



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

***“La competencia o no del tribunal arbitral o árbitro
frente a partes no signatarias en el proceso arbitral”***

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador**

Autora: María Alexandra Arízaga Guznay

Director: Dr. Esteban Segarra Coello

Cuenca – Ecuador

2019

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación se lo dedico a mis padres, Pablo y Jenny, quienes siempre me han sabido brindar todo el apoyo y amor para poder realizar mis estudios.

A mi hermana, Paula, quien al igual siempre me ha brindado el soporte incondicional para seguir mi camino.

AGRADECIMIENTO

A Dios y a la Virgen María por haberme permitido alcanzar esta meta quien es muy importante en mi vida.

A mi familia, quienes siempre me han brindado apoyo y confianza para poder alcanzar mis sueños en mi vida.

Al Dr. Esteban Segarra Coello, quien fue mi director de la presente investigación y me ha sabido guiar y brindar sus conocimientos durante toda esta etapa de aprendizaje.

RESUMEN

El presente proyecto de investigación tiene como objetivo el conocer si el tribunal arbitral tiene competencia frente a partes no signatarias en el proceso arbitral. Para ello, se hará un análisis de las diversas doctrinas existentes. Se analizarán también laudos arbitrales nacionales como internacionales. Se investigará cuál es el rol que presentan las partes no signatarias y finalizar con la extensión que presenta el convenio arbitral.

De esta manera mediante la aplicación de jurisprudencia de otros ordenamientos jurídicos, como a su vez de tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador se establecen recomendaciones sobre la competencia del árbitro frente a partes no signatarias en el proceso arbitral ecuatoriano.

ABSTRACT

In Ecuador, as in different legal systems, there is a different method to solve conflicts known as arbitration. In our context, it is important to fully know about its development, especially when a non-signatory third party faces a legal void, especially when the arbitrator does not know whether his jurisdiction was extended to bind the non-signatory party to arbitration. The doctrine, jurisprudence and national and international arbitration awards were analyzed. The study seeks to solve the aforementioned problem through this analysis. This solution is found in the Ecuadorian regulations, international conventions and treaties ratified by Ecuador. This is evidenced in the recommendations and conclusions of the present research.




Translated by
Ing. Paúl Arpi

INDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	v
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1: POSICIONES DOCTRINARIAS SOBRE LA INCORPORACIÓN DE PARTES NO SIGNATARIAS EN EL PROCESO ARBITRAL.....	2
Definición de proceso arbitral según la doctrina	2
Tipos de proceso arbitral según la doctrina	7
Definición de parte procesal según la doctrina	12
Doctrina latinoamericana sobre la incorporación de partes no signatarias en el proceso arbitral	17
Prácticas arbitrales internacionales sobre la incorporación de partes no signatarias en el proceso arbitral	24
Capitulo II: PARTES NO SIGNATARIAS FRENTE AL PROCESO ARBITRAL	35
Quienes tienen legitimidad activa y pasiva para formar parte del proceso arbitral	35
Responsabilidad de partes no signatarias frente al proceso arbitral	44
Derechos de acciones que tienen las partes no signatarias frente al proceso arbitral	55
Principios y sanciones para partes no signatarias en el proceso arbitral	61
Levantamiento del velo societario para una persona jurídica como parte no signataria frente al proceso arbitral.....	79
Quienes asumen la responsabilidad y acción frente al levantamiento societario para una persona jurídica como parte no signataria frente al proceso arbitral.....	89
CAPITULO III: EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS EN EL PROCESO ARBITRAL	102

Límites que presenta el convenio arbitral para ser considerado válido dentro del proceso arbitral	102
Vicios que presenta la extensión del convenio arbitral frente a partes no signatarias en el proceso arbitral	126
Análisis de laudos arbitrales en donde se presenten partes no signatarias frente al proceso arbitral en la legislación ecuatoriana	148
RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES	170
Recomendaciones acerca de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el proceso arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	170
Conclusiones acerca de la extensión del convenio arbitral frente a partes no signatarias en el proceso arbitral en la legislación ecuatoriana.	172
BIBLIOGRAFIA	175

INTRODUCCIÓN

Constantemente en el mundo se realizan negocios jurídicos. Es decir, actos jurídicos mediante los cuales nacen a la vida jurídica mediante la declaración de voluntad de las partes que llegan a negociar el mismo. Estos negocios jurídicos producen efectos jurídicos para las partes contratantes, cumpliendo siempre con los requisitos que brinda el ordenamiento jurídico correspondiente. Uno de estos negocios jurídicos se lo conoce como “convenio arbitral” el cual es un contrato el cual nace gracias a la voluntad de las partes signatarias. El objetivo de este convenio es que el momento que se presenta un inconveniente ya sea presente o futuro, las partes contratantes acudirán a arbitraje para solucionar la controversia. Debido a que es un contrato en donde prima el consentimiento de las partes, son ellas mismas quienes se encargan de seleccionar el número de árbitros y qué árbitros van a ser los competente para solucionar el conflicto, así como también el lugar en donde se desarrollará el arbitraje y otras facultades porque así la Ley lo permite. Sin embargo, existe un vacío legal en cuanto a la competencia del árbitro cuando acude un tercero no signatario del convenio arbitral a audiencia de arbitraje. Por lo que es importante conocer si dicho convenio arbitral se extiende al tercero, ya que el mismo no es signatario.

CAPÍTULO 1: POSICIONES DOCTRINARIAS SOBRE LA INCORPORACIÓN DE PARTES NO SIGNATARIAS EN EL PROCESO ARBITRAL

Definición de proceso arbitral según la doctrina

Para poder definir lo que se entiende por proceso arbitral según las diversas doctrinas, es imprescindible tener conocimiento sobre lo que abarca el mismo, es decir saber que significa el arbitraje.

El arbitraje es una de las instituciones más antiguas del derecho internacional ya sea público o privado. Su origen se lo encuentra en la antigua Grecia. Históricamente la forma de resolver conflictos fue la justicia privada. Con el pasar del tiempo, la humanidad y el esfuerzo por superar la era salvaje hacia la civilización y el progreso social, se adoptó las primeras reglas de comportamiento, estableciendo a distinguidos individuos autoridad moral tales como sacerdotes o sabios quienes eran los responsables de resolver las controversias entre ciudadanos. De esta manera se abandonaba la venganza personal y se introducía la implementación de una pena, aplicándola de manera proporcional a la gravedad de la infracción. No obstante, gracias a la evolución histórica, al introducir el arbitraje se renuncia al derecho de justicia de mano propia, introduciendo así un esquema en donde las controversias deben someterse a una tercera persona, quien es seleccionada entre los sujetos más importantes de la comunidad. Estos son distinguidos por su virtud, honestidad, dignidad y prudencia. Las partes por lo tanto entonces recurren al tercero, quien es designado de común acuerdo con la única finalidad de regular o arreglar su disputa. El conciliador interviene por voluntad de las partes en conflicto y no puede de ninguna manera imponer de manera coercitiva su fallo. Su fuerza se encuentra siendo alimentada por el compromiso de los interesados, ya que sin el acuerdo de los mismos no se podría lograr su obediencia y cumplimiento. Con la evolución del arbitraje, este reemplaza al uso de la fuerza y se lo constituye como

un nuevo mecanismo de arreglo de contiendas el cual garantiza una solución equitativa. (Zappalá, 2010).

El autor Roque Caivano al hablar del arbitraje dentro de sus nociones introductorias dice lo siguiente: *“en el arbitraje existe un tercero imparcial que emite un veredicto sobre dos pretensiones controvertidas. Pero a diferencia de la justicia, es un sistema en el que la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares”*. (Caivano, 2018). Nos dice también que al arbitraje se llega de manera voluntaria por medio de cláusulas por medio de las cuales las partes deciden someter determinadas cuestiones a resolución de árbitros en lugar de acudir a los jueces. En otras palabras, el arbitraje es un sistema alternativo pacífico de solución de conflictos en el cual las partes voluntariamente someten posibles controversias que surgen o que pueden llegar a surgir a futuro renunciando a la justicia ordinaria y haciendo que por medio de la decisión de un árbitro se llegue a ponerle fin a dichas controversias. Es de vital importancia mencionar que depende del acuerdo que lleguen las partes mediante su consentimiento en el acuerdo arbitral para que la controversia que se llegue a dar pueda resolver ya sea un árbitro o sino un tribunal arbitral el cual puede estar conformada por un árbitro o varios. Ya sea que el tribunal arbitral se encuentre conformado por un árbitro o varios, la controversia de igual manera se llegará a resolver mediante un laudo arbitral, la cual es la resolución final que dicta el árbitro para dar fin a la controversia en cuestión.

Ahora que ya se tiene conocimiento sobre lo que es el arbitraje, se procederá a la siguiente pregunta: ¿Qué se entiende por proceso arbitral? Éste análisis se lo hará de acuerdo a las diversas doctrinas que existen según los diferentes ordenamientos jurídicos.

El proceso arbitral según el autor mencionado anteriormente es un proceso el cual es destinado a que un tercero imparcial es decir en este caso el árbitro o tribunal arbitral, declara un derecho que una de las partes cree tener y la otra controvierte. Ya sea el tribunal arbitral o el árbitro, emiten una decisión para poner fin a la controversia la cual se la conoce como “laudo”. Este acto es la expresión más

exacta de la jurisdicción que ellos ejercen. Es decir, el laudo es el resultado de un juicio que es contradictorio, con el único fin de obtener certidumbre sobre una situación que es fáctica y al mismo tiempo jurídica de manera determinada.

Es importante tener conocimiento que el contenido del laudo arbitral se encuentra delimitado por puntos litigiosos que las partes sometieron a los árbitros o tribunal arbitral, quienes tienen el deber de pronunciarse sobre todas aquellas cuestiones comprometidas, sin poder extenderse a otras cuestiones que las partes no han consentido en someterles. Esta parte en la justicia ordinaria se le conoce como *“extra petita”* la cual se da cuando el juez el momento de dictar su resolución, se pronuncia sobre cuestiones las cuales no fueron parte materia de la controversia y que no podía emitir criterio al respecto. La razón de esta limitación se origina en la voluntad de la jurisdicción de los árbitros. Esto se debe a que si las partes optaron por acudir al arbitraje para resolver determinadas controversias, son los árbitros quienes deben ejercer su jurisdicción dentro de los límites que se encuentran marcados por las partes.

Para aquellas cuestiones sobre las cuales no existe un pacto arbitral, es decir no existe el acuerdo de las partes de acudir a arbitraje, subsiste la jurisdicción de los tribunales estatales que no ha sido renunciada respecto de ellas. En consecuencia, los árbitros carecen de las facultades para resolver y, un laudo arbitral dictado por los mismos que recae sobre los jueces ordinarios se encontraría violentando la intención de las partes.

Es importante también mencionar el lapso que tienen los árbitros al dictar un laudo arbitral. Pues éstos no pueden excederse del plazo que las partes señalan en el acuerdo arbitral, o en su defecto del lapso de tiempo el cual determine el juez o también el que surja de disposiciones legales supletorias. Tanto las faltas en el contenido del laudo arbitral como la limitación de la jurisdicción de los árbitros por medio de voluntad de las partes son las que dan el fundamento a la nulidad que nos da como resultado el vencimiento del plazo para laudar.

El arbitraje al desarrollarse como un proceso arbitral tiene la flexibilidad de facultar a las partes la determinación de reglas del procedimiento las cuales se

deben sujetar a la resolución de conflictos sometidos a este método. El proceso arbitral fluye del principio contractualista y del poder de autonomía de voluntad de las partes contratantes, el cual tiene su límite debido al orden público, en donde las partes tienen la posibilidad de escoger qué normas del procedimiento son las de una determinada institución o bien centro arbitral, como las cámaras de comercio u otras entidades especializadas, las cuales compiten en el mercado arbitral poniendo reglas y usos de eficacia y flexibilidad. Estas brindan la posibilidad de permitir un balance de seguridad y certidumbre sin sacrificar la agilidad y flexibilidad, siendo éstas ventajas del sistema arbitral.

El arbitraje como proceso arbitral es un proceso en el cual se deducen y debates pretensiones, se producen y valoran pruebas y se resuelven controversias sobre hechos y derechos. Al ser un proceso, es dirigido y sustanciado por jueces privados y reglas diferentes, por lo tanto se deben respetar garantías fundamentales como son el derecho a la defensa, la igualdad procesal o el principio de contradicción. Sin dejar de lado el derecho procesal como eje fundamental, tanto las partes como los árbitros deben aplicar sus principios de una manera mucho más rigurosa que en un proceso judicial.

Según el filósofo Aristóteles considera que *“es mejor preferir un arbitraje más bien que un conflicto ante el tribunal, de hecho el árbitro cuida la equidad, el juez la ley; y el arbitraje ha sido inventado propiamente para esto, para dar fuerza a la equidad”* (Zappalá, 2010).

Otra definición de proceso arbitral aunque la misma se la obtiene de la época arcaica del Derecho Romano, no obstante muestra la esencia del mismo, entendiéndolo como *“un ordenamiento procesal, en el cual interviene el magistrado no para dirimir, sino para evitar, por razones de paz social, el libre ejercicio de la justicia privada, estableciendo la celebración de pactos entre las partes a través de la fijación de una pena pecuniaria, que sustituye a la venganza, provocando de esta forma el arbitraje obligatorio”* (Caivano, 2018).

