p. 4).

cesión. Sobre esto hay abundante bibliografía²³. Sin embargo, la respuesta será menos categórica si lo que ocurre es una cesión de crédito que cuenta también con un convenio arbitral pero en documento aparte. Será necesario que el cesionario asuma su calidad en ambas relaciones, la patrimonial y la arbitral; o, de lo contrario, que exista prueba -de preferencia escrita- sobre su voluntad de someterse al arbitraje.

En cuanto a la sucesión *post mortem*, es obvio que los herederos no estarán vinculados al convenio arbitral contenido en el contrato firmado por su causante si este contiene una prestación *intuito personae*; pero la respuesta no será tan categórica si se tratase de una prestación genérica. En el primer caso, la razón no es la autonomía de la voluntad sino la especificidad de la prestación. Inclusive si se pretendiese exigirla en una tutela resarcitoria, tendría que recurrirse a la vía ordinaria. En el segundo, el tema es discutible. Si bien la autonomía de la voluntad impone que lo establecido en el convenio no afecte a los herederos, el hecho de que, por un lado, la trasmisión sucesoria (tanto de derechos como de obligaciones) ocurra desde el momento de la muerte y, por el otro, que exista la opción de renunciar a la herencia, no aconseja dar una respuesta uniforme.

Lo que está fuera de duda es que si un sujeto queda fuera del arbitraje, los efectos del laudo no le son oponibles. Es decir, no soportará sus efectos salvo que haya manifestado su interés de participar en el procedimiento. En cualquier caso, también importa que no puede ser compelido a participar. Sin embargo, lo que sí mantiene intacto es su derecho a ejercer su defensa ante la justicia ordinaria²⁴.

Entonces, sea que se trate de un litisconsorte unitario o de uno necesario, en ambos casos deviene imposible que se pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el mérito, si el sujeto procesal no signatario no se incorpora voluntariamente al procedimiento arbitral. Por otro lado, no puede ser compelido a ingresar. Lo que es más, si se mantiene la negativa, el árbitro deberá dar por concluido el arbitraje sin pronunciamiento de mérito, devolviendo a las partes su derecho a pedir tutela al juez ordinario²⁵. Vale aclarar que las formas litisconsorciales citadas están presentes a

²³ Cfr. P. PERLINGIERI. *Cessioni dei crediti*. En: *Commentario del codice civile* al cuidado de A. Scialoja y G. Branca, Bolonia-Roma, 1982, sub art. 1264, p. 216, nt. 7; V. PANUCCIO, voz "Cessione dei crediti". En: *Enciclopedia dir.*, VI, Milán, 1960, pp. 846 y ss., en particular, con referencia a las excepciones, pp. 867 y ss.; F. BORRELLO, *Commento* cit., p. 364; C. CECCHELLA. "Commento a Casación de 25 de mayo de 1995". En: *Il corriere giuridico*, 1995, pp. 1374 y ss.

²⁴ "No solo como correctamente ha sido destacado, el litisconsorte que no se ha adherido al convenio arbitral podrá, a pesar de ello, deducir la relación plurisubjetiva de la cual es parte ante el juez ordinario sino que, además, en dicha sede podrá proponer sus propias contradicciones, sin que le puedan oponer una excepción de convenio arbitral porque él no lo ha suscrito. Luego, inequívocamente, después que el litisconsorte no comprometido ha negado su propia adhesión al arbitraje, cada uno de los litisconsortes comprometidos podrá presentar igualmente al juez ordinario su pretensión plurisubjetiva, sin que la otra parte pueda, en dicha sede, excepcionar convenio arbitral. En efecto, frente a una relación plurisubjetiva inescindible, los árbitros que habían recibido su mandato de algunos litisconsortes necesarios, porque solo ellos eran los legitimados por el convenio, no podrán pronunciarse sobre el mérito, agotándose así su poder decisario en el deber de expedir un pronunciamiento que destaque la imposibilidad de integrar el contradictorio y la improcedencia del arbitraje" (SALVANESCHI, Laura. *L'arbitrato con pluralità di parti*. Ob. cit., p. 273).

²⁵ "(...) el tercero que declina, expresamente, la invitación no puede ser considerado parte en el arbitraje. Al contrario, él permanece en absoluta libertad. (...). Por otro lado, después de la negativa del litisconsorte necesario invitado a participar, podrá volver al juez ordinario cualquiera de las partes originarias, sin que las otras puedan oponerle, para impedirlo, la excepción de convenio arbitral. En tales casos, si las partes primitivas no abandonan el procedimiento de arbitraje, el árbitro deberá resolverlo con la negativa a pronunciarse sobre el mérito de la relación plurisubjetiva inescindible (que involucraría, inevitable e ilegítimamente, al tercero litisconsorte que no desea serlo)" (FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Turín: UTET, 1997, p. 58).

partir de la relación material de los sujetos involucrados con el objeto del conflicto, sin que importe si la litis será resuelta por un juez ordinario o por un árbitro. No es una elección de las partes ni de los que resuelven el conflicto, sino una imposición de la relación material. El hecho de que se presente el vínculo entre los sujetos del conflicto y el bien discutido, impone el deber de tomarlas en cuenta. De lo contrario, la actividad a realizarse –sea en sede judicial o arbitral– será un desperdicio.

La situación varía, como ya se expresó, si el litisconsorte, unitario o necesario tiene interés en participar del arbitraje al cual acaba de ser invitado, sea por el tribunal o por una de las partes. Como es evidente, su incorporación le da sentido al procedimiento arbitral, en tanto solo así podrá expedirse un pronunciamiento válido sobre el mérito. El problema que va a presentarse es otro. Normalmente cada parte elige un árbitro y estos al presidente del tribunal. Si quien se incorpora tiene una posición jurídica que se distingue en algunos aspectos de las dos partes, podría estar jurídicamente apto para deducir su interés en que el tribunal cuente con un árbitro de su elección. Y a ello se acumula otro problema: ¿se debe mantener al presidente si el árbitro es colegiado, o este cargo debe volverse a elegir?

La relación del sujeto no signatario con el conflicto o con aquellos que firmaron el convenio será un dato determinante para desentrañar las claves de su presencia o ausencia en el arbitraje, así como otros aspectos que ya se anotaron. En su oportunidad retornaremos a esta temática, en tanto nos permitirá identificar las situaciones discutibles que se presentan y las posibilidades de enfrentarlas válidamente. Sin embargo, debe quedar definido, por ahora, que no podemos darle al sujeto no signatario la calidad de parte; de lo contrario, banalizamos el análisis²⁶.

Además, hay una constante que no debe perderse de vista: existen dos categorías jurídicas que colisionan respecto del tema investigado. Por un lado, el orden público procesal, representado por el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva que, como sabemos, tiene fundamento constitucional y, del otro, la autonomía de la voluntad –manifestada en el consentimiento para aceptar la sede arbitral–, uno de los ejes en torno al cual se modela el derecho privado²⁷. En esta evidente confrontación –es imprescindible la presencia de un sujeto pero no es

²⁶ Reiteramos esta precisión porque algunos estudiosos e incluso jueces prefieren referirse al sujeto procesal no signatario como “parte no signataria”. Si el tema estuviese circunscrito a la ausencia de firma, la solución sería sencilla.

Inclusive la redacción del artículo 14 de la Ley de Arbitraje no parece colocarse en la hipótesis de falta de suscripción del convenio arbitral de quien es parte contractual (es decir, no firmó el documento que contiene el contrato y el convenio arbitral o que, sí firmó el contrato pero no el convenio que obraba en documento separado).

Ver BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias del arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana*. Ob. cit. (el resaltado es nuestro).

“Conviene precisar que no se trata de terceros sino de **partes** que no han firmado el convenio pero que son incorporados por su participación mediante actos distintos que configuran consentimiento tácito al mismo, por lo que el intérprete debe evaluar la existencia de tal consentimiento” (Resolución N° 7 de 17 de julio de 2012, Expediente N° 14-2010 de Segunda Sala Civil con Sub-Especialidad Comercial. Citado en: Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, Presentación, p. V). (El resaltado es del autor).

²⁷ “La necesidad de que cualquier sujeto extraño a la original estipulación del convenio arbitral deba manifestar, para ser a ella vinculado, su aceptación a la misma, en obsequio al fundamento consensual del arbitraje, parece encontrar confirmación, en primer lugar, en los principios constitucionales.

possible vincularlo si no desea– está la esencia del tema investigado, el cual no puede ser resuelto a marchas forzadas, por lo menos en sede nacional.

Algunos exégetas simplifican el tema y consideran que este se refiere a un sujeto procesal que, por circunstancias ajenas a él, no ha firmado el convenio pero que es parte del conflicto. En tal calidad, entonces, todo lo que quedaría sería indagar en su conducta posterior para presumir su consentimiento, atendiendo a la buena fe. El problema en efecto es ese. Sin embargo, la manera como el enunciado normativo peruano resuelve el tema es audaz, al extremo de estimarse irresponsable, así, prescinde de la necesidad de acreditar otras referencias escritas que sustenten la vinculación del sujeto al convenio. En lugar de ello, elige privilegiar actos de ejecución contractual y beneficios obtenidos de la relación material, sin advertir que ambas situaciones no producen, por ellas mismas, la acreditación indubitable de que hay consentimiento.

7. El primer párrafo del artículo 14 del Decreto Legislativo 1071.²⁸

Afirma Caivano²⁹ que las posibilidades de acumulación en el procedimiento judicial son amplias. La frase es parte de un párrafo que resumimos y que pretende establecer diferencias con lo que ocurre en sede arbitral. Y aunque la distinción es obvia, las razones en las que tal afirmación se sustenta no son las indicadas, sin perjuicio de que tampoco sean consistentes.

La actuación del juez respecto de su potestad de admitir el ingreso de un tercero al procedimiento, como ya lo anotamos, es consecuencia de la necesidad de otorgar plena tutela procesal a todos los involucrados en el conflicto, es decir, el objeto de su decisión es evitar procedimientos inválidos. Lo que está fuera de discusión es que tiene la potestad para hacerlo, con base legal o sin ella. Si un sujeto debe ser parte de un procedimiento, seguirlo sin él sería un

De hecho, si la voluntad personal de las partes de entregar a los árbitros, antes que al juez ordinario, la resolución de la controversia, se pudiese extender a los conflictos de aquel que entra a sustituirlos en la relación sustancial, terminaría por vincular a este último a un régimen arbitral al cual no se ha adherido, perjudicándolo en su derecho de acudir al 'juez natural preconstituido por ley' garantizado por el artículo 25, primer párrafo de la Constitución y violando además lo dispuesto por la concordancia del artículo 24, primer párrafo (derecho de acción en juicio) y 102, primer párrafo (reserva de la función jurisdiccional a los jueces ordinarios), a raíz del cual 'el fundamento de cualquier arbitraje es la existencia de libre elección por las partes': porque solo la elección de los sujetos (entendida como uno de los posibles modos de disponer, también en sentido negativo, del derecho al que se refiere el artículo 24, primer párrafo, de la Constitución) puede derogar el precepto contenido en el artículo 102, primer párrafo, de la Constitución" (CARLEO, Roberto. *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*. Ob. cit., pp. 7 y 8).

²⁸ "Artículo 14. Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. (...).

²⁹ "... 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" (CAIVANO, Roque. *Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples*. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 4. Lima: Grijley, 2006, p. 67).

desperdicio de dinero y tiempo, sin perjuicio de la desconfianza social que produciría el objetivo frustrado de no resolver el conflicto. Por otro lado, cómo será esta temática de compleja que, en sede judicial, existe la posibilidad de que un sujeto se apersone a un proceso en trámite y proponga una pretensión contra las dos partes que ya litigan sobre el mismo bien jurídico. Si el juez admite el pedido, las partes que iniciaron el procedimiento pasan a integrarse como parte demandada respecto del interveniente. Esta es la llamada intervención excluyente principal³⁰, la cual no está al servicio de intereses privados (dinerarios por ejemplo) sino a la necesidad de evitar procedimientos o fallos carentes de eficacia.