El autor Bernardo Cremades habla sobre el arbitraje según la doctrina constitucional española y nos dice que es el propio Tribunal Constitucional quien

configura al arbitraje como “*un equivalente jurisdiccional*” mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que ante los órganos jurisdiccionales del Estado. En otras palabras, quiere decir una decisión con efectos de cosa juzgada. Por lo tanto, el proceso arbitral es la potestad que tienen los árbitros de llevar a cabo la resolución de controversias, sobre materias de libre disposición para las partes conforme a derecho, encontrando su fundamento en la libertad y autonomía de la voluntad de los contratantes, la misma que se encuentra materializada en el convenio arbitral. (Cremades, 2018).

Otro autor que hace alusión a la doctrina española sobre la definición de proceso arbitral es Fenech quien partiendo del estudio de la naturaleza jurídica del arbitraje no lo toma como punto de partida la relación existente entre las partes contratantes o el contrato entre las mencionadas y el árbitro; sino la función que desarrollan éstos. Es así que cuando las partes son quienes designan a los árbitros, son ellas mismas quienes se comprometen a someterse a su decisión, admitiendo su obligatoriedad, y son los árbitros quienes resuelven una controversia la cual es jurídica y no económica, en la debida forma y con las características que lo hace un juez. Es decir, con ejecutoriedad incondicionada y con efecto de cosa juzgada, poder que deviene a los árbitros del Estado. (Vallejo, 2013)

De la misma manera, en la doctrina española encontramos al profesor Jaime Guasp quien es reconocido por su postura privatista. El referido hace alusión a dos consideraciones, la primera es desde el punto de vista funcional y esto es, ubica al arbitraje dentro de contratos conocidos como “*contratos de decisión*”. La segunda consideración es desde el punto de vista estructural, dentro de la cual se hace la distinción entre procedimiento y proceso. Según el autor, no solo por el hecho de que el arbitraje se desarrolle por medio de un procedimiento, quiere decir que pertenezca al mundo de proceso. Al contrario, considera que se trata de un contrato procedimental en donde los contratantes escalonan de manera procedimental las prestaciones que les corresponde ejecutar. (Vallejo, 2013).

En la doctrina italiana se encuentra al tratadista italiano Alfredo Rocco, quien considera al arbitraje como: “*una transacción anticipada*”, al igual que autores

tales como Chiovenda y Betti, quienes estiman que los árbitros no ejercen función jurisdiccional y que el laudo arbitral, así tenga los mismos efectos de una sentencia judicial, no es de tal categoría. (Vallejo, 2013).

Según la doctrina francesa, el autor René David menciona que el arbitraje se lo define de la siguiente manera: *“instrumento con el que se resuelve una controversia cuyo interés radica en dos o más personas, que se somete al conocimiento de árbitros que derivan sus poderes de un acuerdo privado, no de las autoridades de un Estado, y que deben resolver dicha controversia con base en el citado acuerdo”*. (Vallejo, 2013).

Así mismo, Gaillard y Savage, citando el texto titulado *“Répertoire de Droit International Privé Suisse”* en español *“Repertorio de Derecho Internacional Privado Suizo”* de Bernard Dutoit y François Dutoit, hacen referencia a una definición similar a la mencionada en el párrafo anterior. Sin embargo al tratarse de la doctrina suiza, se identifica a la figura del arbitraje como un método privado de solución de controversias, el cual se encuentra basado en el acuerdo de las partes. Su principal característica es el sometimiento de las disputas a individuos que son escogidos directa o indirectamente por las partes. Finalizan los autores haciendo alusión a que esta definición se la puede aplicar incluso en el ámbito del arbitraje local, en donde solo basta mencionar que la controversia sometida a arbitraje es excluida del conocimiento de los jueces. (Vallejo, 2013).

El profesor de Derecho de la Universidad de París Charles Jarrosson dice lo siguiente sobre el arbitraje: *“es una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos”*. (Cossío, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM , 2018). Es una institución y no es técnica, ya que el arbitraje tiene un régimen, es una entidad llamada institución en el sentido exacto del término.

Tipos de proceso arbitral según la doctrina

Se debe considerar y tener muy en claro que el arbitraje tiene sus ventajas y una de ellas es su flexibilidad. En principio, las partes pueden convenir todos los

aspectos de este sistema y adaptarlo a las necesidades del caso. Por lo tanto según la doctrina argentina, el autor Roque Caivano, dentro del arbitraje encontramos varios tipos de proceso arbitral los cuales son los siguientes:

a) Arbitraje institucional: existe la participación de una entidad la cual se encarga de administrar y organizar el trámite, presta servicios para que la controversia sea resuelta con mayor eficacia. La controversia en mención es resuelta por árbitros quienes son escogidos por las partes. La entidad brinda apoyo tanto a las partes como a los árbitros pero no participa en la decisión del caso. Existe una lista de árbitros, un reglamento de procedimientos y modelos de acuerdo arbitral, de esta manera se facilita a las partes el sometimiento a arbitraje. Se provee también el local como la infraestructura necesaria para llevar a cabo el arbitraje, como también prestar servicio de secretaria. Tal es el caso que se recibe y se notifica la demanda, se fijan honorarios, se resuelven recusaciones, se reemplazan árbitros por renuncia o vacancia, se fija el idioma, entre otros.

b) Arbitraje libre o ad hoc: en este arbitraje no existe ninguna entidad que administre el sistema, por lo que las partes deben ponerse de acuerdo en todo lo relativo a las reglas que desarrollarán en el arbitraje, como por ejemplo las normas en base a las cuales los árbitros actuarán y proveerán todo lo necesario para que se pueda desarrollar el mismo. Deberán también convenir en los mecanismos de elección de árbitros, el lugar de desarrollo del arbitraje, el idioma, los procedimientos aplicables, métodos de coerción en caso de desconfianza de alguna de las partes a cooperar o falta de cumplimiento en cuanto a la resolución del árbitro, el plazo para laudo, los recursos que caben contra el laudo, etc.

c) Árbitro iuris: Este tipo de arbitraje hace referencia a que los árbitros de derecho o también conocidos como iuris actúan conforme a formas legales y deciden cuestiones litigiosas sobre el derecho positivo, tal como lo haría un magistrado judicial. El laudo debe siempre estar sustentando en derecho.

d) Arbitraje Amigable componedor: en este tipo de arbitraje las partes tienen la opción de privarse de las normas jurídicas tanto en la tramitación del proceso como también en la fundamentación del laudo. Los árbitros fallan de acuerdo a su saber y entender, estando por la voluntad de las partes a sujetarse a las reglas del procedimiento y aplicar normas de fondo para la resolución de la causa.

e) Arbitraje forzoso: lo que caracteriza a este tipo de arbitraje no es la voluntad de las partes la que aparta del conocimiento de los jueces estatales, sino al contrario una disposición que hace del arbitraje un sistema forzoso, siendo el legislador quien decide la sujeción del caso a arbitraje. En la legislación argentina se encuentran varios cuerpos normativos tales como el Código Civil, Código de Comercio, Código de Córdoba, entre otros. (Caivano, 2018).

Es menester tener en cuenta que existe el arbitraje para derecho público como para derecho privado. El arbitraje de derecho público es objeto netamente del derecho internacional público. Según el autor mexicano José Luis Siqueiros el arbitraje es *“aquel que tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados como entidades soberanas, mediante árbitros designados libremente y sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas”* (Siqueiros, 2018). Debe tenerse en claro que dentro de este tipo de arbitraje no solo pueden intervenir Estados soberanos sino también otros sujetos de derecho internacional público como por ejemplo organismos internacionales.

Mientras que cuando se habla de arbitraje de derecho nacional se discute solo dentro de un sistema jurídico con un ordenamiento jurídico específico. Un claro ejemplo del ordenamiento jurídico mexicano sería la Constitución de 1993 y las leyes ordinarias. El arbitraje internacional es aquel en el cual las partes se someten a leyes internacionales y a tribunales extranjeros.

En cuanto al arbitraje privado es aquel el cual resuelve controversias suscitadas entre particulares y las diferencias que existan entre Estados cuando éstos actúan en carácter de particulares.

Pues bien, luego de haber hecho la diferencia entre el arbitraje nacional e internacional, público y privado, se analizarán cuáles son los tipos de arbitrajes o procesos arbitrales según la doctrina mexicana, siendo estos los siguientes:

a) Arbitraje voluntario: se deriva de la voluntad de las partes sin que antes exista un convenio en donde las partes puedan exigir su cumplimiento.

b) Arbitraje forzoso: se deriva de la ley, dependiendo de la materia las partes se someten a arbitraje.

c) Arbitraje de derecho: el árbitro es quien decide el litigio de acuerdo a las leyes del lugar en donde se instale el Tribunal Arbitral o de acuerdo a las leyes que hayan pactado las partes. Es decir, este tipo de arbitraje se da cuando el convenio arbitral señala de manera específica la aplicación de una norma conforme a un caso concreto.

d) Arbitraje de equidad: las partes resuelven la controversia de acuerdo a su saber y entender. Se basa en la experiencia de las partes conforme a un caso concreto. En el caso de que las partes no hayan optado de manera expresa por arbitraje de derecho, los árbitros deberán optar por el arbitraje de equidad.

e) Arbitraje ad hoc: no existe institución que administre el sistema. Al contrario, son las mismas partes quienes suministran las normas y todo lo necesario para que proceda el arbitraje. En el caso de que surja cualquier diferencia entre las partes, la misma será resuelta en sede judicial. Si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre el árbitro tercero, si se produce una recusación contra el árbitro ya sea por renuncia, fallecimiento o irresponsabilidad al ejercer el cargo, se debe reemplazar de árbitro.

f) Arbitraje institucional: se acoge al reglamento de arbitraje y asistencia de la institución elegida. Este tipo de arbitraje respalda entre los árbitros una entidad especializada la cual se encarga de administrar y organizar el trámite. Al mismo

tiempo esta entidad presta servicios útiles para resolver la controversia en cuestión. Se rige por el reglamento al cual son sometidas las partes. No obstante, se vale de instrumentos para adecuar las reglas de necesidades de las partes, surgiendo así reglamentos de “*arbitraje común*” o “*arbitraje acelerado*”. Se trata por lo tanto de una doble confianza, ya que las partes en controversia confían tanto en el reglamento de la entidad arbitral elegida, como también en el personal de dicho centro para que se lleve un correcto seguimiento de los expedientes. Cabe recalcar además, que la elección de la institución arbitral depende de criterios relacionados con la nacionalidad de las partes, tipo de actividad de la empresa, problemas de ejecución y factores tanto regionales como políticos.

Otro autor de nombre Francisco Gonzáles de Cossío, en su obra titulada “*La Ecurridiza Noción de Arbitraje*” nos menciona clases de arbitraje tales como voluntario, forzoso. No obstante nos menciona una tercera clase de arbitraje conocida como arbitraje intermedio. Este arbitraje tiene características de ambos. En otras palabras, el mismo se efectúa por voluntad y regulación aplicable. Se pacta el procedimiento haciendo alusión a leyes existentes sino se fija el derecho sustantivo, ya sea que se acuerde respecto al árbitro, proceso y derecho sustantivo. No obstante, siempre se debe tener en cuenta que se lo considera como una institución que tiene como finalidad la labor de los tribunales mediante un mecanismo alternativo de solución de conflictos el cual no es aplicable a todas las materias, sino solo a aquellas que se identifican con materias transigibles. (Cossío, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018).

El mismo autor presenta una sub-clasificación del arbitraje o proceso arbitral de acuerdo a criterios de valoración y son los siguientes:

- g) Arbitraje jurídico o de hecho:** el árbitro se rige por disposiciones legales que interpretan y aplican de acuerdo a su técnica o especialización.
- h) Arbitraje de equidad o amigable composición:** se efectúa por las partes al árbitro para proponer soluciones de acercamiento entre intereses que son contrapuestos.

Se basan en reglas de honor que el compromiso de las partes supone y mas no en soluciones basadas en normas jurídicas.

- i) Formal:** se aplican disposiciones de juicio de conocimiento ordinario y solemnidades las cuales se guían por normas de derecho práctico como por ejemplo la forma de emitir sentencias o apreciar la prueba producida.
- j) No formal o ad hoc:** el procedimiento se ajusta a las modalidades que las partes acuerdan.
- k) Interno o doméstico:** se rige por árbitros o disposiciones locales.
- l) Extranjero o internacional:** las normas que se aplican provienen de tratados o convenios internacionales

Definición de parte procesal según la doctrina

Según el autor Chiovenda, parte es “*quien demanda en nombre propio una actuación de ley y aquel frente a la cual es demandada*” (M, 2018). El concepto de parte es muy importante conocerlo ya que hace alusión al proceso y a los efectos procesales, en este caso del proceso arbitral. Esta definición es correcta debido a que vincula la existencia de partes en el proceso, las mismas adquieren tal calidad en el proceso con el hecho de demandar o de ser demandado. Así mismo el autor Redenti afirma que basta solo con demandar o ser demandado para ser parte procesal. (M, 2018).

Por lo tanto no se refiere a las partes materiales o sustanciales que son aquellas que bien pueden ausentarse del proceso como por ejemplo cuando se demanda sin tener interés para obrar o sin tener legitimación en la causa.

La noción de “*parte*” tampoco hace alusión a las partes del litigio que son aquellas que también pueden ausentarse del proceso como por ejemplo cuando

un socio demanda personalmente y no el representante legal de la sociedad que es con quien existe la controversia.

Se debe tener en cuenta que “*parte*” hace relación a la situación jurídica de las personas que están vinculadas al proceso y no a su identidad como personas ya que por lo general aparecen en el proceso personas que comparecen no por su propio nombre y sino en representación de otras. Tal es el caso de las empresas en donde comparece una de las partes como representante legal o convencional muchas veces para proteger a los verdaderos interesados o evadir responsabilidades que les compete.

Son parte en el proceso quienes tienen intereses opuestos. Pero se debe tener claro que esta interpretación no la podemos tomar tan literal debido a que muchas veces existen partes en el proceso que tienen intereses comunes. Es ahí por lo tanto que al amparo de la ley se puede nombrar un procurador común para que represente a las partes en juicio. Es en ese momento que se habla de Litisconsorcio.

Cuando hablamos de litisconsorcio ocurre que las partes pueden ser que varias personas demanden en conjunto o que en una demanda consten varias personas. También se puede dar el caso de durante el desarrollo del proceso intervengan varias personas diferentes al demandante y demandado. Por lo tanto en este caso las partes vendrían a ser múltiples.

A esta figura se la encuentra contemplada en nuestro Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y la misma también es reconocida en otros ordenamientos jurídicos. El artículo 51 del referido código y dice lo siguiente: *“dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso en forma conjunta activa o pasivamente, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto o cuando la sentencia que se expida con respecto a una podría afectar a la otra”*. (Nacional, 2018).

Dentro de este análisis es trascendental mencionar que la doctrina hace la diferenciación entre sujetos, partes e intervinientes dentro de un proceso, en este caso dentro del proceso arbitral. Cuando hacemos referencia a los sujetos

procesales, según John Jairo Ortiz Alzate, abogado y profesor de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín quiere decir que son aquellos que en un proceso jurisdiccional tienen aptitud para realizar actos procesales cualquiera que sea su posición dentro del proceso. Parte es *“quien pide en nombre propio o de otro la actuación de la voluntad de la ley frente a otro en el proceso, por lo que adquiere la calidad de actor o de opositor”* (Alzate, 2010). Y por último, el autor menciona que tercero tiene la definición de *“aquella persona que con posterioridad al establecimiento de la relación jurídica procesal llega al proceso, obteniendo la calidad de parte procesal, o en otros casos de mero interviniente”*. (Alzate, 2010). Muchas veces cuando se habla de interviniente quiere decir que es aquel que por voluntad propia o forzosa llega al proceso con capacidad para realizar actos procesales de parte, por lo que existe una gran confusión entre los conceptos mencionados. De acuerdo al autor, todos estos conceptos son según la doctrina colombiana.

Se debe indicar que cada uno de estos términos pertenece a una misma institución, la cual viene a ser los sujetos procesales, y su tratamiento solo viene a ser justificado por un tema formativo. Sin embargo siempre se presentan confusiones sobre estos términos.

Según la definición del autor mencionado, el concepto de parte mira solo al interior del proceso, y ahí es precisamente cuando hablamos de parte demandante y parte demandado. En otras palabras, solo serán entre quienes se constituye la relación jurídica procesal a partir de la notificación de la primera providencia del demandado. Lo que sobresale es entonces el carácter procesal sin importar que sea el actor sea titular del derecho material o que el demandado sea el titular de dicho derecho.

Desde el punto de vista material, parte significa *“aquellas personas que reclaman y debaten como suya, siendo estos los titulares, la relación jurídica sustancial”*. (Alzate, 2010).

A su vez, la doctrina hace distinción entre lo que se puede llamar sujetos del litigio y sujetos del proceso, ya que algunos autores prefieren llamarlo así en

lugar de partes. Se comienza haciendo el análisis de sujetos del proceso obteniendo como resultado aquellas personas que hacen el proceso, mientras que sujetos litigiosos son aquellas personas que reclaman la tutela judicial.

No obstante, hay personas que identifican el sujeto del litigio con la parte en sentido material y el sujeto procesal con la parte en sentido formal, esto dependiendo de la posición que ocupen en el proceso. Si es una posición pasiva entonces será sujeto litigioso, si es una posición activa entonces será sujeto procesal. En otras palabras, sujetos litigiosos vienen a ser las personas que son juzgadas y sujetos procesales son quienes ayudan a juzgar y realizan actos procesales.

Para tener más claro la connotación de sujeto procesal, el autor menciona que viene a ser todo interviniente en el proceso, esto es el juez, actor, opositor, tercero (en el caso de que exista), incidentista, ministerio público, y todo aquel que por ministerio de la ley pueda intervenir en un proceso. Todos estos promueven el desarrollo del proceso debido a que realizan actos procesales. (Alzate, 2010). Se debe recordar que proceso es una secuencia o serie coordinada, ordenada de actos procesales en la relación jurídica procesal.

El concepto de “*parte*” también se lo puede obtener desde dos puntos de vista, procesal y material. Desde el punto de vista procesal o formal quiere decir que las partes: “*son aquellos sujetos que solicitan al órgano jurisdiccional que aplique el derecho y también aquellas personas frente a las cuales se solicita tal aplicación*”. (Iberley , 2018). Un sinónimo de parte en este caso podría ser litigante. Los sujetos que aplican el derecho vienen a ser llamados “*parte activa*”, mientras que los sujetos frente a quien se pide la aplicación del derecho viene a ser llamada “*parte pasiva*”.

Mientras que desde el punto de vista material tiene el siguiente significado: “*aquellos sujetos que ostentan la titularidad de los derechos o intereses a cuya satisfacción tiende el proceso (parte activa) y aquellos que son titulares de las obligaciones o deberes correspondientes a aquellos derechos (parte pasiva)*”. (Iberley , 2018).

Ambos conceptos no coinciden en su totalidad, ya que si la parte activa en el sentido formal es titular del derecho que está solicitando y hace la petición frente a la parte pasiva desde el punto de vista material, no siempre sucede así, ya que las personas que participan en el proceso pueden no siempre ser los titulares de derechos y obligaciones que en él se desarrollan. Existen por lo tanto dos razones para justificar la falta de coincidencia:

a) Por error, engaño o dolo: se da en los casos cuando una persona pide como propios derechos los cuales no le corresponden en realidad ya sea por estar erróneo o actuar con ánimo de engañar. Como consecuencia de esto, la resolución de la sentencia que se dicte no debe ser favorable, pero la intervención dentro del proceso se la considera como válida, es decir se es parte procesal.

b) Por disposición expresa de la ley: puede darse que exista una previsión legal en donde se permita de manera expresa que el proceso se inicie por una persona que no es titular del derecho el cual se está invocando ante el órgano judicial. Esta persona se la conoce como “*legitimación indirecta*”

Se debe tener en conocimiento que los sujetos que son conocidos como “*terceros*” no son parte en el proceso. En otras palabras, son todas aquellas personas que no son demandantes ni demandados. No obstante, estos sujetos pueden bien estar relacionados con el proceso de maneras diversas tales como intervenir en el proceso para colaborar al sistema siendo testigo, perito, etc. Estos terceros vienen a cumplir con obligaciones que la norma les impone, pero también no se debe olvidar que gozan con derechos contemplados en la ley, los cuales deben ser cumplidos por el sistema de manera rigurosa. (Iberley , 2018).

Existe de acuerdo al autor mencionado una clasificación de las partes, las cuales habían sido mencionadas anteriormente, la parte activa y la parte pasiva. Esta clasificación hace referencia de acuerdo al criterio de la posición procesal que éstas ocupan. Sin embargo, su denominación varía de acuerdo al tipo de proceso que se trate. Por ejemplo en derecho civil tenemos a la parte activa la cual tiene la denominación de “*demandante o parte actora*”, mientras que la parte pasiva

se la conoce como “*demandado o parte demandada*”. Estas partes también pueden tener otros nombres dependiendo de la fase del proceso en la que se encuentren, como se muestra a continuación:

a) Fase de recurso: el demandante será conocido como “*recurrente*”, mientras que el demandado será conocido como “*recurrido*”. En el caso de que se trate de un recurso de apelación, se los llamará “*apelante*” y “*apelado*”.

b) Fase de ejecución: a la parte activa se la conoce como “*ejecutante*” y a la parte pasiva se la conoce como “*ejecutado*”.

Doctrina latinoamericana sobre la incorporación de partes no signatarias en el proceso arbitral

El autor Santiago Talero Rueda abogado de la Universidad de los Andes de Bogotá, Colombia, en el presente análisis desarrolla perspectivas en la nueva ley peruana de arbitraje. Y para poder explicar sobre estas perspectivas es imprescindible explicar de manera general como se lleva a cabo el arbitraje de forma general. Se empieza hablando de las partes quienes acuerdan someter ciertas controversias ya sean actuales o futuras a arbitraje, renunciando a la jurisdicción ordinaria que vendrían a ser los jueces del Estado. Este acuerdo entre las partes, viene a ser una manifestación de libertad contractual la cual se plasma en un pacto o convenio arbitral, la misma que tiene consecuencias en la práctica. (Rueda, 2018).

A diferencia de la justicia ordinaria, el arbitraje tiene distintivos tales como la agilidad, flexibilidad, onerosidad y especialidad. Es así que por lo general las partes que se someten a arbitraje acceden a un mecanismo de solución alternativo de conflictos de única instancia. Debido a que el arbitraje solo tiene una instancia, no se debería permitir que los laudos arbitrales que vienen a ser las decisiones del árbitro sean revisiones judiciales de fondo o “*in judicando*”, las cuales se instrumentan en el ámbito judicial mediante el recurso de apelación. Ya que si esto ocurre, se estaría afectando al principio de celeridad perdiendo el mismo su razón de ser, ya que las partes terminan afrontando instancias judiciales que son propias de los procesos ordinarios. En consecuencia, implicaría que sea el juez

en sede ordinaria quien resuelva de manera definitiva las divergencias entre las partes, haciendo que su criterio prime ante el criterio arbitral que las partes habían ya escogido para efectos de contar con una decisión especializada y ágil. (Rueda, 2018).

Las partes que se someten a arbitraje asumen cargas económicas especiales. Tal es el caso de pago de honorarios de los árbitros, servicios y gastos administrativos que se dan para el desarrollo del proceso, sobre todo si el proceso se encuentra siendo administrado por una institución arbitral determinada, como muchas veces suele suceder.

Las partes que acuden al arbitraje tienen la posibilidad de seleccionar el tribunal arbitral, quien resolverá las controversias, basándose en la redacción y términos del pacto o convenio arbitral.

El convenio arbitral al cual van a someterse las partes procesales tiene dos consecuencias, una positiva y una negativa. La consecuencia positiva viene a ser una obligación de hacer, la cual consiste en acudir a un mecanismo particular de solución de controversias con ventajas y distintivos especiales. Mientras que la consecuencia negativa es un deber de abstención que tienen las partes procesales y por lo tanto deben renunciar a la justicia ordinaria. (Rueda, 2018)

La piedra angular del arbitraje es el consentimiento de las partes las cuales habilita a los árbitros para actuar. De esta manera, el pacto arbitral es la materialización de dicha voluntad habilitante la cual marca y delimita la actuación de los tribunales o del árbitro, optando por la renuncia de las partes a resolver sus controversias ante los jueces del Estado.

Es por ello que en general muchas legislaciones nacionales han sometido a los pactos o convenios arbitrales a un requisito de validez formal, el cual consiste en que se los redacte de manera escrita. Ya que si el requisito esencial para poder resolver controversias presentes o futuras entre las partes procesales en arbitraje es que renuncien al aparataje estatal y su voluntad se vea plasmada por escrito, entonces se entiende que la manifestación de voluntad entre las partes es clara y

evidente, debido a que debe quedar evidencia de la voluntad de las partes en el convenio arbitral.

Es así que el requisito formal del convenio arbitral por escrito es una garantía de certeza, transparencia y equidad para las partes, la cual es avalada por legislaciones nacionales e instrumentos internacionales como por ejemplo la Convención de Nueva York cuando trata sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Luego de haber explicado de manera breve y clara sobre los lineamientos y el funcionamiento en general del arbitral, se debe analizar sobre las partes no signatarias en el proceso arbitral. Estos son aquellos que sin encontrarse de manera formal en el convenio arbitral se entienden vinculados de manera material por éste. Como su nombre lo indica, las partes no signatarias son sujetos que no han suscrito el convenio arbitral pero que quedan envueltos en él por determinadas circunstancias. (Rueda, 2018).

Cuando se habla de “*parte no signataria*” no se trata de un tercero, sino de un sujeto que se encuentra vinculado por un determinado convenio arbitral sin haberse adherido de manera formal a éste. Por lo tanto, si la renuncia de las partes procesales al convenio arbitral debe ser expresa mediante el convenio arbitral, *¿Cómo se explica entonces que un sujeto el cual no ha suscrito el convenio arbitral, queda vinculado por este?* Desde el punto de vista del derecho civil según el autor y sobre todo de la teoría general del contrato se hace la siguiente pregunta *¿Bajo qué criterios el convenio arbitral le genera derechos y le impone obligaciones a un tercero no signatario?* Desde la perspectiva misma del convenio arbitral, la pregunta se materializa al determinar el alcance por razón de la persona o también conocido como “*ratione personae*” del pacto arbitral frente a personas que no lo han suscrito. Es decir, se analizan las condiciones que opera la excepción al postulado “*res inter alios acta*” que se lo conoce como “*privity of contract*” en el common law. (Rueda, 2018).

Al hablar sobre la interpretación que se debe hacer frente a partes no signatarias en el proceso arbitral, la misma obedece al vacío que existe en el pacto arbitral sobre el alcance de la *“ratione personae”* o razón de la persona. Para tener un mejor conocimiento y entendimiento del tema en cuestión, *“ratione personae”* hace alusión a que es una expresión utilizada para determinar la competencia de los jueces en razón del lugar donde se encuentra la persona del juez o de las partes. (Gallinal, 2018). Es claro, que en este caso sería determinar la competencia del árbitro elegido por las partes procesales. Un ejemplo podría ser el siguiente según el diccionario legal *“La excepción de incompetencia ratione personae no puede ser opuesta por el demandante que la ha renunciado por el hecho de entablar la demanda ante un juez relativamente incompetente”* (Gallinal, 2018).