Volviendo al tema arbitral, en su vertiente teórica, neutra e ingenua, el objetivo del enunciado normativo estudiado consiste en ampliar los límites subjetivos del convenio arbitral. Se pretende obtener este fin extendiendo su eficacia a sujetos distintos de los firmantes. El presupuesto implícito es que se trate de sujetos involucrados en la relación material. Adviértase que, además de implícito, el presupuesto es impreciso³¹.

Sin perjuicio de lo expresado y dado que nada es neutro en derecho, no es desdeñable considerar que el verdadero fin que se pretende es extender la funcionalidad del arbitraje como instrumento para coadyuvar al actual vértigo de una economía globalizada³².

El primer párrafo del enunciado normativo contiene la regulación de las técnicas que deben emplearse para descubrir el consentimiento no expresado, es decir, la voluntad no declarada del sujeto que no firmó el convenio, básicamente a partir de una interpretación del comportamiento de este sujeto no signatario respecto de la relación contractual (antes, durante o después de la celebración del contrato) de la que el convenio arbitral forma parte o al que este se encuentra

³⁰ Código Procesal Civil

“Artículo 99. Intervención excluyente principal

Quien pretenda, en todo o en parte, ser declarado titular del derecho discutido, puede intervenir formulando su exigencia contra demandante y demandado.

Esta intervención solo será admisible antes de la expedición de la sentencia de primera instancia.

El excluyente actuará como una parte más en el proceso. Si ofreciera prueba, esta se sujetará al trámite propio del proceso en que comparece, otorgándose similares facultades probatorias a las partes.

La intervención del excluyente no suspende el proceso, pero sí la expedición de la sentencia”.

³¹ “Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Este es un error conceptual que 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 la luz del principio de buena fe” (BULLARD GONZÁLES, Alfredo. En: *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Ob. cit., pp. 202 y 203).

Nota: Para empezar, todo sujeto que ingresa a un procedimiento iniciado es un tercero interveniente. Ello no es bueno ni malo; ni error ni acierto, solo es. Para terminar, la hipótesis del artículo 14 no es de intervención de tercero pero, si el arbitraje se hubiera iniciado, los criterios deberían de funcionar tal cual.

Si el artículo 14 se refiere a una parte (hay que explicitar si es contractual o arbitral, porque, aunque se parecen, no son lo mismo, en tanto el sujeto puede haber firmado el contrato pero no el convenio si estos estuvieran en documentos separados, o viceversa), el tema está resuelto. Es inútil explorar su consentimiento. Solo hay que preguntarle sobre su interés. Si no está dispuesto a ser parte del arbitraje, es imposible vincularlo. El tema se acabó. Salvo el caso excepcional de que haya prueba escrita de su consentimiento, en los términos de la Ley Modelo UNCITRAL.

³² “(...) si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas, 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” (DE TAZEGNIES GRANDA, Fernando. *El rasgado del velo societario dentro del arbitraje*. En: Ius et Veritas, N° 29. Lima: Asociación Civil Ius et Veritas, 2000, p. 20).

relacionado. Esta conexión, precisa la normativa descrita, permitirá descubrir la voluntad (“consentimiento” lo llama) del sujeto no signatario, atendiendo a las reglas de la buena fe.

Y entonces aparecen los inconvenientes. Cuando un sujeto –esto es, cualquiera de nosotros– participa en una relación contractual, no puede estar seguro que esta desembocará en un conflicto, pero tampoco puede confirmar que no se va a presentar. Dado que no es terreno seguro lo uno ni lo otro, vamos a describir las distintas posibilidades que pueden presentarse en esta relación singular entre la presunta existencia de consentimiento y la ausencia de manifestación de este.

a) Imaginemos que una de las partes contractuales está formada por tres sujetos y uno de ellos no ha firmado el documento contractual –que contiene el convenio arbitral– pero sí aparece en los datos generales de este.

Si así fuera, lo ocurrido es una de dos: una omisión involuntaria o un rechazo del sujeto al establecimiento de la relación contractual. Y es aquí cuando el enunciado normativo aporta su arriesgada técnica interpretativa. Si el sujeto ha tenido participación en la negociación del contrato, o es protagonista de su ejecución, o ha tenido alguna otra forma de actuación activa respecto al contenido de la relación contractual, se está, a juicio del artículo 14, ante una omisión involuntaria. Siendo así, la interpretación sobre la existencia de un consentimiento se considera procedente. En este caso hasta tendría sentido referirse a una “parte no signataria”.

Sin embargo, el error de esta interpretación es doble. Por un lado descarta la voluntad del sujeto, sin advertir que esta sigue siendo esencial para definir su incorporación y, por otro, se desinteresa por investigar la existencia de otras formas escritas que consoliden la aislada interpretación de los hechos.

b) Existe otra variable que hace más incierta la técnica de descubrir el consentimiento a partir de los hechos. Ocurre que el objeto de la prestación contractual puede alterar lo que en el párrafo anterior parecía obvio. Si el objeto del contrato es divisible respecto de aquella parte contractual formada por varios sujetos, entonces es perfectamente posible que se pueda suscitar un conflicto pero que no alcance, necesariamente, a todos los conformantes de la parte contractual. Y si es así, cuando se plasme la relación procedural en sede arbitral habrá que advertir, por ejemplo, si hay sujetos que cumplieron con su prestación, por cierto de haberlos no deben ser emplazados. Y si lo fueran, carecerían de legitimidad para obrar pasiva, situación que los conduciría a una innecesaria participación.

c) La situación varía sustancialmente si el sujeto que no firmó el documento que contiene el contrato –del cual forma parte el convenio arbitral– tampoco es sujeto contractual, esto es, no conforma una de las partes, a pesar de lo cual se ha beneficiado de la ejecución del negocio. En esta hipótesis, la técnica desarrollada por el artículo en comentario aumenta ostensiblemente su rango de ineficiencia. Para empezar, si no es un sujeto contractual es muy complicado afirmar que hay una omisión –voluntaria o no– en su actuación; por ello, no habría forma de calificarlo como “parte no signataria”.

Por otro lado, prescribir que un sujeto que ha negociado o ejecutado o concluido el contrato, o que se ha beneficiado con él pero que no lo ha suscrito obviamente porque no es parte,

debe ser involucrado en el procedimiento arbitral sin que importe su consentimiento expreso. Ello impone severas alteraciones al buen juicio.

Una pregunta clave para discernir lo razonable en medio de este entrevero es: ¿cómo determinar la calidad e intensidad del involucramiento del sujeto no signatario? Sobre todo, atendiendo a que se trata de un presupuesto para estar persuadidos de algo tan íntimo como confirmar su consentimiento. Definitivamente no es un interviniente litisconsorcial necesario; tampoco un interviniente litisconsorcial unitario. Yéndonos al otro extremo, tampoco podría ser un interviniente facultativo y ni siquiera un tercero coadyuvante³³. Entre otras razones, porque estos últimos se incorporan al procedimiento cuando está en trámite y no parece ser la hipótesis del artículo 14.

Imaginemos que hay consenso entre las partes y el árbitro para incorporar a un sujeto no signatario al procedimiento arbitral por iniciarse. Se le notifica y este rechaza el pedido. Atendiendo a lo ya desarrollado, cualquier intento de forzar el ingreso de este sujeto al arbitraje será inconstitucional. El sujeto no signatario que no es parte de la relación contractual (léase material) tiene, ya lo dijimos, un derecho a la tutela jurisdiccional, el cual le impone al Estado el deber de otorgarle prestación jurisdiccional apenas lo solicite. Siendo el pacto arbitral una renuncia voluntaria, expresa y deliberada a la tutela estatal, su cuestionamiento por el involucrado no admite discusión.

Aun cuando lo descrito está más allá de lo que prescribe el artículo 14, resulta determinante volver sobre él para identificar las exageraciones de este. Todo intento de interpretar la existencia de consentimiento con el fin de incorporar a un sujeto no signatario del convenio a un arbitraje, exclusivamente a partir de los hechos realizados por este o por los beneficios que obtiene por la ejecución de la relación material, atraviesa la delicada tarea de no violar el riguroso límite impuesto por la autonomía de la voluntad y la autonomía del convenio arbitral. El primero con sustento constitucional y, el segundo, en calidad de presupuesto de la disciplina arbitral.

Expresado de manera invertida, la ampliación del límite subjetivo del convenio arbitral, según el artículo 14, se obtiene de interpretar que algunos actos realizados por un sujeto, referidos al contenido contractual, confirman indubitablemente la voluntad de este de renunciar a la tutela jurisdiccional. Igual resultado se obtiene al interpretar el hecho de que el sujeto no signatario se benefició de la ejecución de la relación material. El artículo es discutible y confuso tanto al derecho como al revés.

Complementando lo dicho, la interpretación se sostiene en el hecho primario de que como al sujeto no signatario le interesa la ejecución del contrato, entonces también le interesa la solución del conflicto en sede arbitral, que es lo que de otra manera también se concluye cuando, partiendo de la realización de algunos actos de ejecución, se determina que jurídicamente firmó el convenio. Lo expresado constituye un salto argumental delicado y peligroso, además de incoherente. El

³³ Un rasgo esencial al litisconsorte facultativo es que puede o no incorporarse al procedimiento, quedando ello, en gran medida, a discreción de los litigantes o del mismo litisconsorte. Asimismo puede darse en el lado activo como en el pasivo de la relación procesal.

La intervención coadyuvante es una forma de intervención voluntaria y se caracteriza porque el coadyuvante pide incorporarse al procedimiento para apoyar a una de las partes. Sus facultades procesales son muy reducidas, por esa misma razón la decisión no lo vincula directamente. Es decir, si su coadyuvado pierde, los efectos de la sentencia no podrán serle exigidos. Un rasgo común a todas las formas de intervención es que se presentan cuando el procedimiento ya se ha iniciado, como ya se anotó.

interés en el contenido material del contrato es ajeno al interés en que el conflicto se resuelva en sede arbitral; no hay nexo lógico entre ellos. Cuando los rieles de un tren se intersecan, este se descarrila.

El desarrollo argumental, no lo olvidemos, tiene como objetivo encontrar el hecho que permita concluir que el sujeto no signatario tiene interés y voluntad de que el conflicto sea resuelto en sede arbitral, a pesar de la contingencia de no haber firmado el documento que contiene el contrato o el mismo convenio.

8. El límite subjetivo del convenio en el derecho comparado

Conforme a lo descrito, las hipótesis del primer párrafo del artículo 14 no son claras. Ahora falta saber si, además, son contrarias a derecho. Apreciamos algunos desarrollos doctrinales atendiendo a que la ampliación del límite subjetivo del convenio arbitral tiene distintas formas de presentarse y, por cierto, distintas maneras de ser decidida. Dado que existen varias instituciones que tienen relación con la ampliación estudiada, corresponde a cada legislador apreciar cuáles pueden ser las más idóneas para su propio ordenamiento, esto es, cuáles tienen la aptitud de permitir la ampliación pero sin afectar los derechos constitucionales de los involucrados, si fuera posible.

8.1. La consolidación de arbitrajes

La consolidación de arbitrajes tiene dos presupuestos fácticos: la existencia de más de un arbitraje y, por otro, que entre ellos haya una o más cuestiones de hecho o de derecho comunes. Presentada esta situación, se permite que uno de los participantes en alguno de los arbitrajes, solicite al juez ordinario que reúna los procedimientos arbitrales en un solo árbitro o en un colegiado. El juez estimará el pedido siempre que cumpla con determinados requisitos que están previstos en la ley de los países en que se emplea.

La doctrina suele subrayar que los requisitos jurídicos de la consolidación son dos. Por un lado, que el método de selección de los árbitros sea el mismo en los distintos acuerdos arbitrales y, por otro, que no se haya convenido una cláusula de prohibición a que las partes puedan solicitar una consolidación con otros arbitrajes. Las regulaciones más antiguas datan de 1975 para el Estado de Michigan; 1977 para la de Massachusetts y 1978 para la de California. Esta última establece requisitos muy específicos para que una parte solicite al juez la consolidación³⁴.