Los pactos o convenios arbitrales se insertan en cláusulas arbitrales los cuales se los encuentran en contratos suscritos por partes que son determinadas e identificadas con claridad. Estas partes no suelen analizar la posibilidad de que sus compromisos vinculen y obliguen a terceros que no han suscrito de manera formal el convenio arbitral. Sin embargo, se dan estos casos porque que las partes procesales vinculan de manera directa a terceros no signatarios, puesto que consideran que éstos se encuentran involucrados en las controversias que se encuentran materializadas en el convenio arbitral. Por supuesto, esta circunstancia depende a cada caso en concreto.

La interpretación jurídica debe determinar si un tercero no signatario, evidentemente ajeno al convenio arbitral tiene la intención de vincularse al mismo. Pero el asunto es complejo ya que la parte no signataria se puede ver involucrada por un convenio arbitral en el cual no ha habilitado de manera expresa a un tribunal arbitral para resolver sus controversias con otros sujetos. En consecuencia, la interpretación jurídica suele proyectarse más allá del contenido del pacto arbitral, siendo este quien guarde silencio sobre la vinculación de sujetos ajenos a sus signatarios. Por lo tanto, se deja de lado principios que son imprescindibles para la interpretación del árbitro o tribunal

arbitral, tales como el efecto útil de las previsiones contractuales, el mismo que será explicado y analizado en el siguiente capítulo. Esto debido a que el análisis no se desarrolla en el contenido inherente del convenio arbitral sino en hechos y circunstancias que se deben a causas externas, como por ejemplo la conducta contractual de los sujetos. Por lo tanto se hace la siguiente pregunta: *¿cómo se concluye la voluntad implícita de una parte no signataria de vincularse al convenio arbitral sin contrariar sus reales intenciones?* Por lo que en los próximos capítulos se hará un análisis sobre cuáles son los métodos tradicionales del análisis del pacto arbitral, lo cual nos da la oportunidad de conocer cuáles son los alcances que debe tener el convenio arbitral cuando se pretende su extensión a parte no signatarias.

Cuando hablamos de la incorporación de partes no signatarias en el convenio arbitral, según el ordenamiento jurídico peruano se trata específicamente de un método interpretativo establecido del pacto arbitral. Se debe tener en cuenta que el arbitraje obedece a la voluntad de las partes y además que la parte no signataria no haya habilitado expresamente a un árbitro o tribunal arbitral para resolver sus diferencias con otros sujetos. (Rueda, 2018).

El pacto o convenio arbitral tiene una estructura conocida como “*narrow*” ya que el signatario se encuentra por fuera de los extremos del pacto, y en este caso las partes contratantes que vendrían a ser las partes signatarias del convenio arbitral cierran el pacto y son sus extremos. La parte no signataria no aparece en el convenio arbitral pero se hace la pregunta si es que se debe o no ser vinculado materialmente a dicho pacto.

Por regla general, se conoce que el arbitraje depende de la voluntad de las partes. Independientemente de sus ventajas, son los sujetos quienes, en formación de su libertad contractual, determinan si su deseo es la de someterse a arbitraje.

Al principio, es de cuestionarse sobre la posición que adopta un tercero no signatario en el proceso arbitral debido a las siguientes razones. Una cosa es que exista una política legislativa la cual facilite el arbitraje y la cual presuma que las partes han incluido las controversias en el pacto arbitral. Otra cosa es considerar

que un sujeto determinado quien se encuentra fuera del pacto arbitral, quede vinculado por éste debido a una interpretación “*pro-arbitraje*”.

En situaciones establecidas, esta posición significaría aplicar un arbitraje de manera obligatoria para sujetos que son ajenos al convenio arbitral y cuya intención de asistir al arbitraje se encuentra entredicho. Pero en realidad la interpretación extensiva a partes no signatarias en el proceso arbitral más se relaciona con materias cobijadas por el pacto arbitral “*ratione materiae*” y no la vinculación de sujetos tales como “*ratione personae*”. En cuanto a la explicación de “*ratione materiae*” según el autor Couture, la expresión mencionada significa que se determina la competencia del árbitro en razón de la materia o de la controversia en disputa. (Couture, 2018). Un ejemplo según el diccionario legal es el siguiente: “*la competencia ratione materiae es de orden público, y las partes no pueden prorrogarla*”. (Couture, 2018).

Si se habla de una solución ecléctica, es decir que guarde armonía, tampoco sería la solución.

Es menester mencionar que cuando existe un vacío legal o ambigüedad en un contrato, se debe hacer una interpretación al mismo. Sin embargo no siempre existe igualdad en los contratos en cuanto al vacío legal o ambigüedad. Es así que cuando hablamos de arbitraje, el pacto arbitral limita el ejercicio de un derecho fundamental en varias legislaciones. Este derecho es el de renunciar a la legislación estatal. Es por ello que el arbitraje tiene un carácter excepcional. Al tratarse por lo tanto de partes no signatarias del convenio arbitral en el proceso arbitral, la interpretación del pacto no puede evitar esta circunstancia simplemente para asegurar el deseo de las partes y poner al convenio arbitral en igualdad con otros contratos.

Tampoco es correcto afirmar al interpretar un contrato, la interpretación es ajena a aspectos exógenos como lo serían posiciones extensivas o restrictivas sobre el pacto arbitral. El objetivo de la interpretación del contrato es demostrar la verdadera intención de las partes, como también sus reglas. El problema se da cuando existen móviles en donde el contratante aplica, y por lo tanto, no

determina la voluntad del contratante. Un claro ejemplo es cuando hablamos de la regla “*proferentem*” la cual se aplica al interpretar un contrato que es ambiguo y oscuro, interpretándolo en contra de la parte que la redactó. Esta clásica regla de interpretación contractual, la cual se encuentra de diversas legislaciones nacionales e instrumentos del derecho privado, no apunta necesariamente a determinar la verdadera intención de las partes contratantes. Al contrario, parecería ser más bien un principio de equidad para la atribución de riesgos entre las partes, establecido en su posición y predominación en la negociación y adaptación del contrato. (Rueda, 2018)

Por lo tanto, pese a ser exógeno frente a determinar la intención verdadera de las partes, el principio mencionado en el párrafo anterior se lo usa para la interpretación del contrato, en este caso del convenio arbitral, pero sobre todo también se lo puede usar en contratos de adhesión, un contrato muy utilizado en el campo del derecho mercantil.

Pues bien, al tratarse de la interpretación de un convenio arbitral, ha quedado bien claro que se renuncia a la justicia ordinaria estatal, también se lo puede hacer tal interpretación mediante criterios exógenos. Es así que esta posición parece ser la más propicia para interpretar un convenio arbitral cuando se lo pretenda extender a partes no signatarias. La parte no signataria, lo que hace en realidad es que no habilita de manera expresa al tribunal arbitral o al árbitro, depende del caso, para resolver sus controversias con otros sujetos. La vinculación que tiene el tercero no signatario al convenio arbitral se determina de manera general de acuerdo a su comportamiento contractual, el cual se lo explicará más adelante. En consecuencia, resulta inapropiado, enlazarlo al convenio arbitral sobre la base de una interpretación la cual resulta ser extensiva al pacto arbitral conocida como “*interpretación pro-arbitraje*” o enlazarlo con una interpretación que es autónoma, la misma que ignore que el arbitraje solo se puede realizar por medio de la voluntad de las partes, quienes renuncian a resolver sus diferencias ante el Estado. En realidad, una extensión no adecuada del convenio arbitral al tercero

no signatario podría implicar la anulación del laudo arbitral, decisión pronunciada por el tribunal arbitral o árbitro según sea el caso en cuestión.

En la práctica, la postura restrictiva lo que implica es requerir que la extensión del convenio arbitral a un tercero no signatario respete a que se determine de manera rigurosa que ésta ha sido voluntad implícita pero inequívoca de dicho sujeto. Si no se determina su voluntad inequívoca, es decir, si el análisis de los hechos trae dudas, entonces no se debería extender el convenio arbitral al tercero no signatario. En todo caso, el primer punto que se aplica al realizar el análisis, es determinar el derecho aplicable al pacto arbitral.

Prácticas arbitrales internacionales sobre la incorporación de partes no signatarias en el proceso arbitral

Cuando se lleva ya el arbitraje a la práctica, la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias es una cuestión que se da principalmente en el ámbito de los negocios, trátase en el ámbito de las sociedades. Es así como se pretende extender el convenio arbitral a una empresa o compañía determinada, la cual es formalmente ajena a un negocio, pero sin embargo pertenece al grupo de sociedades de una de las partes contratantes del negocio. El enlazamiento corporativo que existe entre las empresas surge como el punto de partida para enlazar, a una de ellas por medio del convenio arbitral formalizado por la otra parte con un tercero no signatario.

Esta referencia ha sido elaborada en el ámbito internacional, sobre todo para aquellas personas o compañías que controlan el poder de decisión de los sujetos que se encuentran directamente involucrados en el negocio el cual contiene el convenio arbitral.

Desde el punto de vista del litigante, la extensión del convenio arbitral a un tercero no signatario atiende a una estrategia que es caracterizada como “*jurídico-patrimonial*”, la cual consiste en enlazar a empresas que cuenten con el respaldo patrimonial suficiente para resolver las deudas en la empresa que se encuentra vinculada al pacto arbitral. Esto se da cuando se vincula a empresas controlantes frente a circunstancias que involucran a sus subordinadas. También

se da uso de la extensión como un mecanismo de presión comercial, dispuesta a comprometer a la cabeza del grupo de sociedades en un litigio el cual le es formalmente ajeno. De esta manera es que se pretende poner en riesgo la estabilidad jurídica y patrimonial de la cabeza del grupo, forzándola a defenderse y exigir internamente la información y responsabilidad del caso de las empresas que se encuentran directamente involucradas y también de sus administradores. (Rueda, 2018).

Esta dirección permite asegurar que la extensión del pacto arbitral a partes no signatarias es un problema que no solo se debe analizar respectivamente bajo el derecho arbitral y las estrategias procesales de las partes intervinientes. Existen condiciones que permiten extender el convenio arbitral a partes no signatarias, pero esta figura, por si misma, tiende a obstaculizar en el andamiaje corporativo de las sociedades, como también disminuir el principio de limitación de riesgos el cual ha sido vital y trascendente para el surgimiento y desarrollo de las empresas.

En realidad, la definición de sociedad hace alusión según el autor a “*persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*”. (Rueda, 2018). Este postulado ha permitido la creación y ampliación de empresas, como también administración de estructuras corporativas complejas entre entes que pertenecen a un mismo grupo.

La generación de la sociedad como persona jurídica diversa ha permitido dividir los riesgos ya mencionados anteriormente como “*jurídico-patrimoniales*” que se obtienen como resultado de la operación de empresas frente a la situación de los socios. La limitación del riesgo de los socios nos brinda ventajas de índole económico para el sistema económico, como por ejemplo según el autor reducir costos de vigilancia interna sobre la gestión de los administradores y la actividad de los propios socios, facilitar la realización de inversiones, etc.

El principio conocido como “*separación jurídica y patrimonial de la sociedad*” no tiene un carácter absoluto sino relativo. Muchas veces el beneficio de la personificación jurídica de la sociedad se utiliza para el fraude a la ley o para

perjudicar a terceros, mediante estratagemas maliciosas o temerarias. A esta manifestación se lo conoce como “*abuso de la personalidad jurídica de la sociedad*” y ocurre en las empresas de manera interna como externamente. Internamente cuando se emplea una posición ya sea mayoritaria o minoritaria al tomar decisiones para empeorar el legítimo querer social. Externamente ocurre cuando la compañía se la utiliza como instrumento por parte de una persona para su propio beneficio. (Rueda, 2018).

Se debe por lo tanto hacer un análisis sobre la forma de la persona jurídica, si ésta ha sido empleada para ocultar la existencia de su identidad la cual se la conoce como “*identidad efectiva*” y se da entre las personas que hayan intervenido en un acto determinado.

Existen muchos ordenamientos jurídicos que han reaccionado frente a estas conductas mediante la desestimación de la limitación de la responsabilidad de los socios, conocida bajo el nombre de “*velo corporativo*”. Lo dicho en mención implica asignar la responsabilidad personal de los socios por las obligaciones que tienen dentro de la empresa. También se establece la responsabilidad de empresas controladas por actos de personas subordinadas, como es en el caso de empresas mandatarias, agentes o ejecutoras de las primeras. (Rueda, 2018).

Todo lo mencionado en el párrafo anterior significa que existen criterios y modalidades para desestimar la limitación de la responsabilidad, equilibrando de esta manera los motivos y ventajas sobre la separación jurídica y patrimonial de las empresas de acuerdo a su estructura y naturaleza, con ventajas para prescindir de esa separación.

Pues bien, al hablar de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el análisis no se debe hacer solo desde el punto de vista del derecho arbitral, sino al contrario debe hacerse proyectando a quienes son las personas involucradas y a su estructura corporativa. Al tratar este tema dentro de las corporaciones puede incidir en decisiones para mantener una inversión. Por lo que es importante equilibrar las diversas razones para poder preservar el principio de limitación de riesgo, mediante la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.

Una práctica de arbitraje internacional importante para su análisis es un caso de arbitraje internacional comercial el cual tuvo lugar en Chile en donde se aplicó la cláusula arbitral a un tercero no suscriptor del negocio jurídico correspondiente, y ello gracias a la teoría de la estipulación a favor de un tercero la cual será explicada a continuación para un mejor entendimiento del caso en cuestión.

Cuando hablamos sobre la teoría de la estipulación a favor de un tercero en cuanto a su concepto según la doctrina nacional venezolana amparado en el Código Civil nos menciona lo siguiente: *“La estipulación a favor de terceros es un contrato mediante el cual el deudor, denominado promitente, se compromete frente a otra persona denominada estipulante, a ejecutar una prestación en beneficio de un tercero”*. (Temas de Derecho , 2018).

En consecuencia, la estipulación a favor de terceros da como resultado un derecho de crédito directo del tercero frente a la parte denominada prominente. Constituye una excepción al principio que rige los efectos internos del contrato, pues los contratos no tienen efecto sino solo entre las partes contratantes. Es así que tales efectos no dañan ni aprovechan a terceros sino solo en los casos que la ley así lo permite. La estipulación a favor de terceros es uno de los casos que se encuentran contemplado en la ley. (Temas de Derecho , 2018).

En cuanto a la doctrina extranjera nos menciona lo siguiente sobre el particular:

La doctrina extranjera, ha expresado sobre el particular lo siguiente: *“La estipulación a favor de tercero es un procedimiento técnico que permite a dos personas que celebran un contrato entre ellas hacer nacer un derecho en beneficio de un tercero. Los dos contratantes desempeñan respectivamente el papel de estipulante y de promitente. El estipulante toma la iniciativa de la creación del derecho a favor del tercero; el promitente acepta obligarse a favor de ese tercero. La persona que resulta acreedora a consecuencia del contrato se denomina tercero beneficiario”*. (Tratado de Derecho Civil).

Como se puede observar de las doctrinas nacional como internacional, el consentimiento del tercero tiene como efecto el hacer irrevocable el negocio jurídico entre las partes contratantes, es decir entre el estipulante y el prominente. En cuanto a la obligación que tiene el prominente frente al tercero y la estructura de la estipulación no se encuentra condicionada a la aceptación del tercero en mención. Es decir, cuando existe falta de consentimiento por parte del tercero, aquello no anula de ninguna manera la estipulación. Deja solo la alternativa de que el estipulante y el prominente puedan anular el convenio, pero la misma desaparece cuando el tercero acepta la estipulación, lo cual la torna irrevocable.

A continuación se explicará y analizará un caso a manera de práctica arbitral internacional. El caso se encontraba siendo administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago de Chile (CAM), bajo el número 1341-11, en donde el árbitro asignado para resolver el conflicto fue Enrique Barros Bourie. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

Explicación del caso:

En fecha 01 de junio de 2011, la compañía Servicios Financieros Altis S.A. (Altis), es el recurrente, es decir quien demanda al Grupo Casa Saba S.A.B de CV (Casa Saba), siendo este la parte demandada o recurrido. Se demanda por la suma de \$588.744.000 además de solicitar el pago de costas e intereses, en razón de lo que se encontraba contenido en el contrato de Promesa de Compraventa de Acciones Farmacias Ahumada S.A. Dicho contrato fue celebrado entre el señor José Codner Chijner en conjunto con sociedades relacionadas y Casa Saba. Altis invoca que se aplique la cláusula arbitral contemplada en la Sección 15.10 del contrato, siendo esta evidentemente eficaz de acuerdo a la doctrina nacional y a la doctrina comparada.

La compañía Saba contesta a la demanda interponiendo excepciones de incompetencia al Tribunal Arbitral e inaptitud del libelo de la demanda. El árbitro Bourie asignado por las partes procesales, mediante resolución con fecha 16 de agosto del 2011, resuelve ambas excepciones rechazándolas. Se declara

competente para conocer, resolver la causa y aplica la cláusula arbitral a un tercero no suscriptor Altis S.A.

Casa Saba interpone recurso especial amparándose en el artículo 16 N°3 de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, el cual menciona lo siguiente: *“si un Tribunal Arbitral, como cuestión previa, se declara competente para conocer de un asunto, dentro de 30 días siguientes al recibo de la notificación de tal decisión, se podrá solicitar del Presidente de la Corte de Apelaciones que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable”*. (Justicia, 2004). Con fecha 31 de diciembre del 2011, el Presidente de la Corte de Apelaciones, el Dr Cornelio Villaroel Ramirez, resuelve el recurso especial interpuesto bajo el N° 1886-2011, rechazando de esta manera la solicitud de incompetencia por parte del recurrido y confirmando así, la competencia del árbitro Enrique Barros para conocer de los autos arbitrales correspondientes a *“Servicios Financieros Altis S.A. con Grupo Casa Saba S.A.B. de C.V.”*

Análisis del caso:

Como se puede observar, se celebra un contrato de promesa de compraventa de acciones de Farmacias Ahumada S.A., entre el Señor José Codner Chijner y Casa Saba. En el contrato se estipula a favor de Servicios Financieros Altis el pago de una cantidad de dinero. En favor de esta estipulación, Altis invoca el pago de dicha de dinero reclamando en arbitraje, debido a que el contenido del contrato tenía una cláusula arbitral la cual derivaba a las partes a ir a arbitraje para resolver sus controversias que se lleguen a suscitar en cualquier momento.

Argumentos del grupo Casa Saba S.A.:

Casa Saba S.A. contesta la demanda presentando excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral e ineptitud del libelo de la demanda. La parte menciona que el árbitro en cuestión es incompetente ya que la otra parte Altis no forma parte integrante, es decir no es parte suscriptora del contrato el mismo que contiene la cláusula arbitral y por ello no puede invocarla. Además argumenta en su contestación que la cláusula arbitral contenida en la sección 15.10 del contrato

suscrito por las partes contratantes, tiene plena eficacia para resolver las divergencias que se susciten entre las partes que lo celebraron, es decir entre el Señor José Codner y Casa Saba, pero que no es posible que se extienda la cláusula arbitral hacia un tercero no suscriptor del contrato, siendo éste tercero Altis. Casa Saba invoca principios como el de la autonomía de la voluntad y el efecto relativo de los contratos. Señala que según estos principios la competencia de un árbitro debe extenderse únicamente de manera limitada a las partes que suscribieron el pacto arbitral, no extendiéndose así a terceras partes.

Según Casa Saba, los casos en los cuales la doctrina ha aceptado la teoría de la extensión en cuanto a una cláusula arbitral a terceros son excepcionales y completamente diferentes a la estipulación a favor de otro. Son casos en los cuales terceros ocupan la misma posición jurídica de alguna de las partes originarias o que tienen una estructura empresarial o económica común.

Para finalizar, esta compañía menciona que de acuerdo a la Ley N°19,971 la cual trata sobre Arbitraje Comercial Internacional, el Reglamento de Arbitraje Internacional del CAM Santiago en Chile, el Código Orgánico de Tribunales, y principios básicos respecto a la naturaleza, fines del arbitraje, origen y pretensión del tercero, la parte demandante Altis es improcedente.

Argumentos de Servicios Financieros Altis S.A.:

La compañía demandante Altis solicita que la excepción de incompetencia que presenta el momento de la contestación a la demanda y también lo relativo a la ineptitud del libelo de la demanda se rechace. En relación a la incompetencia del tribunal arbitral argumenta varios puntos de vista. No se cuestiona en cuanto a la aplicación de los principios relativos a la autonomía de la voluntad y efecto relativo de los contratos. Sin embargo, el contrato que es celebrado entre las partes contratantes no solo produce efectos para las mismas, sino también para la parte de Altis que si bien no suscribe el contrato lo acepta posteriormente, debido al contenido de la estipulación a su favor en la cláusula N°15.11.del contrato. En cuanto al acuerdo de voluntades el cual es necesario para que se pueda desarrollar el arbitraje en caso de que una controversia surja entre las partes contratantes

tampoco niega su existencia. Pero advierte que en el presente caso, el acuerdo de voluntades entre las partes no solo se encuentra formado por la cláusula arbitral de la sección N°15.10, sino también se encuentra formada por la estipulación N°15.11 y su aceptación por parte de Altis.

La parte contratante Casa Saba manifiesta mediante su voluntad en someter a arbitraje cualquier conflicto relativo al cumplimiento del contrato, inclusive incluyendo la estipulación a favor de Altis contenida en la sección 15.11. No es posible que la doctrina se limite solo a casos de grupos de empresas para extender la cláusula arbitral a partes no signatarias. Según la parte demandante, la cuestión técnica de una cláusula arbitral puede invocarse por el tercero beneficiario, al ser una estipulación contenida en el mismo contrato y estudiada por la doctrina nacional y la doctrina comparada.

En conclusión la estipulación contenida en la sección 15.11 se vincula jurídicamente a la parte demandante al contrato en lo que se refiere al ejercicio de su derecho. Tal derecho solo puede nacer y ejercerse según lo pactado en el contrato, incluyendo las modalidades que a éste accede, entre las cuales se encuentra la cláusula arbitral.

Resolución del Tribunal Arbitral:

El árbitro escogido por las partes contratantes Enrique Barros Bourie, rechaza la excepción de incompetencia presentada por la parte demandada, es así que se considera competente para seguir conociendo la causa en relación a los argumentos que se presentan a continuación.

El árbitro menciona que la controversia se encuentra regida y amparada bajo la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, lo que permite la incorporación de criterios y principios que difieren de aspectos que han caracterizado de manera tradicional al arbitraje internacional, ya que el arbitraje comercial internacional es un mecanismo de solución de controversias de tipo privado y contractual. El mismo carece de fundamento jurisdiccional y sirve de

base al fundamento nacional. La Ley N° 19.971 tiene una aplicación especial y preferente sobre el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil.

La doctrina y la jurisprudencia comparadas aceptan la probabilidad de que los efectos de una cláusula arbitral sean viables para extenderse a terceros no suscriptores del contrato principal a que tal cláusula accede.

También argumenta que las hipótesis en cuanto a la extensión aceptadas por la doctrina y jurisprudencia no se reducen solo a situaciones donde el tercero no signatario ocupa la posición jurídica de una de las partes originarias del contrato o tiene una misma estructura económica o empresarial. Sino también se les hace extensiva la cláusula arbitral a quienes reclaman un derecho sustantivo con fuente en el contrato principal, como por ejemplo lo que sucede en la estipulación a favor de otro. El fundamento de esta interpretación sobresale en que el derecho del tercero no signatario tiene como fuente el contrato y por ende, no puede ser comprendido o aplicado fuera del ámbito en el cual ha sido convenida la aplicación. Por consiguiente, el ejercicio de tal derecho se sujeta a las mismas condiciones las cuales fueron convenidas por las partes contratantes para el resto del negocio, incluyendo la aplicación de la cláusula arbitral, a menos que del contrato sobresalga una intención inequívoca de las partes en el sentido contrario.

El árbitro no encuentra ninguna razón que le permita llegar a la conclusión que la sección 15.11 del contrato constituye una disposición autónoma al negocio principal, por lo que debe entenderse que se encuentra comprendida por la cláusula arbitral establecida en la sección 15.10. Dicha sección se refiere a las *“partes del contrato”*, lo cual no obsta llegar a la conclusión anterior, ya que en la cláusula trata la posibilidad de que se sometan a arbitraje diferencias en cuanto al cumplimiento de la estipulación contenida en la cláusula 15.11, cuestión que solo puede ser demandada por la parte demandante quien tiene la calidad de *“tercero beneficiario”*.

Como conclusión, se puede manifestar que el árbitro considera que la parte demandante, es decir Altis, no era un tercero ajeno a la cláusula arbitral contenida

en la sección 15.10, debido a que él mismo alega tener un derecho sustantivo que tiene por fuente en el mismo contrato al que la cláusula arbitral accede.

Resolución de la Corte de Apelaciones:

Posterior a la declaración de competencia del árbitro Enrique Barros, la parte demandada Grupo Casa Saba, interpone ante Cornelio Villarroel Ramírez el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago en Chile, el recurso amparado en el artículo 16 de la Ley 19.971, para que así el Presidente determine si el árbitro es o no competente para conocer la causa. Mediante el fallo 30 de diciembre del 2011, el Presidente confirma la competencia del árbitro para conocer la causa entre Altis y Casa Saba. Los argumentos del presidente son los siguientes:

En cuanto al magistrado, su rol es el de analizar la cláusula arbitral N°15, la misma que establece lo siguiente *“todo conflicto, diferencia, dificultad o controversia que pueda surgir entre las partes, ya sea con motivo u ocasión de la existencia, validez, eficacia, interpretación, nulidad, cumplimiento o incumplimiento de este Contrato, sin que dicha enumeración sea taxativa”*, será resuelto mediante arbitraje de acuerdo a las disposiciones contenidas en la Ley 19.971, y en cuanto al árbitro, estará facultado para *“resolver todo lo relativo a su competencia y jurisdicción”*.

La parte demandada manifiesta en la solicitud que planteó al Presidente que lo que se debía decidir era el hecho de que si un tercero reclama que es beneficiario de una estipulación en su favor contenida en un contrato sobre el cual el tercero no signatario reconoce que no es parte, dicho hecho *“es suficiente para ser parte de un arbitraje”*.

El magistrado también precisa que no le corresponde emitir un juicio genérico sobre la materia, en otras palabras, si un beneficiario que tiene la calidad de ser indeterminado de una estipulación en su favor puede ser parte de modo abstracto *“en un arbitraje”* previsto en un contrato en donde el tercero no signatario no concurrió. El Tribunal alega que se encontraba en situación de discernir solo en

el caso de que Altis pueda accionar y desarrollar el arbitraje previsto en el contrato de promesa de compra de acciones de Farmacias Ahumada S.A.