El instituto de la consolidación es relevante para nuestra investigación sobre el sujeto procesal no signatario, porque luego de asentarse su regulación en los Estados Unidos, pasó a ser

³⁴ “La actual legislación californiana prevé que una parte firmante de un convenio arbitral puede solicitar a la autoridad judicial la consolidación de más arbitrajes si concurren las siguientes circunstancias: a) Hay más convenios o procedimientos arbitrales distintos entre las mismas partes, o bien una de las partes o ambas, son parte de un distinto convenio arbitral o procedimiento arbitral que lo vincula a un tercero; b) Los conflictos objeto de diversos arbitrajes tienen como origen los mismos contratos o una serie de contratos conexos; y, c) Los conflictos mismos presentan perfiles de hecho o de derecho comunes que, si los decidieran árbitros diversos, podría conducir a decisiones contradictorias” (SALVANESCHI, Laura. *L'arbitrato con pluralità di parti*. Ob. cit., p. 11).

empleado, por vía interpretativa, para los contratos coligados y también para aquellos casos donde no hay consentimiento explícito ni implícito de las partes.

Un *leading case* en la materia fue expedido, en 1975, por la Corte de Apelación del Segundo Circuito de los Estados Unidos, convirtiéndose en un acontecimiento jurisprudencial por haber admitido la consolidación de dos arbitrajes en vía de interpretación extensiva, no obstante que una de las partes no había, por lo menos explícitamente, suscrito el convenio arbitral³⁵.

Sin embargo, la situación no se mantuvo estable. En 1984, nueve años después del caso Nereus, la Corte de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos se apartó de aquél generando una orientación contraria. La tesis que desarrolló es que el procedimiento arbitral no puede ser viable para una consolidación puesto que el arbitraje “*is a creature of contract*”. Con ello se rechaza la consolidación de arbitrajes considerando expresamente que las Cortes solo pueden ordenar que se proceda en sede arbitral “*in accordance with the terms of the arbitration agreement*”³⁶. Lo que está exigiendo la Corte, como se advierte, es que las partes acuerden una consolidación al interior del convenio arbitral para que esta proceda.

³⁵ En enero de 1971, una empresa liberiana, Nereus Shipping S.A. (Nereus), propietaria de un barco, había convenido un *chárter party* (contrato de fletamiento) de tres años de duración con una empresa venezolana, Hidrocarburos y Derivados C.A. (Hideca), para el transporte de petróleo. El contrato contenía un convenio arbitral que disponía la formación de un tribunal de tres miembros, uno elegido por cada parte y el presidente por ambos árbitros. Meses después, las partes convinieron integrar a un tercero a la relación contractual, la Compañía Española S.A. (Cepsa), por medio de una adenda en la cual la empresa española se obligaba en calidad de garante, en caso de incumplimiento de Hideca frente a Nereus. La adenda, que no contenía convenio arbitral, decía que Cepsa asumía los derechos y obligaciones de Hideca “*on the same terms and conditions as contained in the Chárter Party*”.

En 1973, el embargo petrolífero de los países árabes impidió a Hideca cumplir con sus obligaciones. Entonces Nereus hizo valer sobre Cepsa los derechos derivados de la adenda del *chárter party*. En agosto de 1974, Nereus e Hideca intercambiaron demandas arbitrales. Para setiembre, Nereus inició contra Cepsa otro procedimiento arbitral. Cepsa excepcionó diciendo que era ajena al convenio arbitral, empezando un proceso judicial destinado a que se emitiera una inhibitoria que impida a Nereus continuar con el procedimiento arbitral. Este procedimiento, junto a otros promovidos entre las partes, terminó con el reconocimiento de su implícita adhesión al arbitraje y con la orden de consolidación de los arbitrajes Nereus–Hideca y Nereus–Cepsa ante un tribunal arbitral compuesto por cinco miembros, nombrados uno por Hideca, uno por Nereus, uno por Cepsa, y los otros dos nombrados por los tres árbitros elegidos por las partes. Esta decisión de primer grado fue apelada y allí intervino la Corte de Apelación.

La Corte sostuvo que era importante una lectura coordinada del *chárter party* y de la adenda, lo que determinaba la vinculación de Cepsa al convenio arbitral, dado que este vinculaba “*not only the original parties, but also all those who subsequently consent to be bound by (the term of the contract)*”.

Sobre la consolidación, la Corte confirmó la relevancia de que hayan cuestiones comunes de hecho y de derecho que, de examinarse separadamente, hubieran podido producir decisiones contradictorias (527 F.2d 966).

³⁶ Se trata de un *time parter chárter* (contrato de fletamiento a tiempo parcial) convenido entre Trans Pacific Shipping Co. con Weyerhaeuser Co. El *time chárter party* contenía un convenio arbitral por el que las partes se comprometían a resolver sus controversias ante un tribunal de tres árbitros. Weyerhaeuser había convenido con un tercero, Karlander Australia Party Ltd., un contrato de subarrendamiento de la misma nave, conteniendo un convenio arbitral idéntico al del contrato principal. Al surgir una controversia, Karlander Australia Party Ltd. interpuso demanda arbitral contra Weyerhaeuser, quien a su vez había iniciado un procedimiento arbitral contra Trans Pacific Shipping Co.

La Corte del Noveno Circuito debía decidir una demanda de consolidación de dos arbitrajes frente a cinco árbitros. La Corte no siguió el precedente Nereus afirmando que el procedimiento arbitral no puede continuar con el acuerdo parcial de las partes, porque el arbitraje “*is a creature of contract*” (568 F. Supp. 1220 [N.D. Cal. 1983]).

Se ha ido decantando una tendencia a no admitir la consolidación o, en cualquier caso, a respetar el empleo de la cláusula de exclusión a lo convenido por las partes. Hacia 1993, la misma Corte de Apelación del caso *Nereus* (la del Segundo Circuito) resolvió una controversia en materia de consolidación entre *The Government of the United Kingdom of Great Britain* y *The Boeing Company*³⁷. Allí decidió que las Cortes no pueden ordenar la consolidación de procedimientos arbitrales si estos se originan en diferentes convenios arbitrales y en ausencia de un acuerdo de las partes que consienta tal consolidación, aunque los diversos procedimientos arbitrales envuelvan las mismas cuestiones de hecho y de derecho.

A manera de conclusión advertimos que, sea con base normativa o teniendo como origen la vía interpretativa, la consolidación tiene ventajas y desventajas. Resulta evidente que su empleo va a evitar que se expidan fallos contradictorios. Asimismo, con la consolidación se produce una reducción de los costos del arbitraje y, sin duda, una reducción de los tiempos del procedimiento.

Sin embargo, atendiendo a la peculiaridad de su origen, la consolidación afecta el principio de voluntariedad que, ni más ni menos, es la esencia del arbitraje, tal como hemos venido afirmando. Esto se manifiesta, por ejemplo, en el hecho de que lo que regularmente convienen las partes es un arbitraje bilateral y, de pronto, empiezan a formar parte de un arbitraje complejo en el que, además, el juez ordinario establece un mecanismo de formación del tribunal que no necesariamente es el que acordaron en el convenio.

8.2. El *vouching-in* en el arbitraje

Otra forma de extender el límite subjetivo del convenio arbitral a quienes no lo han firmado es el *vouching-in*. Este instituto consiste en que el demandado en un arbitraje emplaza a un tercero a quien considera responsable del objeto del proceso (pretensión) que viene soportando, a fin de que lo indemnice en caso este acabe con su derrota. Un elemento destacable de esta institución es que el tercero, una vez notificado, pasa a estar vinculado por lo decidido en el laudo, con prescindencia de su participación o el ejercicio efectivo de su defensa.

Si el tercero rechaza incorporarse al arbitraje y el demandado es condenado, este puede demandar una indemnización a aquél, teniendo en cuenta que toda cuestión decidida en el primer proceso tiene la calidad de firme, esto es, no puede ser objetada por el tercero que fue notificado para que se incorpore al procedimiento arbitral. Dicho de otra manera, le es oponible.

Así como la consolidación tiene reminiscencias con el instituto de la acumulación tratado en este trabajo, el *vouching-in* reconoce como antecedente otro instituto procesal, la denuncia civil. Como sabemos, este es el pedido que la parte emplazada hace al juez para que integre a un tercero al proceso contra quien tiene una pretensión propia. Nótese que aun cuando se amplía el objeto del proceso (pretensión), el procedimiento sigue siendo uno. Es una manera de anticipar una pretensión de regreso. Por cierto, no se trata de la misma institución pero guardan considerable semejanza. En el proceso civil peruano la denuncia civil está regulada en el artículo 104 pero con otra sumilla³⁸.

³⁷

(998 F. 2d 68).

³⁸

Artículo 104. Aseguramiento de pretensión futura

La Corte de Apelación del Segundo Distrito de los Estados Unidos decidió que el *vouching-in* puede ser empleado tanto en el arbitraje como en el ámbito judicial, aunque el tercero no hubiera consentido el arbitraje. El caso se origina en un *chárter party* (contrato de fletamiento) con convenio arbitral. Un estibador contratado para colocar la carga en la nave provocó daños tanto en el camión que contenía la carga como en la nave. El propietario de la carga demandó al propietario de la nave y al fletador para que le paguen los daños. Ambos hicieron valer su derecho de regreso contra el estibador. Resuelto el caso entre el propietario de la carga y el de la nave, la cuestión entre este y el fletador pasó a ser resuelta por un tribunal arbitral conformado en Londres.

El laudo declaró que el perjuicio había sido producido exclusivamente por responsabilidad del estibador y que el fletador era responsable respecto del propietario de la nave por tal negligencia. Por eso el estibador recibió un *vouching-in notice* del fletador y aquél contestó rechazando participar en el procedimiento arbitral. La Corte Distrital de Nueva York rechazó la demanda porque el estibador no había participado del procedimiento arbitral y tampoco había consentido estar vinculado al laudo, pero, reexaminada la cuestión de mérito, llegó a resultados muy similares a los decididos en el ámbito del procedimiento arbitral.

La cuestión de la procedencia del *vouching-in* pasó a ser decidida por la Corte de Apelación, la cual resolvió que en un arbitraje sobre fletamiento un estibador puede estar garantizado por el fletador, siempre que el estibador sea quien deba indemnizar al fletador. Esto porque el *vouching-in* no precluye por la diferencia entre un procedimiento judicial y un arbitral, y tampoco por la regla de que un sujeto no puede ser vinculado por un laudo si no ha consentido el arbitraje³⁹.

Sin embargo, es más o menos evidente que toda la tendencia dirigida a no admitir la consolidación porque afecta al no firmante –lo que es muy sensible en sede arbitral– es más fuerte en el caso del *vouching-in*, en tanto se exige de manera más intensa la voluntad de las partes. Como se advierte, el tema sigue abierto debido a la contradicción –insalvable a nuestro criterio– que se presenta entre la autonomía de la voluntad como fuente de origen del arbitraje y la incorporación de un sujeto que no ha pactado el convenio ni ha aceptado su incorporación posterior.

9. La llamada doctrina del “grupo de sociedades”. El caso de los contratos coligados

Sobre la base del origen contractual del convenio arbitral, se ha desarrollado una teoría según la cual los efectos de este se extienden a todas aquellas empresas que conforman un grupo económico con una de las firmantes del convenio.

Como se advierte, esta teoría reduce la importancia del consentimiento para obligarse a un arbitraje, reemplazándolo por la relación que existe entre una sociedad no signataria con el grupo económico al cual pertenece, pasando este a ser parte de la relación arbitral.

La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él.

El llamamiento queda sujeto al trámite y efectos previstos en el artículo 103.

³⁹ “(...) a stevedore may be vouched into an arbitration under a charter party by a charterer where the stevedore is the charterer's indemnitor”. SCAC Transport (USA) Inc. v. S.S. Danaos (845 F.2d, 1157).