Se aplica en consecuencia el artículo N° 1449 del Código Civil, en el cual dice lo siguiente: *“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”*. Citando el presente artículo, el contenido del artículo hace alusión a la diferencia que existe entre las partes que concurren a la celebración de un contrato y la tercera persona en cuyo beneficio se estableció en dicho contrato una estipulación a su favor. El tercero que es beneficiario al no concurrir al contrato, tiene el derecho de ser solo esta persona quien puede demandar lo estipulado. Y mientras no intervenga su aceptación de manera expresa o ya sea tácita, el contrato se encuentra vigente y es eficaz ante las partes. Tanto así que las partes contratantes que concurren no pueden revocarlo sino solo bajo condición de que el favorecido con la estipulación no la acepte ya de manera expresa o tácita.

El Presidente menciona que sobre la aceptación o no de la estipulación por el tercero puede producir diversos efectos jurídicos en relación con una o todas las partes quienes concurren a la celebración del contrato. Además, podría originar una controversia entre las partes con relación a la tercera persona. En consecuencia, menciona que *“la aceptación o falta de aceptación de la estipulación viene a ser un acto jurídico que tiene lugar gracias a la existencia, validez, eficacia, interpretación, nulidad, cumplimiento o no del contrato” o también de otro hecho o circunstancia diferente, ya que tal hipótesis no se la considera como una enumeración taxativa”*.

Como conclusión, el Presidente de la Corte argumenta que aunque la parte demandante (Altis) no es quien suscribe el contrato, al ser una persona a quien alcanza los efectos de dicho contrato, queda bajo la jurisdicción del árbitro en materia de arbitraje.

El ministro Villarroel, pone en análisis también el artículo N°1564 del Código Civil el cual trata sobre las cláusulas de un contrato las cuales se interpretan en el mejor sentido que convenga al contrato en su totalidad. Con el análisis de este artículo concluye que el mejor sentido que conviene al contrato da como resultado que la parte demandante en arbitraje puede invocar con total plenitud la cláusula de arbitraje en su favor, poniendo en actividad al árbitro, prevista tal actividad en la cláusula arbitral N° 15 contenida en el contrato.

Como último análisis, el Presidente manifiesta que la demandante Altis habría actuado contra el contenido del contrato de promesa si hubiera sido el caso de llevar su acción ante un Tribunal Ordinario o de clase diversa del árbitro contemplado por las partes contratantes. Toda alegación de improcedencia de una acción como es el presente caso de incompetencia del árbitro, ha requerido del perjuicio que hubiere afectado a la parte que promueve la excepción de incompetencia. No habría perjuicio para la parte recurrente, derivado así para las partes contratantes, si la acción del tercero beneficiario se ejerce de tal modo que los contratantes lo disponen al suscribir el contrato de promesa y escoger un árbitro para la resolución de *“toda controversia”*, la cual se pueda dar en el futuro *“con motivo”* de tal contratación.

Capítulo II: PARTES NO SIGNATARIAS FRENTE AL PROCESO ARBITRAL

Quienes tienen legitimidad activa y pasiva para formar parte del proceso arbitral

Para poder hacer un análisis propicio del tema en cuestión, es necesario tener un conocimiento básico sobre lo que se entiende por legitimidad, y dentro de éste que se entiende por activa y pasiva. Pues bien, comenzando nuestro análisis, se entiende en el derecho procesal como un concepto general que, la legitimación es poder acceder a los Tribunales, bajo condiciones y circunstancias que así lo permiten, de acuerdo a la función que tiene una persona en relación con el proceso correspondiente que se llevará a cabo. En otras palabras, es *“la facultad*

que tiene una persona en accionar ante los Tribunales de justicia un determinado derecho, con el objetivo de poder intervenir en un determinado proceso ya sea como parte activa o pasiva”. (Guías jurídicas, 2018).

Ahora, que se entiende por parte activa o parte pasiva? Cuando hablamos de parte según el autor Hugo García en su obra *“Partes no signatarias y la realidad económica”*, hace referencia a que parte *“no es sinónimo de persona”*. (Larriva, 2018). Y según el Código Civil Ecuatoriano, nos dice lo siguiente *“cada parte puede ser una o muchas personas”*. (Nacional, Código Civil Ecuatoriano , 2005). En consecuencia, parte no es necesariamente toda persona que coincide a la celebración de un contrato, sino el autor menciona a Messineo quien lo configura como el *“centro de intereses del negocio”* (Larriva, 2018). Este centro puede encontrarse formado por una o más personas que busquen un mismo interés, y es cuando hablamos de *“parte compuesta”*. Para el autor Larroza, parte es *“la persona o conjunto de personas con un interés común, que se interrelacionan entre sí y establecen las relaciones jurídicas que surgen del contrato”*. (Larriva, 2018).

Estas personas que forman parte del centro de intereses del negocio tienen dos calidades, una parte formal y otra parte sustancial. La primera conocida como parte formal se la define como aquella que expresa su voluntad en la celebración del contrato, es decir del negocio jurídico. A diferencia de la segunda la cual se la define como aquella que es titular de los intereses del negocio que constituyen la relación jurídica.

Lo normal es que una parte tenga las dos calidades. No obstante, puede que suceda también lo contrario, y que éstas calidades se encuentren dissociadas. Se puede presentar el caso de que un sujeto solo tenga la calidad formal, por ejemplo un representante de una compañía. En este caso no viene a ser una verdadera parte como se ha venido analizando. Caso contrario cuando una parte tiene la calidad de parte sustancial exclusivamente por ejemplo una compañía representada, ésta si se constituye en una parte real como si fuera titular del interés negocial. En consecuencia, es en dicha compañía en donde se han de

aplicar los efectos jurídicos del interés del negocio, como si la parte hubiese intervenido de manera directa. (Larriva, 2018).

Esta no es la única hipótesis que se puede dar cuando hablamos de partes dentro de un proceso. En consecuencia, puede presentarse un caso de una persona quien sin haber actuado por medio de un mandatario o representante, constituye una parte integral e importante del centro de negocios, expresando su voluntad de forma tácita. No siendo así que si la expresaría de forma expresa no acarrearía mayor problema. Siendo así, resulta estar vinculada y obligada al negocio jurídico. No obstante, en la mayoría de los casos es más aceptable la parte sustancial que la parte formal. Es de tal importancia, que la problemática queda reducida a la búsqueda del consentimiento de una parte, la misma que vincule al centro de intereses del negocio jurídico. Por lo que en realidad se deberá analizar quién se encuentra obligado por el convenio arbitral, el mismo que constituye un examen de los hechos para determinar quién en realidad se encuentra en el centro de intereses del negocio jurídico mediante la declaración de voluntad y quién no. Esto independientemente de si la parte suscribió o no el acuerdo o convenio de arbitraje, ya que al ser parte sustancial en el proceso, la parte se encuentra vinculada al negocio jurídico en torno al cual se ha pactado el mismo. Esto debido a que el mero hecho de no haber firmado no le excluye de los efectos jurídicos que el convenio arbitral genera.

Es complicado pero a la vez de vital importancia para el tribunal arbitral o para el árbitro dependiendo del caso en concreto, examinar si los actos realizados por la parte constituyen o no en realidad una procedente del consentimiento. Sin embargo, se puede derivar el consentimiento a pesar de no existir una oferta y aceptación según los términos generales referentes al negocio jurídico; a pesar de que las actuaciones de la parte no hayan sido planteadas en el sentido de encaminar hacia las otras partes del convenio arbitral con el único fin de obtener de ellas una manifestación. (Larriva, 2018).

Según el autor Orrego Vicuña, argumenta que para derivar la voluntad de un sujeto como parte de un convenio o pacto arbitral vinculándolo al centro de

intereses del negocio jurídico, debe saberse cuál es el interés real que se vincula mediante el acuerdo arbitral. (Larriva, 2018). En otras palabras, significa identificar la realidad económica a la relación contractual. En consecuencia, se debe determinar si ese interés prevalece sobre ficciones jurídicas que se originan en cuestiones como la personalidad jurídica de sociedades, nacionalidad, independencia contractual, entre otros. Siempre será la realidad económica la que determine el consentimiento de una parte.

No obstante, puede pensarse que la voluntad de la parte no signataria es insuficiente con respecto al requisito de forma escrita del convenio o pacto arbitral. El requisito de escritura, el cual viene a ser un requisito de forma no puede ser suplido por actos que contengan un sustrato de esta naturaleza.

Por lo tanto, es necesario hacer uso de la interpretación ya que se exige un indicio de prueba por escrito de la existencia del convenio o pacto arbitral cuando sea solicitado, más no es necesario que las partes manifiesten su consentimiento con el convenio arbitral de manera escrita como se lo exigía anteriormente, mediante la firma de las partes en el convenio arbitral. En otras palabras, es necesario que mediante la prueba se evidencie la existencia del acuerdo arbitral. Pero no es exigible el consentimiento por escrito de la parte que desea vincularse al mismo.

Es trascendental mencionar que no todos los tribunales arbitrales admiten que el pacto arbitral se extiende a partes no signatarias, sea que falte prueba de vinculación o que al amparo de la ley arbitral no proceda la extensión de acuerdo arbitral; o también que el tribunal arbitral rechace la posibilidad de incluir a una parte no signataria del convenio arbitral en un proceso de esta naturaleza, es decir de naturaleza arbitral, como actor o demandado.

Ahora bien, la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no signatarios es un caso complicado, por lo que los tribunales no deben considerar la situación de terceros que no hayan suscrito el acuerdo de arbitraje, como por ejemplo yendo más allá de la personalidad societaria, a menos que se demuestre con indicios suficientes para considerarlo como una posibilidad aparte.

También cabe mencionar que según el autor Alfredo Bullard González, de acuerdo al ordenamiento jurídico peruano según su artículo titulado *“la incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana”* menciona a la Ley General de Arbitraje de Perú en su artículo 14 la que puede servir de base para incorporar a partes no signatarias en el convenio arbitral. Uno de sus elementos es la *“participación activa y determinante”* en donde argumenta que el consentimiento de las partes proviene de su participación. (González, 2018). En relación a actos de mera asesoría o de apoyo no pueden ser considerados como formas de consentir el acuerdo arbitral. No se trata de cualquier participación porque es una participación de tal naturaleza que de ella se deriva o proviene una relevancia significativa en los hechos o asuntos que son objeto de arbitraje. Sería inadecuado e injusto dejar a la persona fuera del arbitraje, ya que al evadir sus consecuencias sería permitir una conducta fraudulenta. Un ejemplo claro sería si la subsidiaria fue la que ejecutó las obligaciones asumidas por la principal, quien fue la que firmó el convenio. La primera, es decir la subsidiaria queda sometida al convenio ya que sin su participación el negocio jurídico no se hubiera podido ejecutar. Por lo que su participación es trascendental y determinante. Es así entonces que ésta participación determina la incorporación de las partes en el convenio arbitral. Con el debido análisis, se hace la siguiente pregunta ¿Cómo se determina quién viene a ser parte activa y parte pasiva en el convenio arbitral?

Es importante recordar que el convenio arbitral es un negocio jurídico el cual implica algunos elementos para que el mismo sea constituido como tal. Uno de estos elementos son la capacidad, en donde las partes deben tener capacidad legal para suscribir el contrato, de lo contrario es inválido. Es así que la posición no es distinta si es que hablamos de un acuerdo arbitral. La regla general es que cualquier persona ya sea natural o jurídica que tienen la capacidad legal para hacer constar como parte en un contrato válido tiene la capacidad para formar parte del pacto o convenio arbitral. Estas partes pueden estar formadas ya sea por personas, es decir individuos, socios, corporaciones, Estados y agencias de Estados. (Kluwer, 2016).

Si es que el convenio arbitral se encuentra conformado por una parte que no tiene la capacidad legal para suscribir el mismo, se aplica entonces la Convención de Estados Unidos o la Ley Modelo UNCITRAL, ya sea que se aplique al comienzo o al final del proceso arbitral. Si aplicamos la ley mencionada al comienzo del proceso arbitral, la parte recurrente pide a la corte arbitral que suspenda el arbitraje basándose en que el acuerdo arbitral se encuentra en incapacidad de ser realizado. Si aplicamos la ley al final del proceso arbitral, la parte recurrente pide a la corte arbitral que niegue el reconocimiento basándose en que una de las partes del acuerdo arbitral se encuentra incapacitada, aplicando la ley mencionada.

Las reglas que son aplicables para la capacidad de contratar se las encuentran en el Código de Contratos correspondiente. Varía de Estado en Estado, en nuestro caso al hablar del ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo encontramos en el Código Civil Ecuatoriano, como también lo encontramos en la Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana. En la práctica, al hablar de incapacidad para suscribir contratos muy raramente lo encontramos en el arbitraje internacional, ya que por lo general, siempre las partes contratantes tienen la capacidad legal para suscribir el negocio jurídico en cuestión.

Si se habla de legitimidad activa y pasiva para formar parte del proceso arbitral, entonces trata de quienes tienen la facultad para comparecer en juicio, es decir, se trata de juicio arbitral. De manera que la parte activa o actor es quien acciona o presenta una acción ante un tribunal arbitral o árbitro para que se resuelva en juicio la misma. Mientras que la parte pasiva o demandado es contra quien va dirigida la acción en juicio arbitral.

En arbitraje a diferencia de los procedimientos judiciales, de manera general es trascendental obtener el consentimiento de las partes que van a formar parte del proceso arbitral, antes de que otras partes que se encuentran relacionadas con el mismo puedan ser incorporadas al arbitraje en curso. Existen algunos ordenamientos jurídicos como es el caso de Holanda, que permiten a las partes solicitar a los tribunales judiciales nacionales que ordenen la incorporación a un

arbitraje de un tercero, pero es poco común. (Watkins, 2018). Entonces a este tercero se lo considera parte dentro del proceso arbitral o es legítima su actuación para intervenir en el proceso arbitral? La dificultad de incorporar a un tercero al proceso arbitral se resuelve mediante la redacción correcta de la cláusula arbitral. La función de la misma es la de recoger el consentimiento de las partes a incorporarse al convenio arbitral antes de que ésta se produzca y establece el procedimiento correspondiente para que dicha incorporación pueda llevarse a cabo.

Según el autor Antonio Álvarez del Cuvillo al hablar de las partes procesales menciona el principio de la dualidad de las partes, en donde como regla general, indica que *“en todos los procesos las partes son quienes ocupan uno de los roles tales como demandante o demandado”* (Cuvillo, 2018). Como se ha mencionado ya anteriormente puede existir la posibilidad de haber más de dos partes dentro de un proceso, pero como regla general cada una de ellas debe situarse dentro de las posiciones mencionadas. En otras palabras, puede haber varios demandantes o demandados. La calidad que tiene cada parte como demandado o demandante, le da el derecho para litigar en juicio, por lo tanto su actuación es legítima para comparecer en juicio.

A veces, la posición de las partes puede ser otra a lo largo del proceso y cambiar de un momento a otro. Por ejemplo cuando una parte es llamada al proceso en calidad de demandado, asumiendo las posiciones del demandante y defendiéndolas frente a otros demandados. Es posible que suceda viceversa, invirtiéndose los roles de las partes como es en el caso de la reconvencción que es una contrademanda. Esta implica que el demandado tome la calidad de demandante reclamando una pretensión determinada al demandante quien se convierte en demandado. (Cuvillo, 2018).

Para saber quien forma parte del proceso arbitral, se debe tener conocimiento sobre capacidad y legitimación. Ahora bien, ¿Qué se entiende por capacidad? Según el mismo autor, capacidad es *“la aptitud abstracta para ser parte en cualesquiera procesos judiciales”* (Cuvillo, 2018). Un ejemplo que menciona el

autor es que en términos estrictos, una persona que ha fallecido no puede ser parte, aun así sus herederos vivan. En cambio, cuando menciona la legitimación, dice que “*es la aptitud para ser parte en un proceso concreto y determinado*” (Cuvillo, 2018). Un ejemplo sería que una persona no puede comparecer en un proceso para pedir valores que se adeudan a su hermano, aun teniendo la capacidad para ser parte.

El Derecho Civil hace la diferencia entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. La “*capacidad jurídica*” es aquella aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones la cual corresponde ya sea a personas físicas o jurídicas. Mientras que la “*capacidad de obrar*” es la facultad de ejercer derechos y obligaciones sin la ayuda de un tercero. Por ejemplo al hablar de un niño de 6 años, tiene la capacidad legal más no la capacidad de obrar, es decir bien puede ser dueño de un terreno, pero no tiene capacidad para venderlo sin la intervención de sus padres o tutores.

Dentro del derecho procesal también se encuentra a la capacidad jurídica procesal la cual es la capacidad para ser parte en un proceso. La capacidad jurídica se une con la capacidad procesal, debido a que toda persona capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones puede reclamarlos en juicio o defenderse en él. Mientras que la capacidad de obrar procesal tiene que ver con la facultad de poder tomar decisiones en el proceso y así asumir la responsabilidad que deriva de dichas decisiones. Por ejemplo, el niño de 6 años que es dueño de un terreno bien podría ser titular a título individual de una explotación agraria y podría ser al mismo tiempo demandado en un proceso, pero su voluntad debe manifestarse mediante sus padres o tutores. No se puede confundir la capacidad de obrar procesal con la intervención en juicio mediante un representante. (Cuvillo, 2018). En muchas ocasiones las partes son representadas mediante un procurador judicial, de acuerdo a las normas del COGEP según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pero eso no impide que las partes puedan de manera libre tomar sus decisiones en el proceso, si es que cuentan con la capacidad de obrar procesal.

Al hablar de legitimación procesal es un vínculo que existe entre en sujeto con capacidad jurídica procesal como ya se mencionó en el párrafo anterior y su pretensión es el objeto de un proceso concreto. La legitimación activa es la aptitud para ser demandante en el proceso, mientras que la legitimación pasiva es la capacidad que tiene una persona para ser demandado en un proceso determinado. (Cuvillo, 2018).

El ordenamiento jurídico es quien concede la legitimación al titular de derecho o interés legítimo. Esto se lo conoce como “*legitimación ordinaria*”. Cuando una persona actúa en nombre propio para defender un interés ajeno se lo conoce como “*legitimación extraordinaria*”. Cuando se interviene en nombre e interés de otra persona, se trata de la figura de “*representación*”, así lo contempla la ley. (Cuvillo, 2018).

Es fácil confundir la legitimación como requisito procesal con la consideración de si el demandante o el demandado tiene “*la razón*” en el fondo del asunto al plantear la pretensión. Así, por ejemplo, si un trabajador reclama una cantidad a la empresa RENFE en función de las tablas salariales pactadas en el convenio, afirmando que es un trabajador por cuenta ajena de esta compañía, y luego, en el curso del proceso se determina que en realidad no era un trabajador asalariado, sino un autónomo económicamente dependiente, puede quizás deducirse que el trabajador carecía de legitimación activa (no podía ser demandante) y la empresa de legitimación pasiva (no podía ser demandada en este tipo de reclamación en concreto, puesto que no se aplica el convenio colectivo). Cuando se produce esta confusión, el concepto de legitimación pierde todo sentido, reduciéndose al derecho a la acción en sentido concreto. Así pues, para evaluar si existe legitimación como un presupuesto procesal no es necesario pronunciarse sobre el “*fondo del asunto*”, sino analizar la coherencia interna de la pretensión. En otras palabras, si se llega a considerar que son ciertos los hechos y las calificaciones jurídicas expresados en la demanda, se debe determinar si el demandante es la persona indicada para actuar y a su vez el demandado. (Cuvillo, 2018).

Responsabilidad de partes no signatarias frente al proceso arbitral

Para hablar del presente tema en cuestión, se analizará la teoría civilista de la extensión de la responsabilidad contractual a los *penitus extranei*, es decir a los “*falsos*” terceros.

El jurista francés Bernard Teyssié, especialista en derecho civil trata a las obligaciones dentro de un grupo de contratos al cual se lo define como “*una pluralidad de contratos que están relacionados con el mismo objeto o que concurren a la misma finalidad económica*”. (Graham, 2018). En el mencionado grupo encontramos a contratantes extremos quienes participan en el grupo contractual pero no ha existido intercambio alguno sobre el consentimiento para estar vinculados entre ellos. Por ejemplo se encuentra el vendedor y subadquiridor, o adjudicador y subcontratista. Lo que interesa saber es si el “*contratante extremo*” puede encontrarse vinculado por un acuerdo arbitral el cual nunca firmó, ya que de esa vinculación se podrá determinar su responsabilidad. Para un mayor entendimiento se debe tener en conocimiento que el “*contratante extremo*” viene a ser la parte no signataria en el proceso arbitral.

En primer lugar existen cadenas homogéneas y heterogéneas en donde el acuerdo o convenio arbitral circula de manera automática como así lo menciona la Corte de Casación francesa: “*En una cadena de contratos traslativos de propiedad, la cláusula compromisoria se transmite de manera automática como accesoria del derecho de acción, que a su vez es accesorio del derecho substancial transmitido, y eso sin incidencia del carácter homogéneo o heterogenia de la cadena*”. (Graham, 2018). Por consiguiente, la cláusula compromisoria la cual se encuentra en el convenio arbitral y se la lleva a cabo el momento que las partes incumplen con el contrato o negocio jurídico para someterse a arbitraje, se la entiende que es accesoria al derecho de acción, es decir al derecho que tienen la partes contratantes para someterse a juicio.

Existe otra posibilidad en donde el tercero no firmante puede ser tentado al arbitraje aunque a priori sería un atentado al principio del efecto relativo de los contratos. Este hace alusión a que los contratos no pueden producir efectos sino solo entre las partes, ya sea en sentido tanto activo como pasivo. A este principio se lo conoce como “*Res inter alios acta*” (Efecto relativo de los contratos , 2018). No obstante, no es correcta esta hipótesis debido a que el tercero viene a ser considerado como falso ya que no existe firma del mismo en el convenio arbitral. Se trata de una parte que intervino en la negociación del convenio arbitral y por la misma consintió de manera implícita al acuerdo arbitral pero nunca hubo firma. Sin embargo, no se debe olvidar que la firma en el convenio arbitral solo es un elemento de prueba del convenio arbitral más no de validez del mismo. Además la firma solo se la encuentra en los contratos escritos, y debemos recordar que el convenio arbitral se lo puede celebrar de distintas maneras, ya sea por fax, telegrama o por cualquier otro medio como lo es el testimonio.

Como jurisprudencia se encuentra la decisión Jaguar, en el caso de Dubarry y Loquin, en la Sentencia número 513 el 7 de diciembre de 1994, en donde la Corte de apelación de Paris enunció lo siguiente: “*en el derecho del arbitraje internacional, los efectos del acuerdo arbitral se extienden a todas las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato desde el momento que su situación y sus actividades hacen presumir que tuvieron conocimiento de la existencia y del contenido del acuerdo arbitral, y permitiendo así al árbitro conocer de todos los aspectos económicos del litigio*”. (Graham, 2018).

En consecuencia, con esta jurisprudencia se trata de evidenciar no un intercambio de consentimiento de las partes a comparecer en el arbitraje internacional, sino un concurso implícito de consentimientos. Se evita una observación demasiado estricta en cuanto a las formas que se encuentran prescritas por el sistema jurídico nacional.

La jurisprudencia francesa adopta una concepción material y más no psicológica de la obligación en cuanto al convenio arbitral. Esta extensión al convenio arbitral

se la encuentra normalmente en litigios oponiendo los dirigentes de sociedades a la persona que la encabeza.

En el tema de M. Jacques, la sociedad miembro de una cooperativa renuncia a su adhesión y por lo tanto su presidente vende sus partes sociales. No obstante la cooperativa considera que la cesión de las partes es ilícita y se da inicio a un procedimiento arbitral fundamentándose en el artículo 24 del Reglamento Interno de la cooperativa que prevé el arbitraje para controversias existentes entre la cooperativa y sus miembros. El señor Jacques rechaza el procedimiento arbitral alegando que nunca firmó una cláusula compromisoria y que por lo tanto no es miembro de la corporativa sino la empresa que él encabeza. De manera lógica, él es considerado como tercero no signatario en el acuerdo arbitral. La Corte de casación francesa llega a la consideración, con un dictum, es decir pronunciamiento de una frase, que el reglamento interno, junto con los estatutos se encuentra conocido por los miembros y sus dirigentes y por lo tanto, es oponible a ellos. Esta jurisprudencia francesa tiene aplicación también en lo relativo a grupo de sociedades, en donde el acuerdo arbitral es firmado materialmente por subsidiarios, pero el contrato es negociado por la matriz no firmante del acuerdo arbitral. Teniendo conocimiento en cuanto a la existencia del acuerdo arbitral, la matriz puede ser llevada al arbitraje como así lo decidieron los árbitros en la decisión "*Dow Chemical*", la cual fue un laudo confirmado por los tribunales de justicia franceses.

También se aplica la extensión del convenio arbitral al beneficiario de una estipulación a favor de terceras personas debido a que el consentimiento el cual se requiere es el estipulante y el que tiene que ejecutar la promesa. No es necesario la aceptación del beneficiario ya que su consentimiento no es condición para la generación de derechos y obligaciones y no es tercero al contrato. Entonces, es lógico que el beneficiario se encuentra ligado por el convenio arbitral.

Existen dos mecanismos que permiten de manera tradicional la circulación de la cláusula arbitral: la primera se la conoce como "*transmisión*" y la segunda como

“extensión”. El primer método es definido como: *“la operación por medio de la cual una persona recibe unos derechos existentes y los cuales le son transmitidos en el estado en que se encuentran en ese momento”* (López, 2013). Este viene a ser el típico caso de cesión tradicional de un contrato que contiene inserto una cláusula arbitral, suponiendo que en la transmisión de los efectos de la cláusula arbitral no reviste mayor discusión.

En cambio en relación a la extensión se la define de la siguiente manera: *“la operación por medio de la cual una persona, inicialmente ajena a una obligación pre-existente, entra a formar parte de dicha obligación”* (López A. V., 2013). Es decir, éste el caso en donde los efectos de la cláusula arbitral se extienden a una persona que es considerada completamente ajena a la obligación ya existente, establecida en el contrato, y en virtud de tal extensión, el tercero vendría a formar parte del mismo, llamándolo *“extensión pasiva”*.

El autor Bullard González es quien trae diversos criterios para extender la aplicación de la cláusula arbitral permitiendo de esta manera establecer la responsabilidad que tienen los terceros no signatarios frente al proceso arbitral. Estos criterios son los siguientes a mencionar: incorporación por referencia, asunción de la obligación a arbitrar, representación o agencia, descorrimiento velo alter ego o grupo de sociedades, estoppel, cesión de contrato, novación, sucesión por operación legal (en los casos de insolvencia), subrogación y tercero beneficiario. (López A. V., 2013).

Debido a que existe una diversidad de criterios sobre la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias y existe muy poca uniformidad por los diversos ordenamientos jurídicos sobre criterios aceptados, se hará el análisis de criterios que son de manera universal aceptados, los mismos que han sido más desarrollados a nivel tanto doctrinario como jurisprudencial.

Aceptación Tácita: tal como se ha venido analizando a lo largo de este acápite, el consentimiento es uno de los elementos principales el momento de tratar sobre

la validez de la cláusula arbitral, cuando se presenta la misma por escrito (mediante la firma de la cláusula arbitral). Es lógico que no existan mayores inconvenientes al considerar que la misma tuvo lugar. Pero existen problemas el momento en que se adopta la cláusula de manera verbal o tácita. Es en ese momento en donde el consentimiento verbal presenta un inconveniente en cuanto a su naturaleza probatoria. En la medida que se pueda probar, la parte quedará automáticamente vinculada a la cláusula arbitral. (López A. V., La Cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013).