Analicemos un *leading case* sobre la materia: el caso Dow Chemical (CA París, 21.10.83, Isover-Saint-Gobain vs. Dow Chemical France). Los hechos descritos apretadamente son los siguientes: en 1965 Dow Chemical Venezuela firmó un contrato de distribución con Boussois-Isolation (francesa). Transcurrido un tiempo, la primera cedió su posición contractual a Dow Chemical AG (suiza), una filial de Dow Chemical Company (estadounidense). Boussois-Isolation, por su lado, cedió su posición contractual a Isover-Saint-Gobain para la distribución en Francia de sus equipos industriales.

En 1968 Dow Chemical Europe (suiza), filial de Dow Chemical AG y de otras tres sociedades, firmó un segundo contrato de distribución con Isover-Saint-Gobain. Los dos contratos tenían convenio arbitral, en la previsión de que la prestación de entregar los productos especificados en los contratos a Isover-Saint-Gobain, deban ser realizados por Dow Chemical France o cualquier filial de Dow Chemical Company.

Al producirse un desacuerdo, Dow Chemical France, Dow Chemical Company, Dow Chemical AG y Dow Chemical Europe iniciaron un arbitraje contra Isover-Saint-Gobain. Esta argumentó no tener convenio arbitral con Dow Chemical France y Dow Chemical Company, las que respondieron que si bien no eran signatarias de los contratos, lo habían consentido.

El tribunal arbitral, vía laudo preliminar, aceptó a las dos empresas no signatarias como demandantes. Uno de sus argumentos fue que las empresas referidas formaban un grupo de sociedades con el que se había suscrito el convenio y que *"indistintamente de la identidad jurídica separada de cada uno de sus miembros (...) constituye una y la misma realidad económica"*.

La Corte de Apelaciones de París, en una decisión de octubre de 1983, confirmó el laudo preliminar. Los jueces dijeron que los árbitros habían resuelto *"de acuerdo con la común intención de todas las sociedades involucradas"* y que solo *"subsidiariamente"* el laudo se refería *"a la noción del 'grupo de sociedades' (...) de acuerdo con las costumbres del comercio internacional"*.

Este caso y otros de la jurisprudencia francesa han requerido precisiones de la doctrina para no ser mal interpretados. Sin embargo, básicamente la idea que se ha mantenido es que no es exacto que el caso Dow Chemical y sus secuelas privilegien la pertenencia a un grupo de sociedades como fundamento para incorporar a sujetos no signatarios, sino que más bien refuerzan la tesis de la necesidad del consentimiento⁴⁰.

Una variante de lo descrito es el caso Thomson⁴¹, un *leading case* para el derecho norteamericano. Los hechos fueron los siguientes: la empresa Thomson-CSF S.A. adquirió una empresa (Redifussion Simulation Ltd.) que tenía suscrito un contrato con la demandante (Evans & Sutherland Computer Corporation) en el cual había convenio arbitral. Esta pretendía que se extiendan los alcances del convenio arbitral a Thomson-CSF S.A.

⁴⁰ "Se sigue del laudo arbitral en el caso Dow Chemical que el hecho de que una empresa no signataria forme parte de un grupo de sociedades firmantes de una cláusula compromisoria no es suficiente para extender dicha cláusula a la sociedad no signataria. En otros términos, no es la existencia de un grupo, sino la intención de las partes. Esta es una cuestión factual" (HANOTIAU, Bernard y STEIN, Erica. *La extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios: ¿una marginalización del consentimiento?*. En: Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. 62).

⁴¹ Thomson – CSF S.A. v. American Arbitration Association, 641 f. 3d 773, 776, 2 Circ. 1995, US Court of Appeals.

Aun cuando la Corte de Apelaciones denegó ampliar el límite subjetivo del convenio, propuso ciertos criterios que consideró deberían ser tenidos en cuenta para aquellos casos en los que se estime necesaria una extensión subjetiva del convenio. Describámoslos.

a) En aquellos casos en los que algunos contratos se interafectan, la situación jurídica surgida de la relación entre ambos recibe en doctrina privada la denominación de contratos coligados o vinculados o grupos de contratos⁴². Ahora, cuando se considera acreditada la existencia de tal conexión, tal situación determina que el convenio arbitral acordado en un contrato vincule a los que participan en el otro ligado a aquél. Cuando esto ocurre se afirma que se ha producido un consentimiento por referencia⁴³.

Sin embargo, se debe prestar mucha atención a estos casos, en tanto relaciones como las descritas pueden servir para dar por cierta la situación que más convenga a los involucrados⁴⁴.

b) Si de la conducta del o de los sujetos del contrato "A" se puede desprender su intención de someterse al arbitraje, se afirma, entonces, que se ha producido un consentimiento tácito (*Assumption by Conduct*)⁴⁵.

c) Otro aspecto a ser analizado consiste en advertir si existe una relación de representación o agencia entre firmante y no firmante –es decir, entre un sujeto del contrato "A" (firmante) y otro del contrato "B" (no firmante) existe una relación inclusiva de "A" sobre "B". Si así fuera, se puede decir que el convenio vincula al sujeto del contrato "B". Esto es lo que se ha dado en llamar la teoría de la única voluntad común en las subsidiarias.

Sin embargo, lo expresado debe ser tamizado por la enseñanza del caso Dow Chemical, es decir, hay que reflexionar sobre hasta dónde nos puede conducir tal conclusión: si asumimos que la relación de representación o subsidiariedad entre las sociedades es razón suficiente para extender

⁴² "De acuerdo con lo anterior, los contratos coligados se caracterizan por la necesidad de que concurren una pluralidad de contratos (no es posible usar un solo contrato complejo) que a pesar de tener distinta tipología o funciones, están estructurados para servir a un propósito común que atraviesa a todos los negocios jurídicos como su causa interna, sin que eso implique una renuncia o un cambio del régimen jurídico individual de cada tipo contractual. Así, la compraventa o el arrendamiento no perderán su nota característica por tener la calidad de contratos coligados, sin embargo, el motivo de su celebración y sus alcances adquieren sentido dentro del negocio global del que forman parte" (VELÁSQUEZ, Raffo. *Partes y terceros en los contratos y los arbitraje*. En: Ius et Veritas, N° 52. Lima: Asociación Civil Ius et Veritas, 2016, p. 222).

⁴³ "1) Incorporación *per relationem* del convenio arbitral expresamente contenido en un contrato separado pero estipulado entre las mismas partes (*incorporation by reference*), como ocurre en el caso concreto del conocimiento de embarque (*bill of lading*)" (CARLEO, Roberto. *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*. Ob. cit., p. 4).

⁴⁴ "No hay duda que el criterio voluntarístico sea el determinante en las operaciones complejas, pero está sujeto a las incertidumbres de su aplicación y encuentra un límite en la exigencia de evitar abusos de parte del contrayente que autonomiza aquello que está correlacionado, o, por otro lado, relaciona aquello que es autónomo, a fin de alcanzar resultados contrarios a la ley" (ZUCCONI GALLI FONSECA, Elena. *Collegamento negoziale e arbitrato*. En: *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*. Milán: Giuffrè, 2007, p. 61).

⁴⁵ "2) Asunción *per facta concludentia* de la obligación de recurrir a los árbitros (suposición), aun en ausencia de suscripción del convenio arbitral, por ejemplo por la participación del sujeto no suscriptor en el procedimiento arbitral; sin embargo, es necesario que el comportamiento del sujeto no suscriptor sea absolutamente incompatible con la voluntad de rechazar el arbitraje, por lo que no puede hablarse de suposición en un comportamiento simplemente omisivo o involuntario" (CARLEO, Roberto. Ob. cit., p. 4).

el convenio -porque entre ellas existe una voluntad común- de tal aserto se puede obtener consecuencias extremas y peligrosas⁴⁶.

d) Otra opción de análisis pasa por advertir si en la relación entre quien firmó y respecto de quien pueda presumirse que lo hizo, existen indicios razonables de un propósito de encubrimiento entre ellos. Si así fuese, tal situación debe convertirse en presupuesto para levantar el velo societario (*Peircing of the corporate veil / Alter ego*)⁴⁷.

e) Finalmente, otra variante es aquella de quien niega su conexión a un convenio arbitral que no suscribió, aunque anteriormente desarrolló una conducta contraria a su actual negativa de asumirlo. Allí nos encontraríamos ante una hipótesis de afectación a la doctrina de los actos propios (*Estoppel*)⁴⁸.

Para concluir esta parte, si algo enseña el caso Thomson es que no es posible asumir reglas fijas ni instituciones que decantan con claridad si ha existido o no consentimiento, siendo lo razonable realizar el esclarecimiento de las situaciones de hecho antes descritas atendiendo a la particularidad de cada caso. Es necesario, entonces, estar atentos a los detalles fácticos que individualizan una situación de conflicto y, sobre todo, a la voluntad de los interesados. Solo así se podrá decidir si la incorporación es idónea. A este propósito, la referencia que hace el artículo 14 a la “buena fe” es, a todas luces, insuficiente.

10. El segundo párrafo del artículo 14 del Decreto Legislativo 1071⁴⁹

En doctrina arbitral se considera un valor entendido, como ya fue descrito, que el convenio es autónomo respecto del contrato del cual forma parte. Inclusive se suele afirmar, en prueba de tal aserto, que aun si este fuera declarado nulo, el convenio arbitral mantiene su vigencia. Entonces, si el convenio arbitral tiene tal nivel de autonomía, ¿cómo se sustenta la afirmación generalizada de que la cesión de posición contractual conlleva, necesariamente, la cesión del convenio arbitral?

⁴⁶ “3) Extensión del convenio arbitral estipulado por el mandatario o por el agente en contra del sujeto (no suscriptor) mandante o principal (*agency*); tal criterio, por otro lado, se aplica no solo cuando subsiste el efectivo poder del representante (*actual authority*), sino también en la hipótesis en la cual el poder del representante sea solo aparente (*apparent authority*), si la confianza de los terceros ha sido causada por el comportamiento del mismo (presunto) representado” (CARLEO, Roberto. Ibídem, pp. 4 y 5).

⁴⁷ “4) Rebasamiento del escudo societario (*Peircing of the corporate veil*): si el convenio arbitral resulta formalmente suscrito por una persona jurídica; ello no cierra la posibilidad de informar lo mismo a otra persona jurídica a ella conectada o directamente interesada en la relación principal, siempre que se demuestre que la primera (suscribiente) había obrado como *alter ego* de la segunda (no suscribiente); las Cortes americanas han considerado una variedad de factores que pueden constituir índices relevantes (incluso de la subsistencia de un intento fraudulento, en cualquier caso) de la circunstancia que una sociedad había obrado de hecho en interés de otra (*alter ego treatment*), como la subcapitalización, la ausencia de algunas formalidades societarias o, en general, la subsistencia de una estrecha conexión consistente en un penetrante control ejercitado por una sociedad sobre otra, que puede inducir a error a los terceros contratantes del sujeto que tiene la calidad de contraparte” (CARLEO, Roberto. Ibídem, p. 5).

⁴⁸ “5) Precluye el rechazo del arbitraje si el sujeto no suscribiente había aceptado, a sabiendas, los beneficios derivados de un acuerdo que contiene el convenio arbitral (*Estoppel*)” (CARLEO, Roberto. Ibídem, p. 5).

⁴⁹ “Artículo 14. (...). Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

Si la respuesta fuese que se trata de una excepción, surge otra pregunta más compleja aún: ¿por qué el convenio arbitral deja de ser autónomo cuando se decide ampliar su límite subjetivo? A menos que exista detrás una explicación contundente, aunque decididamente sofisticada -que, por lo demás, no hemos encontrado en la doctrina y tampoco logramos comprender- parecería que se ha inventado una situación sin sustento razonable.

Por otro lado, la frase central del enunciado normativo estudiado (*“quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato”*) contiene un universo normativo tan generoso que, llevado a la práctica, configura un ámbito de magnitudes insospechadas. Esta es la razón por la cual hay que estar muy atentos, pues podría involucrarse a personas que pueden pretender derechos o beneficios contractuales pero que no son sujetos procesales con calidad de parte.

Sirvámonos de un ejemplo. Se firma un contrato con estipulación a favor de tercero (C) entre A y B. En dicho contrato se pacta **convenio arbitral**. Como suele ocurrir en estos casos, C no participó del perfeccionamiento del contrato, de hecho, ni siquiera lo conocía. Dado que se trata de un contrato en el que no participó pero que lo beneficia, C parece encontrarse dentro de la hipótesis del segundo párrafo.

Ahora, ¿cómo presumir que C consintió someterse al convenio arbitral pactado entre A y B? Podría afirmarse que ello es así porque el objeto del contrato lo beneficia. Pero, si así fuera, ¿cómo puede obtenerse jurídicamente el nexo lógico que permita asegurar que quien desea el beneficio de una relación contractual ajena también desea un arbitraje? Por otro lado, ¿todo el que recibe beneficios tiene necesariamente deberes? Es decir, ¿el *quid pro quo* del contrato se extiende a quien no lo ha firmado pero se beneficia de él? ¿Cuál sería el fundamento jurídico para concluir ello? No tenemos la menor duda que este párrafo contiene una alta dosis de arbitrariedad. No lo olvidemos, se está afectando el derecho de C a exigirle al Estado tutela jurisdiccional, un derecho fundamental.

Variemos el ejemplo. Se pacta un contrato de seguro de vida que contiene una cláusula con convenio arbitral. La parte que contrata el seguro coloca a su hijo, menor de edad, como único beneficiario. El hijo desconoció la existencia del contrato hasta que su padre murió años después. Luego de la apertura del testamento el hijo, ya mayor de edad, se acerca a la empresa de seguros a cobrar el monto que le corresponde. Hay unos descuentos en el monto a recibir que el hijo no está dispuesto a aceptar. Se suscita, entonces, un conflicto de intereses con relevancia jurídica que debe ser resuelto, según la empresa aseguradora, en un arbitraje; según el hijo, ante el juez ordinario competente.

Atendiendo al segundo párrafo del artículo materia de análisis, el tema está resuelto, el hijo –en tanto beneficiario del contrato respecto del cual no fue parte– debe someterse al convenio arbitral que suscribió su padre cuando él era menor de edad. Ahora, ¿cómo se conecta la situación de beneficio contractual del hijo con su “consentimiento” en someter la disputa a un procedimiento arbitral?

No parece existir un fundamento jurídico elemental para vincular al tercero beneficiado de un contrato con el convenio arbitral contenido en este. Sin embargo, es unánime la respuesta afirmativa en ambos casos. ¿En cuál de sus manifestaciones está expresada la aplicación de la regla de buena fe para que, solventemente, funcione como sustento jurídico en este caso?

Imaginemos la hipótesis negada: hemos encontrado la regla de **buena fe** que le impone a un tercero beneficiado aceptar que el convenio arbitral pactado en un contrato, del que no es parte, lo vincula. Si así fuese, será necesario concluir que la posición contraria –oponerse al arbitraje– constituiría un acto de **mala fe**. Pero, ¿qué implica oponerse al arbitraje? Exigir el respeto al derecho a pedir tutela jurisdiccional al Estado. Ahora, si exigir judicialmente el respeto a un derecho fundamental es un acto de mala fe, hay una parte esencial de nuestro ordenamiento jurídico que se ha descompuesto.

Apreciamos un último ejemplo. A transfiere el dominio fiduciario de un conjunto de inmuebles de su propiedad a B (empresa fiduciaria), para garantizar préstamos con la entidad financiera C. Se firma el contrato de fideicomiso en garantía -el cual tiene incorporado un convenio arbitral- haciéndolo A como fideicomitente, B como fiduciario y C como fideicomisario. Como A no paga a tiempo sus cuotas, el fiduciario saca a remate uno de los inmuebles y se lo adjudica D. A cuestiona la validez del remate iniciando un arbitraje contra B, C y D. Como D no firmó el contrato, alegará que el convenio arbitral no lo vincula. Sin embargo, A responderá que ha emplazado a D en sede arbitral de conformidad con el artículo 14 de la Ley de arbitraje, esto es, como beneficiario del contrato de fideicomiso (título que dio origen a la subasta).

Adelantando posición sobre la materia y ante la prescripción del artículo 14, nos parece que un amago de mejor solución sería permitirle al tercero beneficiario (D) que opte entre el arbitraje o el proceso judicial. Partiendo del presupuesto que es válida –así lo pensamos- una interpretación *contra legem* del párrafo estudiado.

11. Una afirmación original de Alfredo Bullard

Bullard tiene un trabajo académico sobre el tema investigado. De él extraemos una frase que compendia su posición: “*Consentir el beneficio concedido significa aceptarlo con todas sus consecuencias, las deseadas y las no deseadas. Y ello incluye la consecuencia de arbitrar*”⁵⁰.

Si la frase estuviera referida a un matrimonio, estaríamos de acuerdo con el profesor peruano. Como en él se consiente recibir el beneficio surgido del negocio jurídico, es lógico que se asuman todas las consecuencias que de él se devenguen, el conocido *quid pro quo*. Como no es el caso, la frase no se refiere al contrato sino solo a los beneficios que recibe alguien que no lo ha firmado, no existe conexión lógica que permita afirmar que quien obtiene una posición de ventaja de una relación jurídica ajena, al hacerla efectiva manifiesta simultáneamente su voluntad de involucrarse en un arbitraje.

Se trata de una conclusión desprovista de fundamento. Gozar del beneficio (no consentirlo) no tiene otra implicancia que no sea eso: recibir los beneficios de una prestación no convenida. Si aquello implicara una carga, entonces será indispensable regular que esta consiste en el consentimiento del beneficiado de aceptar el arbitraje. Hasta podría normarse –esto de *iure condendo*– que se presume que si goza del beneficio es porque ha asumido la carga.

Sin embargo, nada de lo que estamos describiendo tiene relación con el párrafo de marras. Las consecuencias, deseadas o no, a las que se refiere Bullard no pueden estar implícitas en un

⁵⁰ BULLARD GONZÁLES, 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*. Ob. cit., p. 29.

contrato que, y esto no es poco, no vincula al beneficiario en tanto este no es parte de aquél. Y, finalmente, si una de estas consecuencias fuera la de aceptar un arbitraje –que Bullard se cuida de no decir si es deseable o no–, queda evidenciado que se trata de materia absolutamente ajena para el beneficiario de un contrato del que no es parte.

Resumiendo el comentario a la frase: el consentimiento que se pretende extraer del beneficio obtenido está referido al convenio arbitral. Como la aceptación del beneficio es un elemento funcional del contrato matriz y el consentimiento del convenio es un elemento estructural (es la formalidad vinculante) del contrato de arbitraje, no hay manera de establecer una conexión lógica (de antecedente a consecuente) entre el goce del beneficio y el consentimiento al arbitraje.

Por otro lado, y desde la vera del tercero, si la consecuencia de someterse a arbitraje fuese un efecto no deseado producto de haber aceptado el beneficio, entonces no lo vincula, precisamente porque no lo desea. Y si aceptar el beneficio fuese fuente de la consecuencia deseada de consentir el arbitraje, tampoco lo vincula porque deseándolo no lo expresó. Es de imaginarse todo lo que puede estar contenido en un contrato desde que se puede interpretar que todo lo deseado por las partes está implícito en él. Para no desconocerle mérito a la propuesta y por respeto al colega, podríamos admitir que su frase es un caso de serendipia. Solo falta encontrar qué es lo nuevo y bueno que ha descubierto.

Para concluir y regresando al punto de partida de la objeción: para aceptar que existe una renuncia al ejercicio de un derecho fundamental (pedir tutela jurisdiccional al Estado) lo menos que se puede exigir es una manifestación de voluntad indubitable.

12. Dos *leading cases* contradictorios

Se suscribió un contrato entre A y B. Se incluyó en el contrato la intervención de C en calidad de garante de las obligaciones que B asumió con A. El contrato contiene, asimismo, un convenio arbitral, en cuya redacción se dice que alcanza a: "*any dispute between the parties*" (cualquier disputa entre las partes). B incumplió sus prestaciones, lo que motivó que A demandara a B y C en sede arbitral.

C cuestionó su incorporación a la disputa arbitral. Una Corte norteamericana decidió que C, el garante, no había expresado claramente su intención de vincularse al convenio y que, por tanto, procedía su pedido de quedar excluido del procedimiento arbitral⁵¹.

Otra Corte de Apelación, en un caso que guarda identidad con el anterior, resolvió que el garante sí estaba vinculado porque el contrato con el que garantizaba a una de las partes le otorgaba los mismos "*rights and remedies*" (derechos y remedios) que a estas⁵².

Lo descrito –decisiones contradictorias respecto de una situación de hecho semejante–, nos conduce a advertir que la técnica que se emplee para vincular a un sujeto no signatario del convenio parece ser más importante que las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean al caso

⁵¹ 106 F.3d 201 (7th Circ. 1997). Grunstad v. Ritt. Citado por Yves Desrains. *Las partes no signatarias*. Ob. cit., pp. 337 y 338.

⁵² 210 F.3d 262 (4th. Circ. 2000) Kvaerner v. Bank of Tokyo Mitsubishi. Ibídem.

concreto. No se trata de concluir que en esta materia no es relevante la casuística, sin embargo, no puede descartarse el hecho de que estamos desprovistos de un método aceptable que nos permita reconocer la existencia de reglas fijas para declarar tal vinculación.

Todo lo cual encierra un grave peligro. En sistemas adscritos al modelo del *civil law* –como el nuestro- donde la ley no solo es fuente de derecho sino casi la única con calidad de primaria, es decir, con vocación vinculante (solo cabría agregar con la misma calidad a los hechos probados), las incertidumbres que encierra la aplicación de la técnica del caso por caso conducen a que las decisiones oscilen entre Escila y Caribdis, pueden ser lo óptimo o convertirse en un verdadero desastre. Como se advierte, el riesgo es ostensible.

13. La presunta génesis del artículo 14 del Decreto Legislativo

Casi todos los ordenamientos arbitrales sudamericanos, como el nuestro, suelen tener como referencia normativa la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional CNUDMI, conocida como Ley Modelo UNCITRAL.

Como toda ley que se precie de ser modelo, el ordenamiento citado, manifestación típica de la nueva *lex mercatoria*⁵³ que impone la globalización, se aparta de la estructura lógica condicional que es común en los enunciados normativos clásicos, esto es hipótesis de hecho y sanción (consecuencia). Por esa razón, en su lugar provee proposiciones descriptivas antes que prescriptivas. Inclusive llega al extremo de presentar “Opciones”, lo que permite que los ordenamientos particulares puedan elegir qué regular ante una situación determinada. Esta apertura para elegir, en ocasiones, le es otorgada a los mismos árbitros, en tanto resuelvan emplear la Ley Modelo al caso.

La idea es contar con un sistema arbitral que coadyuve a la eficiencia del comercio internacional, presentando el mayor grado de identidad que pueda obtenerse en las actuaciones y en las respuestas de los órganos arbitrales de distintos países. Se trata de un ordenamiento neutro, lo que significa que, siendo técnicamente ajeno a producir influencias sobre aspectos puntuales, ideológicamente está al servicio de la eficiencia que exige una economía mundializada. En otras palabras, está hecha para consolidar la circulación vertiginosa y segura de los bienes y servicios, tal como lo necesita e impone una sociedad signada por el consumo masivo como regla primaria y el aumento constante de la ganancia como objetivo final.

La Ley de Arbitraje peruana fue promulgada en fecha y circunstancia muy especiales. Ocurrió a mediados del 2008 y dentro de un paquete de medidas destinadas a “persuadir” a Estados Unidos sobre la conveniencia de firmar un Tratado de Libre Comercio con el Perú. A este propósito, era necesario acreditar cuán dispuesta estaba una nación pobre y dependiente a adecuar su estructura jurídica a las exigencias del supremo guardián de la globalización económica y de las democracias “formales” en los países emergentes. Y claro, con el gobierno en ejercicio a esa fecha, el del presidente Alan García, vaya que lo estaba.

⁵³ “Por medio de la regulación del tráfico trasnacional, la actual globalización de los mercados ha superpuesto al derecho de los Estados una nueva *lex mercatoria* y los tribunales le reconocen naturaleza de ordenamiento jurídico originario. La actividad creativa de las nuevas figuras jurídicas es apta para las exigencias variables del tráfico, y se traslada de la ley al contrato, con validez universal, difundiendo más allá de todo confín nacional nuevos modelos de operaciones económicas y nuevos instrumentos financieros” (GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 14).

Por esa razón la ley peruana acogió, en considerable medida, las pautas normativas de la Ley Modelo UNCITRAL. No es exagerado afirmar que la trasladó a la escena nacional masivamente. Tal hecho no desmerece la calidad de la peruana, hasta podría decirse que se ha tratado de una excelente elección. Sin embargo, lo expresado no obsta para precisar que, en algunos casos, el legislador nacional fue original. Un ejemplo de ello es el artículo 14.

No hay posibilidad jurídica de reconocer antecedentes entre lo regulado por la Ley Modelo y el artículo 14 de la Ley peruana sobre la ampliación del límite subjetivo del convenio arbitral. A este efecto resulta pertinente describir lo que aquella regula sobre la materia, para luego establecer un cotejo con lo prescrito por la Ley peruana.

La Ley Modelo lo hace en su artículo 7⁵⁴, el cual contiene dos opciones. La Opción II solo define lo que denomina el “acuerdo de arbitraje”, por lo que no es relevante para este trabajo. La Opción I, en cambio, contiene seis apartados. El primero define el acuerdo de arbitraje. El segundo es importante porque regula que dicho acuerdo “deberá constar por escrito”. Es destacable este apartado porque los párrafos que siguen están destinados a darle precisión o contenido a la exigencia antes descrita. Es interesante apreciar cómo para la Ley Modelo el concepto “escrito” no se reduce a la existencia literal del acuerdo, sino a otras maneras de cómo puede admitirse que el acuerdo de arbitraje está por “escrito”. Es decir, para la Ley Modelo “escrito” no significa solo grafías.

En la línea planteada, el apartado tercero dice que el acuerdo arbitral constará por escrito cuando “quede constancia de su contenido en cualquier forma”. Y luego describe tres de ellas: una es que se haya pactado verbalmente, la otra mediante la ejecución de ciertos actos y, finalmente, por cualquier otro medio. Adviértase que los tres casos dependen del requisito de la “constancia por escrito” exigido al inicio.

⁵⁴ Opción I. Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

- 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.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.
- 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es estricto cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
- 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
- 5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.
- 6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Opción II. Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

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.

Esto se esclarece en el apartado cuarto. Se admite que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando existe comunicación electrónica cuyo contenido pueda ser consultado posteriormente. El apartado quinto, por su lado, considera que hay acuerdo de arbitraje escrito cuando en un intercambio documental se admite la existencia del acuerdo y no es objetada.

Finalmente, el apartado sexto se refiere a la hipótesis de un contrato en el que se haga referencia a un documento conteniendo un convenio arbitral. Se prescribe que en este caso hay acuerdo de arbitraje si en esa referencia se afirma que dicha cláusula forma parte del contrato.

Nótese el extremo cuidado que ha tenido la Ley Modelo en identificar quiénes pueden ser reconocidos como partes de un convenio arbitral. Amplía el concepto de “escrito” pero sin debilitarlo, lo que ocurriría, por ejemplo, si considera que un acto de ejecución contractual por sí es una manifestación de voluntad equivalente a haber suscrito el convenio.

Precisamente esta es la diferencia con lo regulado en el artículo 14 de la Ley peruana. Su objetivo principal, como se ha expresado, es extender el límite subjetivo del convenio arbitral a un ámbito que contenga a los sujetos no signatarios pero afectados o interesados en el conflicto a ser resuelto. Siendo este el objetivo, se advierte que no solo la redacción no es la más adecuada, sino que en su contenido se ha descuidado el hecho de que una técnica de interpretación a emplear para descubrir el consentimiento no puede afectar los extremos en juego.

Así, una vez más, por un lado, se podría violar la esencia del arbitraje, nos referimos a la autonomía de la voluntad; y, por otro, lo que sería más peligroso y antijurídico aun, se podría vulnerar un derecho fundamental (la tutela procesal efectiva) del sujeto. Nótese que no se trata de elegir, sino de encontrar un empleo razonable de las técnicas y, también, de un reconocimiento a la singularidad fáctica del caso.

Cómo será de discutible la redacción del artículo 14 que sus exégetas comentan sus alcances de una manera tal que, al finalizar su lectura, solo consiguen aumentar el nivel de incertidumbre respecto de su aplicación⁵⁵.

⁵⁵ “Por ello hay que convenir con Cantuarias y Caivano que la extensión del convenio arbitral es válida para alcanzar a alguien que ha expresado de manera suficiente su conformidad con la existencia del convenio arbitral y con la posibilidad de someterse a arbitraje, a pesar de no haber explicitado su aceptación de manera expresa y formal” (SANTISTEVAN de NORIEGA, Jorge. *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje*. Ob. cit., pp. 42-43).

Nota: El comentario no parece referirse al artículo 14. En efecto, si un sujeto manifiesta su conformidad con la existencia de un convenio arbitral significa que está acreditado que conocía la cláusula. Este aspecto, que no es menor, no aparece en el artículo citado, el cual, no olvidemos, le otorga importancia a los actos de ejecución del contrato y a la obtención de beneficios de este por parte del sujeto, pero no para decidir su calidad de parte, sino para incorporarlo *ope legis*.

“En todo caso, la extensión permisiva del artículo 14 de la Ley de Arbitraje alcanza a verdaderas partes no signatarias pero se detiene frente a verdaderos terceros” (SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje*. Ob. cit., p. 44).

Si un sujeto que no firmó el convenio fuera parte, proseguir el arbitraje sin él es una soberana pérdida de tiempo, ¡es parte! ¿Cómo justificar su ausencia en el procedimiento?, ¿cómo resolver un caso sin un titular del derecho discutido?, ¿cómo ejecutar un laudo contra alguien que no participó del procedimiento arbitral? Por otro lado, quien ingresa a un procedimiento iniciado es un interveniente, ergo, un tercero. Entonces, tampoco la calidad de “tercero” es el límite que separa el uso adecuado del artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Otra atingencia es que atendiendo a la importancia de los derechos involucrados en la decisión de incorporar a un sujeto no signatario, será siempre mejor regular una técnica que no intuya el consentimiento sino que lo ratifique. Por eso la Ley Modelo fue tan precisa en extender el concepto “escrito” –evitando afectar derechos fundamentales- pero sin desvirtuarlo.

14. El artículo 8 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, uno de los más reconocidos y prestigiosos institutos de administración de arbitraje del Perú, cuenta con un Reglamento y Estatuto de Arbitraje, vigente desde enero de 2017.

Importa para la presente investigación porque al desarrollar su normativa sobre cómo debe aplicarse el artículo 14 -aunque sin citarlo- permite tener una panorámica sobre lo que viene ocurriendo con su aplicación en el escenario nacional. Como sabemos, una garantía del arbitraje es la reserva en la información sobre lo actuado, por ello, siendo difícil e incluso prohibido comentar incidentes arbitrales, el Reglamento es la fuente más cercana para saber cómo se viene empleando aquello que la Ley de arbitraje denominó “Extensión del convenio arbitral”. Anticipamos que lo encontrado supera nuestra capacidad de asombro.

1. La sumilla del artículo 8⁵⁶ del Reglamento es notable: “Incorporación de partes adicionales”. Para empezar, la sumilla ubica el momento de su aplicación para cuando ya existe una solicitud de arbitraje y hay partes establecidas. Entonces, el escenario es el siguiente: aunque no se ha constituido el tribunal arbitral, una de las partes solicita al Consejo que incorpore a una “parte adicional”.

El Reglamento no especifica qué es una “parte adicional”, tal vez porque al no cumplir una función reglamentaria respecto de la Ley de arbitraje no necesita precisar el uso de sus términos. Siendo así, podríamos especular que se trata de un sujeto que está dentro de la órbita del artículo 14 de la Ley. Ahora, siendo un sujeto adicional su presencia no es esencial, por lo que podría seguirse el arbitraje sin él. Sin embargo, a pesar de su coherencia sería una conclusión discutible porque aunque es “adicional”, es “parte”. Vaya disyuntiva. Para superarla, avancemos sobre suelo firme. Así, la sumilla no se refiere a quien es parte del convenio o de la relación contractual, por una sencilla razón: de serlo no sería “adicional”. Entonces, podría tratarse de alguien que solo participó en alguna de las fases del contrato o que tiene beneficios o derechos derivados de este pero no es

⁵⁶ Reglamento de Estatuto y Arbitraje de la CCL

Artículo 8. Incorporación de partes adicionales

1. El Consejo puede admitir la incorporación de partes adicionales al arbitraje, siempre que alguna de las partes del arbitraje así lo solicite y que la solicitud sea presentada antes de la constitución del Tribunal Arbitral (la “Solicitud de Incorporación”).
2. La Solicitud de Incorporación debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 5. Para todos los efectos, la fecha en la que la Solicitud de Incorporación es recibida por el Centro es considerada como la fecha de inicio del arbitraje contra la parte adicional.
3. La parte adicional debe presentar una Respuesta dentro del plazo y sujeta a los requisitos del artículo 6. La parte adicional puede formular reclamaciones en contra de cualquier otra parte.
4. Con posterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral, la incorporación procede solo si las partes, incluyendo la parte adicional, así lo acuerdan y el Tribunal Arbitral acepta dicha solicitud (la “Solicitud Conjunta de Incorporación”). Para estos efectos, toma en consideración la necesidad o la conveniencia de que las disputas con la parte adicional sean resueltas dentro del mismo arbitraje, el estado de avance del proceso arbitral y otras circunstancias que estime relevantes.

parte contractual o ha firmado el convenio (artículo 14, ni más ni menos). De lo contrario no tendría sentido su incorporación tardía (nótese que no se hizo en la solicitud arbitral sino después).

Resumiendo: el artículo 8 del Reglamento nos devuelve aumentadas las incertidumbres del artículo 14 de la Ley de arbitraje descritas a lo largo del presente trabajo. Aunque solo fuese por la sumilla, hemos pasado de Herodes a Pilato. Pero hay más.

2. Prescribe el artículo 8 que el Consejo Superior de Arbitraje -el máximo órgano administrativo del Centro- es quien admite la incorporación de la parte adicional. Se trata del ente encargado de nombrar los árbitros, elegir el Presidente por falta de acuerdo, establecer los honorarios de los árbitros, proceder a su pago, etc.

La decisión de incorporar un sujeto al arbitraje no es, por cierto, un acto administrativo, es arbitral (jurisdiccional). Siendo así, ¿cómo se explica que un órgano administrativo resuelva la incorporación de una parte (aunque sea “adicional”)?

Podría alegarse que actúa porque aún no está constituido el Tribunal Arbitral. Sin embargo, ¿cuál es la urgencia que impele a un órgano administrativo a establecer quiénes son los sujetos de la relación arbitral? ¿Podría ser el tema de los honorarios? También podría afirmarse que el Consejo en esta materia no actúa de oficio sino a pedido de parte, sin embargo, está decidiendo la incorporación de un sujeto que, atendiendo a la sofisticada denominación que ha recibido (“parte adicional”), no ha firmado el convenio o el contrato. Por otro lado, en este escenario sería indescriptible que el Consejo decidiera actuar de oficio.

3. La Solicitud de Incorporación debe cumplir con los requisitos del artículo 5 del Reglamento, que son los mismos requisitos de una Solicitud de Arbitraje. Ahora, si la parte adicional no fue emplazada inicialmente porque no firmó el contrato o el convenio, y la firma es un requisito para presentar la Solicitud, ¿cómo sustituye la parte solicitante tan grave omisión? La respuesta puede ser sencilla, entendiéndose que quien solicita la incorporación es el único que debe firmar el pedido. No debe olvidarse que el Reglamento prescribe que la fecha en que se presenta la Solicitud de Incorporación de la “parte adicional” es cuando se inicia para ella el arbitraje. Si así fuera, se habrá violado el derecho fundamental a un debido proceso de la “parte adicional”.

4. La labor del Consejo al recibir la Solicitud de Incorporación es decidir, con la pobre luz que le proporciona el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, cómo se “adiciona” al procedimiento arbitral a quien no firmó el contrato ni el convenio. Debe decidir en derecho un tema que será determinante para el procedimiento arbitral.

5. Si como ya se anotó la fecha de recepción de la Solicitud de Incorporación es, a su vez, la fecha de inicio del arbitraje para la “parte adicional”, desde esa fecha y hasta que se constituya el Tribunal Arbitral se podrán solicitar medidas cautelares contra esta en sede judicial, quien solo podrá impugnarlas una vez hayan sido ejecutadas.

El razonamiento acogido por el Reglamento es el siguiente: se presume que una “parte adicional” está válidamente incorporada a un arbitraje originado en un convenio o contrato que no firmó, hasta que demuestre que su incorporación es errónea. El revés del derecho.

6. Una vez que el Consejo incorporó a la “parte adicional” esta puede formular reclamaciones (pretensiones o defensas) contra “cualquier otra parte”, dentro del plazo de diez días. Una vez más,

sin haber firmado convenio arbitral la “parte adicional” es involucrada en un arbitraje -con todo lo que eso significa (contratar abogado, por ejemplo)-, sea porque adquirió un derecho o se benefició de un contrato que no suscribió.

Dado que la “parte adicional” quedó incorporada al arbitraje sin desearlo, tendrá que defenderse o demandar a alguna de las partes. Con lo cual, puede terminar demandando a quien no estaba interesado en hacerlo. Estamos ante lo más parecido a una tutela impuesta en interés del arbitraje o del Centro o del Tribunal. Imposible saberlo.

7. Contra todo pronóstico, la hipótesis de cierre del artículo 8 es correcta. Una vez instalado el Tribunal Arbitral solo procede incorporar a una “parte adicional” si esta y las partes contendientes lo acuerdan, y el Tribunal lo acepta. Es el tratamiento jurídico idóneo y con fundamento constitucional que, en nuestra opinión, corresponde. Es lo que hemos venido proponiendo a lo largo del presente trabajo.

Sin embargo, ni siquiera este postrero acierto puede reducir el craso error que significa facultar a un órgano administrativo a calificar el ingreso de un titular de derechos que no firmó el convenio arbitral. Una decisión temeraria, arbitraria e irresponsable que solo es consecuencia de la precariedad jurídica del artículo 14 de la Ley de arbitraje.

15. Algunas conclusiones

1. El arbitraje es una técnica procedural en el universo de las fórmulas históricas conocidas para solucionar conflictos.
2. Las instituciones procesales desarrolladas y estudiadas por la ciencia procesal son útiles para todo tipo de procedimientos, inclusive los alejados del judicial, como los conducidos por órganos privados o administrativos.
3. Siendo una de sus marcas distintivas la autonomía de la voluntad, durante el trámite del arbitraje la utilidad y eficacia de las instituciones procesales está cernida por el límite consistente en que aquélla no deba ser violada.
4. El sistema arbitral es construido sobre otro fundamento esencial: el apartamiento voluntario de la jurisdicción (la estatal, se entiende). Que esta voluntariedad –su rasgo esencial– sea materia discutible, convierte al tema investigado en singular, además de peligroso⁵⁷.
5. La autonomía de la voluntad define, en rango de principio, el límite subjetivo del convenio arbitral. Esto significa que, con prescindencia de la fórmula a emplear y a fin de evitar una

⁵⁷ “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” (BULLARD GONZÁLES, 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: Anuario latinoamericano de Arbitraje. Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje. Ob. cit., p. 23). (El resaltado es nuestro).

Nota: El intento de justificar el enunciado normativo investigado conduce a afirmaciones en estimable medida contradictorias. Por lo demás, ni la jurisprudencia arbitral y judicial, y tampoco la doctrina, parecen orientarse en la ruta, distendida y libertina, que traza el artículo 14.

distorsión, el descubrimiento de la existencia de un consentimiento debe ser producto de una técnica interpretativa que conduzca a respuestas afirmativas solo en circunstancias excepcionales⁵⁸.

6. Un ámbito de distorsión surge cuando los sujetos de la relación jurídica material son más que aquellos que suscribieron el convenio arbitral. En tal situación, el límite subjetivo de este queda desbordado. Si se advierte con cuidado, la clave en el tema investigado es el derecho material discutido y no el instituto procesal de la acumulación o cualquier otro.

7. Hay que evitar el equívoco de expresar que el empleo de las instituciones procesales no es idóneo en sede arbitral⁵⁹. Esa afirmación, además de irresponsable, constituye una fuente de confusiones y limitaciones en la investigación sobre el arbitraje o de cualquier otro procedimiento distinto al judicial. Cuando las fronteras del saber son dogmáticas, la imaginación creadora a la que se refería Bergson ha sido derrotada.

8. La institución de la intervención de terceros no es otra cosa que un litisconsorcio sucesivo. El cual, a su vez, no es más que una acumulación subjetiva dinámica. Se emplea en sede judicial atendiendo al análisis que hace el juez sobre la injerencia del sujeto en la relación material y, en consecuencia, si decide incorporarlo, será obligado por la eventual posibilidad de que se declare la invalidez de aquello que fuera a resolver. Lo que el juez debe discernir y luego resolver, entonces, es la posibilidad de un pronunciamiento válido sobre el mérito en ausencia de tal sujeto.

Lo realizado por el juez es, exactamente, lo que debería hacer un tribunal arbitral. Su limitación es que carece del *imperium* de aquél. No olvidemos que las facultades del árbitro están reducidas respecto a la cuestión de decidir el ingreso de alguien al procedimiento, atendiendo a que, como se recuerda, su nombramiento fue una decisión de los contendientes, un acto puramente privado.

58 “Es opinión compartida y compatible que, en esta hipótesis, el litisconsorte, que es tercero respecto del convenio arbitral, no puede ser obligado a la vía del arbitraje, no habiéndose comprometido contractualmente a tal elección.

Por cierto, incluso en este caso, los árbitros, dado que la estructura litisconsorcial de la litis les impone un pronunciamiento sobre el mérito respecto de todos, o en contra de cualquiera de los contradictores necesarios, no solo podrían, sino también deberían intentar integrar el contradictorio, invitando al tercero litisconsorte a participar en el procedimiento arbitral, directamente o a través de las partes presentes. Pero aquí la necesaria integración del contradictorio choca realmente con la carencia, típica de los árbitros, del poder de imperio, en cuanto el litisconsorte no comprometido será libre de no participar en el arbitraje sin que, por tanto, el laudo pueda desplegar los efectos que son propios de él. Es evidente entonces que, en este caso, frente a la negativa de un contradictor necesario de participar del arbitraje, los árbitros no podrán hacer otra cosa que dejar constancia de la imposibilidad de pronunciarse sobre el mérito” (SALVANESCHI, Laura. *L’arbitrato con pluralità di parti*. Ob. cit., pp. 272-273).

59 “En este extremo, consideramos necesario precisar que, a nuestro criterio, bajo la lógica de que el Convenio Arbitral es una figura contractual, no es posible acudir a mecanismos procesales –como los litisconsortes– que admiten la participación de terceros cuyos intereses pueden verse afectados por la Sentencia judicial (sic). A nuestro criterio, dichas figuras procesales son ajenas al arbitraje pues únicamente funcionan en una situación en la que el juzgador tiene una competencia abierta y general para juzgar a cualquiera, incluso así no sea parte de un convenio. No obstante, los árbitros están en una situación diferente” (GALLUCIO, Giuseppe y MORI, Pablo. *Desenmascarando la realidad: la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades*. En: *Advocatus*, N° 21. Ob. cit., p.197).

Nota: Lo que sigue es solo una digresión pero es curioso el nombre del artículo citado. Si su propósito es “desenmascarar la realidad”, ello podría significar que nos van a mostrar aquello que está detrás de la máscara de la realidad, pero, ¿qué está detrás de la realidad?, ¿la realidad de la realidad?, ¿la falsedad de la realidad?, ¿la posrealidad?

9. Lo anterior determina que pueda haber sujetos que conforman una parte –desde la perspectiva de la relación material– pero que no han firmado el convenio arbitral, puede tratarse de litisconsortes necesarios o unitarios.

En sede judicial estos serían incorporados, a pedido de parte o de oficio por el juez, a fin de evitar la configuración de un procedimiento inválido y eventuales afectaciones al derecho de defensa.

Si esta incorporación es posible en sede judicial con algunos matices –por ejemplo, el juez no puede incorporarlos si estos sujetos están en posición activa⁶⁰– es de imaginar la complejidad que supone hacerlo en un procedimiento surgido solo de la autonomía de la voluntad.

Por eso algunos tratadistas consideran, con mucho criterio, que la extensión del límite subjetivo del convenio solo debe alcanzar a quien siendo parte original (contractual se entiende) no ha firmado el convenio⁶¹. Nosotros agregamos que inclusive en esa hipótesis hay que estar atentos a que haya brindado o brinde su consentimiento y, además, a la situación concreta que rodea cada caso. Si el objeto del contrato y, con ello, la pretensión discutida, es escindible, no habría razón para involucrar al sujeto no signatario, sobre todo si su prestación está satisfecha. Aunque, no olvidemos, la cláusula de cierre de cualquier situación siempre estará determinada por la voluntad de este de querer integrarse.

10. En el procedimiento arbitral, como ya se advirtió, funcionan las instituciones procesales tales como las referidas a la pluralidad de sujetos o de partes, pero no a plenitud. Ello no significa, sin embargo, que en algunos casos concretos no se presente la necesidad de emplearlas para resolver una situación jurídica específica. Siendo así, el empleo de alguna de esas instituciones debe ocurrir atendiendo a una excepcional y extraordinaria voluntad concordada de todos los involucrados⁶², más allá, inclusive, de la decisión del órgano arbitral.

⁶⁰ “Las situaciones de litisconsorcio *facultativo unitario* ocurren claramente cuando el *litisconsorcio unitario* debería formarse en el polo activo de la relación jurídica procesal, pero se reconoce la legitimación ordinaria individual o también la legitimación extraordinaria para la propuesta de la demanda. La facultatividad ocurre porque: a) no se puede condicionar el derecho de acción del demandante a la participación de los demás co-legitimados como litisconsortes activos y b) propuesta la demanda sin la presencia de todos los legitimados, no podría el juez ordenar la integración del polo activo por los co-legitimados faltantes, ya que no es admisible, en nuestro sistema, que alguien sea obligado a litigar, como demandante, en una demanda judicial. En suma, el *litisconsorcio necesario es siempre pasivo*” (DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. Bahía: Editora Podivm, 11^a Edición, 2009, Volumen I, p. 311).

⁶¹ “Una de esas problemáticas jurídicas complejas es la que unos llaman de manera errónea la atracción de los terceros en los procedimientos arbitrales, o de la extensión de la cláusula arbitral a partes terceras al contrato base objeto de la controversia. Sin embargo, esa facilidad del lenguaje no refleja la esencia misma de la problemática, porque no cabe duda que un tercero a un acuerdo arbitral ¡simplemente no puede ser atraído a un arbitraje! De lo que habla la doctrina es en realidad del problema de los no firmantes de un acuerdo arbitral. En otras palabras: una parte que no ha firmado la cláusula arbitral compromisoria, ¿puede ser obligada a ir al arbitraje?” (GRAHAM, James. *La atracción de los no firmantes de la cláusula compromisoria en los procedimientos arbitrales*. Recuperado de www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/19.pdf, p. 380).

⁶² “Dicho de otra manera, el convenio de arbitraje tiene una fuerza obligatoria sobre toda la gente que haya dado su consentimiento, aunque no lo haya firmado. De cualquier forma, la extensión del convenio de arbitraje a los terceros necesita el consentimiento de las partes. Como se trata de un contrato, en general bilateral, se necesita el consentimiento de todas las partes y no solamente de los terceros” (MUÑOZ, Alexandra. *La extensión del convenio de arbitraje sin consentimiento: ¿una excepción francesa?*. En: Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 2. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. 17).

El arbitraje, al final del día, es solo un procedimiento más. No existe óbice para que se emplee alguna figura litisconsorcial si las partes así lo consideran y el litisconsorte también. Como se advierte, el fundamento de su empleo es la autonomía de la voluntad.

En el caso del proceso judicial, el deber del juez de tutelar la existencia de un procedimiento válido lo faculta a utilizar su imperio para incorporar a un sujeto, inclusive prescindiendo de su voluntad, tanto que, si este no actúa en el procedimiento, deberá soportar las consecuencias de la decisión que se expida atendiendo a la calidad con que fue incorporado. Sin embargo, en cualquiera de ambos casos –el judicial o el arbitral– las cuestiones no pasan por apreciar el tipo de procedimiento ni las facultades de quien juzga, sino el derecho material involucrado y los sujetos que contienden a su alrededor⁶³.

Es necesario precisar esto último porque un intento de “independizar” al arbitraje respecto de las instituciones procesales, conduce a afirmaciones que olvidan algo elemental: tanto el procedimiento civil como el arbitraje son instrumentos destinados a lograr la eficacia de los derechos materiales en conflicto.

La incorporación de sujetos a un procedimiento en trámite no es una decisión tendencial (más común en el judicial, más raro en el arbitraje), tampoco se refiere al hecho de que el juez cuente con más facultades que el árbitro. Estas son consecuencias, no causas. Dicho de otra manera, si se redactó el convenio con una estructura bilateral sin advertir que, si se presentase el conflicto, este iba a necesitar de un procedimiento arbitral conformado por más de un sujeto o por más de dos sujetos procesales, hay que asumir que se trata de un error garrafal y que, por tanto, si existiera una solución, esta será excepcional.

11. La integración de un sujeto no signatario no debe ocurrir –como prescribe el enunciado normativo estudiado– a partir de una búsqueda interpretativa del consentimiento empleando las reglas de la buena fe, sino sustentándose, en principio, en la voluntad del sujeto. Ahora, desde la perspectiva del órgano arbitral es este quien debe discernir la existencia de un auténtico involucramiento del sujeto no signatario en la relación material. Ello implicará que no debe seguir tal o cual regla, sino atender a las particularidades de cada caso y estar dispuesto a reconocer que si no puede obligar a participar a un sujeto que considera indispensable (casi seguro un litisconsorte unitario o uno necesario), la posibilidad de expedir un laudo válido sobre el mérito es inexistente.

12. En técnica procesal, la ausencia de un litisconsorte necesario o unitario en posición pasiva desemboca, inexorablemente, en la invalidez del procedimiento instaurado. De allí la potestad del juez de incorporarlo. En sede arbitral, el tribunal debe saber cuándo es preferible declarar que el caso no es arbitrable como única opción ante la negativa deliberada de un sujeto que fue invitado a incorporarse.

⁶³ “Cabe además destacar que si bien la incorporación de terceros no signatarios al arbitraje puede resultar de suma utilidad en ciertas hipótesis, entendemos que sería prematuro trazar una línea de interpretación general de este instituto, ya que la aplicación de esta alternativa al caso concreto dependerá en gran medida de las particularidades de cada caso y de las normas que los árbitros apliquen a fin de resolver la cuestión” (DEYÁ, Federico S. *Incorporación de partes no signatarias al arbitraje*. En: Revista de Arbitragem e mediação, N° 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 171).

Dicho de otra manera, intentar coactar el derecho de un tercero a participar en un procedimiento excepcional –desde la perspectiva de la jurisdicción, el arbitraje lo es– o, lo que es peor, intentar hacerle soportar una decisión de un órgano privado que suele ser elegido por los interesados -situación de la que no participó el sujeto no signatario- implica una violación a un derecho fundamental de este.

13. Sobre la materia investigada no hay un principio o regla definida (relación de representación o agencia, *stoppel*, levantamiento del velo, consolidación, etc.) que deba ser atendida para resolver de la mejor manera el caso concreto⁶⁴. Así, los grupos empresariales, por ejemplo, no generan, pese a que algunas veces se afirma como si fuera un dogma, un consentimiento *per se*. La situación es mucho más compleja como para admitir la recurrente técnica de algunos estudiosos de encontrar “la respuesta” sin mostrar el fundamento lógico y material que sustente lo afirmado.

A través del procedimiento se explicitan las reglas para una solución razonable del conflicto, pero no existe garantía de que el conflicto material que subyace en la realidad tenga siempre una solución “correcta” desde la perspectiva de las técnicas de solución de conflictos.

14. Siendo la renuncia a la tutela procesal del Estado una situación jurídica excepcional, los casos de ampliación del límite subjetivo del convenio arbitral deben ser cuidadosamente elegidos antes de ser declarados. En cualquier caso, la interpretación de aquello que el enunciado normativo ha dado en llamar la búsqueda del “consentimiento” debe ser agudamente restringida, en abierta oposición a la manera cómo está expresada en el enunciado normativo investigado⁶⁵. Una posición contraria implicaría convertir al artículo 14 de la Ley ya mencionada en una puerta abierta para el ingreso a un arbitraje⁶⁶. A este objetivo, el tratamiento dado al tema por la Ley Modelo UNCITRAL es ejemplar.

⁶⁴ “Respecto a los criterios establecidos por la experiencia americana, los mismos autores destacan que los mencionados criterios son interpretados y aplicados extensivamente por la jurisprudencia americana, sobre todo con el objeto de permitir a los sujetos interesados en recurrir al procedimiento arbitral superar el vicio derivado de la falta de suscripción del convenio. Sin embargo, las indicadas teorías para vincular al arbitraje a los sujetos que no han suscrito el convenio, representan solo métodos a través de los cuales es posible deducir o, en cualquier caso, obtener fácilmente la existencia de consenso sobre el arbitraje, pero no deben, en cambio, sustituir al consenso de las partes, con desprecio al eventual intento contrario del sujeto no suscriptor. Por tanto, ellos deben ser aplicados según una interpretación rigurosamente restrictiva, siempre que el sujeto no suscriptor manifieste una vigorosa resistencia contra el recurso al arbitraje. En esta perspectiva, en efecto, la jurisprudencia en cuestión ha negado firmemente que el recurso al arbitraje pueda ser impuesto simplemente sobre la base de una política liberal a favor de tal procedimiento, o bien porque las cuestiones que involucran al sujeto no suscriptor están estrechamente conectadas con el contrato que contiene el convenio arbitral o con otras cuestiones ya sujetas al procedimiento arbitral pendiente” (CARLEO, Roberto. *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*. Ob. cit., p. 6).

⁶⁵ “Durante la discusión del artículo 14 se buscaron identificar supuestos de hecho en que podría 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 entenderse 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” (BULLARD GONZÁLES, Alfredo. En: *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Ob. cit., pp. 212 y 213).

⁶⁶ “La norma es tan amplia que, solo para citar un ejemplo recurriendo a un básico ejercicio mental, creemos que incluso permitiría pensar que los abogados que participaron en la negociación, o terceros que hayan participado en esa negociación asesorando a las partes como peritos o expertos, pudieran formar parte del convenio arbitral. Esto, sin embargo, sería un contrasentido, en la medida de que en esos terceros nunca habría existido la voluntad de ser parte de contrato alguno, sino simplemente de asesorar a quienes negociaron,

15. Tanto el artículo 14 de la Ley de Arbitraje como el artículo 8 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, afectan el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional de los justiciables a quienes se les aplica. En tal calidad, padecen de inconstitucionalidad.

16. Se podría creer que el arbitraje es una expresión de modernidad y que, por oposición, el proceso es una manifestación anacrónica. En cualquier caso, la única modernidad que sin incertidumbres puede mostrarnos, por lo menos una importante faceta de la experiencia arbitral, es que se trata de un excelente instrumento para perfeccionar esta inicua forma de anarcoliberalismo que actualmente soportamos. Nos referimos a este constante desplazamiento del poder desde los gobiernos a los mercados internacionales, expresados en una pérdida de autonomía de las autoridades nacionales en la planificación de su política económica, manifestada en la entrega a tribunales privados de las controversias sobre la cosa pública.

17. Y lo último, pero no lo último. Vivimos un escenario donde los Estados nacionales –nuestros gobiernos son ejemplares- conforman sus decisiones al fin de asegurar la vigencia y eficacia de una organización económica mundial. A este propósito asumen una conducta obediente reduciendo al mínimo su compromiso con el bienestar general, convirtiéndose así en simples guardianes del nuevo orden trasnacional.

Este desplazamiento del poder al que hemos hecho referencia produce un sistema jurídico –en estricto apenas legal- donde las reglas de juego vigentes perfeccionan (aceleran, simplifican, aseguran) la circulación de los bienes y servicios, así como los procesos de acumulación de las ganancias con absoluto desprecio por sus implicancias sociales, como el aumento de la pobreza extrema o la ausencia de igualdad de oportunidades para progresar, por ejemplo.

Por eso, en materia de resolución de conflictos es perfectamente comprensible la exigencia reiterada de eliminar todo tipo de control estatal sobre el arbitraje. Sea en su contenido material como en sus reglas, es un *sachen der parteien* (asunto de las partes) respecto del cual el Estado no debe intervenir. Para decirlo en términos nietzscheanos, el arbitraje se está convirtiendo en una manifestación postmoderna de nihilismo, donde lo único que importa es la solución efectiva y rápida del conflicto para perfeccionar la circulación y el consumo, convertidos en ideales supremos. Si la decisión es además justa no es relevante. Se privilegia la forma sobre el contenido, sin que importe si este último gratifica o desprecia los valores sociales que sustentan una vida en comunidad.

celebraron y, tal vez, posteriormente, ejecutaron dicha relación contractual" (CASTILLO FREIRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Primera Parte. Volumen 25. Lima: ECB Ediciones y Thomson Reuters, 2014, p. 289).

Dicho esto, cuando el Estado entrega sus casos para ser resueltos en arbitraje, no solo renuncia a su propia tutela jurisdiccional sino que entrega las controversias sobre los bienes públicos a manos de un sistema de solución de conflictos que privilegia, por principio, al privado. Por eso no debe extrañar que el artículo 14 se haya incorporado tal cual a nuestro sistema legal.

Cómo será de singular el enunciado normativo que no es exagerado pensar que podría haber sido diseñado para permitir una ampliación del nicho arbitral como servicio profesional de los abogados. Así, a más sujetos involucrados, más honorarios. Y aunque tal vez solo sea una asociación de ideas, esta soterrada intención de ampliar el mercado de servicios, nos recuerda que Hermes, el dios griego de los comerciantes⁶⁷, lo es también de los ladrones.

⁶⁷ “El mercado generalizado es de origen canalla. En una fecha tan tardía como 1718, un ensayista inglés describía a los comerciantes que especulaban con productos de primera necesidad como ‘un grupo de hombres viles y perniciosos. Una clase dirigente vagabunda [...] llevan todas sus pertenencias consigo, y sus [...] existencias no pasan de ser un simple traje de montar, un buen caballo, una lista de ferias y mercados, y una cantidad prodigiosa de desvergüenza. Tienen la marca de Caín, y como él vagan de un lugar a otro, llevando a cabo unas transacciones no autorizadas entre el comerciante bien intencionado y el honesto consumidor’”. (RENDUELES, César. *Capitalismo canalla, Una historia personal del capitalismo a través de la literatura*. Barcelona: Planeta, 2015, pp. 31-32).