En los casos en los que la cláusula arbitral se la manifiesta de manera tácita, al tercero a quien se pretende extender la misma ya se encuentra participando en el negocio jurídico principal, aunque no haya sido signatario del contrato. Bajo este método se analiza la fase precontractual y contractual, para poder determinar el consentimiento del tercero sobre añadirse a arbitraje.

Una tesis que ha sido aceptada es la de extensión en cuanto a los efectos de la cláusula arbitral cuando el tercero ha participado en el proceso de ejecución del contrato por el cual se llegó a pactar la cláusula arbitral. Por ende, éste presenta una vinculación directa con el contrato. Citamos la decisión de la Corte de Apelaciones de París con fecha 15 de Junio de 1989 sobre un caso similar: *“La cláusula arbitral de un contrato internacional tiene validez y eficacia por sí misma, que debe ser interpretada extendiendo sus efectos a partes directamente involucradas en la ejecución contractual, y en las disputas que puedan derivarse de ella, una vez que se haya establecido que su posición contractual y su conducta demuestran que han aceptado el acuerdo arbitral su existencia y su alcance, a pesar de que no lo hayan firmado”*. (López A. V., Revista de Ciencias Jurídicas N° 131, 2013).

El presente caso puede presentarse en varios supuestos, siendo el más común el grupo de sociedades donde la parte signataria del contrato delega parte de la ejecución del contrato a alguna empresa del grupo y ésta, con la ejecución del contrato en mención acepta de manera tácita el contrato, la cláusula arbitral y sus

alcances. Este tipo de criterio será analizado con mayor profundidad más adelante.

Se presenta un caso a continuación en donde la Sala Primera aceptó la existencia de extensión de la cláusula arbitral a terceros aceptando debido al supuesto de aceptación tácita manifestando varios puntos sobre su análisis. Mencionó en primer lugar que en el contrato de distribución el cual fue suscrito entre la actora y la entidad estadounidense se encontraba inserto una cláusula arbitral. La entidad panameña no concurrió con su firma al contrato. No obstante, de los documentos que muestran en autos se colige que la representante asumió obligaciones de su homóloga estadounidense, sujetándose a la forma convenida para resolver las controversias que se susciten. De esta manera se puede llegar a observar que cuando el representante de la entidad panameña Señor T.H.L. suscribe la carta con fecha 12 de octubre del 2004, revelando así el vínculo de negocios que ligaba a su representada con la actora, tal vinculo se fundamenta en el contrato de distribución suscrito entre S. y D.E.C.A. Su participación y vinculo de negocios con la actora, nace de las manifestaciones propias del representante T.H.L. en la indicada carta cuando se refiere a lo siguiente: *“Mi representada mantiene en la actualidad una relación contractual con su representada, en virtud de la continuidad del contrato de distribución suscrito el 16 de abril de 1996 con D.E.C.A., siendo que los productos marca D. vendidos a su representada fueron los que se especificaron en el primer artículo de dicho contrato. No obstante lo anterior, nuestras representadas han estado involucradas en una serie de conversaciones y comunicaciones tendientes a lograr una terminación contractual de mutuo acuerdo de forma satisfactoria. Consecuentemente, y no habiendo su representada cumplido con el compromiso económico contenido en la cláusula 3 del contrato, D. da por terminado el contrato de distribución y extinta la relación comercial con su representada de conformidad con lo establecido en la cláusula 12 del contrato de distribución.”* (López A. V., La Cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013).

De tal manera que dichas manifestaciones implican inequívocamente su voluntad de sujetarse al acuerdo arbitral, pese a no haberlo suscrito.

Doctrina de los Actos Propios o Estoppel: a la presente teoría se la conoce como teoría de los actos propios el cual se lo deriva del principio general de buena fe, que proviene del romano *“venire contra factum proprio nulli conceditur”*. (López A. V., La Cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013). Esta teoría ya se encuentra analizada más adelante, sin embargo es importante volverla a tratar para poder determinar la responsabilidad que tienen los terceros no signatarios frente al proceso arbitral. Establece que las partes deben ser congruentes con sus actuaciones, de tal modo que se sanciona los actos que se realicen en contradicción con hechos o actuaciones anteriores de la misma parte; los mismos que evidenciaban una voluntad distinta de la que ahora expresa. Alsina nos dice lo siguiente:” *“quien mediante conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquél mantendrá su comportamiento en lo sucesivo, deberá, sí, mantenerlo efectivamente, aunque en su fuero interno hubiere abrigado otro propósito en realidad.”*. (López A. V., La Cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013)

La situación se presenta cuando alguna de las partes se beneficia de un contrato el cual establece una cláusula arbitral (contrato del cual no es parte) y que por alguna circunstancia se intenta hacer extensivo tal acuerdo arbitral. Intenta evitar el compromiso alegando que no es parte del mismo. En otras palabras lo que la parte pretende es ir contra sus propios actos, rechazando la aplicación extensiva de la cláusula arbitral.

A diferencia de otros criterios tales como la aceptación tácita y el grupo de sociedades, ésta figura es totalmente ajena al criterio de voluntad. Por consiguiente, en el análisis de los hechos, el tribunal arbitral no valora si es que existe voluntad por parte del tercero no signatario con respecto al contrato y por ende a la cláusula arbitral.

Para una explicación más clara sobre el tema se explica el siguiente caso. Es desarrollado por la Corte de Apelaciones Deloitte Noraudit A/S v Deloitte Haskins & Sells, donde Deloitte Noraudit recibe de Deloitte Haskins un contrato del cual no formaba parte y el cual contenía una cláusula arbitral. En dicho contrato las personas afiliadas debían identificarse en la prestación de servicios de contabilidad bajo el nombre de “Deloitte”. Deloitte Nouradit ejecutó el contrato ya que continuó prestando servicios de contabilidad bajo ese nombre comercial. No obstante, más adelante desconoció la cláusula arbitral a la que quedaban sujetas las controversias de tal contrato. La Corte de Apelaciones determinó que Deloitte Noraudit no podía desconocerla ya que con su actuar se estaría yendo en contra de sus propios actos, que consistían en la ejecución del contrato. (López A. V., La cláusula arbitral a partes no signatarias, 2013).

Otra forma en la cual se configura el presente caso es cuando el tercero invoca un derecho contenido en un contrato del cual no es parte y de manera posterior desconoce la cláusula arbitral en dicho contrato el cual invocó. En otras palabras, no puede la parte que ha invocado un derecho de tipo contractual a su favor posteriormente, desconocer la cláusula arbitral que se encontraba pactada en el contrato el cual está siendo invocado por la parte.

Tercero beneficiario: este criterio se configura cuando las partes de una determinada relación jurídica convienen derechos a favor de un tercero que nunca intervino en el contrato. Esta situación es importante en materia de arbitraje ya que cuando en la relación jurídica se pactó una cláusula arbitral entre las partes, se presenta la interrogante de saber si es posible o no llamar a un tercero a formar parte del proceso arbitral.

Aguilar Grieder menciona lo siguiente: “*en toda estipulación a favor de un tercero cabe distinguir a tres personas: una persona, el promitente, asume frente a otra, el estipulante, la obligación de prestar una determinada prestación en*

beneficio de un tercero, el beneficiario (al cual le es atribuido, de un modo directo, un derecho subjetivo [propio] para exigir el cumplimiento de la prestación convenida a su favor)”.(López A. V., La Cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013). De la cita anterior se puede obtener como resultado que en las estipulaciones a favor de un tercero surge una relación tripartita: hay una relación entre el promitente y el estipulante, entre el promitente y el beneficiario y por último entre el estipulante y el beneficiario.

La doctrina expresa que para que el tercero es decir el beneficiario quede vinculado a la cláusula arbitral, es necesario que las partes de la relación jurídica principal, tanto el promitente como el estipulante, hayan tenido la intención de vincular al tercero en este aspecto. De la misma manera, el beneficiario debió aceptar ya sea de manera expresa o tácita la prestación entre promitente y estipulante, quedando vinculado a las condiciones establecidas entre estos. Aguilar Grieder indica lo siguiente: *“el beneficiario debe aceptar el derecho, en que la prestación cosiste, con todas sus consecuencias o cualidades, esto es del modo que ha sido concebido por el estipulante y el promitente, incluyendo la cláusula arbitral”*. (López A. V., La Cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013).

Esta teoría ha venido desarrollándose en casos que se encuentran relacionados con contratos de seguros y reaseguros. Se cita el presente caso: Doeffer v. Transatlantic Reins. Co. El caso involucra un reclamo contra Jann Doeffer (“Doeffer”) bajo una póliza de responsabilidad civil profesional de la sociedad Legion Insurance Company (“Legion”), la cual es reasegurada por la Sociedad Transatlantic. Después de que Legion retira su defensa a favor de Doeffer, el mismo recibe un veredicto en su contra en relación con la responsabilidad civil profesional. Legion al momento se subroga los derechos de reclamar, Doeffer en ese momento demanda a Transatlantic y este opta por llevar a cabo de una manera forzada el arbitraje amparándose en la cláusula arbitral del contrato de reaseguro entre Legion y Transatlantic. Doeffer en ese instante se opone a la acción, basándose en el hecho de que él no forma parte del contrato de reaseguro y que

las partes contratantes nunca pretendieron que él quedase sujeto a arbitraje. La Corte considera que Doeffer es tercero beneficiario del contrato de reaseguro entonces era requerido a presentar un arbitraje bajo tal contrato. La Corte falla alegando que el estado de Doeffer como tercer beneficiario es determinado por el caso “*Koken v. Legion Ins. Co.*”, caso mediante el cual sienta precedente importante en este tipo de proceso y el cual de manera general puede determinar que en algunas formas de contratación con las reaseguradoras, la relación que existe es entre el asegurado y la aseguradora. (López A. V., La Cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013).

Grupos de contratos/ Cadenas de transacciones: el presente criterio se basa en aquellos supuestos en donde existe un gran número de contratos relacionados entre sí, entendiéndose como: “*una pluralidad de contratos que están relacionados con el mismo objeto o que concurren a la misma finalidad económica*”. (López A. V., La Cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013).

En este caso puede presentarse que existan contratantes que son parte del grupo de contrato pero que sin embargo nunca hayan dado su consentimiento de manera expresa para alguna de las cláusulas arbitrales insertas en el contrato. La jurisprudencia francesa distingue dos aspectos, el primero en cuanto a que el contrato no es traslativo de bienes y el segundo en cuanto a que el contrato si lo es. En el primer supuesto, se acepta la extensión de la acción contractual a un tercero cuando se ha producido un daño, dando como consecuencia que éste tenga una acción contra el responsable del daño. Posteriormente se eliminó tal posibilidad en casos donde no hay traslado de propiedad. Se cita a continuación un laudo arbitral parcial de la Corte Comercial Internacional de París sobre la competencia del tribunal arbitral en donde se refiere a una relación de distribución, considerando relevante lo siguiente: “*Y es que, cuando las partes han querido realizar una operación única mediante una pluralidad de instrumentos, puede considerarse que su voluntad era la de someter a la cláusula compromisoria contenida en uno de los contratos, todo litigio relacionado con*

esta operación única, inclusive aquéllos que pudieran resultar del contrato que no la contiene.” (López A. V., La Cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013).

En el caso que está siendo análisis de estudio, la Corte de la CCI estimó que el grupo de contratos formaba parte de una operación única, además, que en la transacción participaba un grupo de sociedades, por lo que sumando los dos elementos, permitía la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias. Se presentan cadenas homogéneas conocidas como venta -reventa, en donde los tribunales franceses consideraron que el último comprador de la cadena se beneficia de la cláusula arbitral en contra del primer vendedor, a pesar de que la cláusula solo estaba incluida en el primer contrato de venta en donde el último comprador no formaba parte del contrato. También se pueden presentar cadenas heterogéneas entendiéndolas venta-servicio-venta. En este caso la cláusula arbitral solo será extensiva cuando exista consentimiento por parte del subcontratista, sin embargo este criterio fue cambiando por los tribunales franceses mediante una sentencia dictada en el año 2007.

La extensión de la cláusula arbitral es admitida en las cadenas heterogéneas en casos donde de la participación de la negociación, celebración o ejecución del contrato se puede inferir de manera automática el consentimiento, aunque no haya sido expreso. En la presente doctrina se cita el caso de Alcatel Business Systems (ABS) SA v. Amkor technology resuelto por la Cour de Cassation (Corte de Casación) de Francia, que indica lo siguiente: *“en una cadena de contratos traslativos de propiedad, la cláusula compromisoria se transmite de forma automática en tanto que accesorio de un derecho de acción, él mismo siendo accesorio del derecho sustancial transmitido, independientemente del carácter homogéneo o heterogéneo de esta cadena. La cláusula de arbitraje se extiende a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que puedan derivarse”*. (López A. V., La Cláusula arbitral a partes no signatarias, 2013). El tribunal francés partió de la legislación interna francesa, la cual admite la transmisibilidad de derechos de acciones junto con la transmisión

del bien. Constituye un avance transcendental en cuanto a la extensión de la cláusula arbitral en grupos complejos de transacciones.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia admitió este tipo de extensión de la cláusula arbitral y mencionó lo siguiente: *“La Sala ha admitido que si en un convenio marco se inserta una cláusula arbitral válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio descrito en el documento, salvo disposición expresa en contrario, ésta vincula incluso a las personas sobrevivientes al negocio. Esto es así, porque en principio lo general comprende a lo particular. Lo que no puede aceptarse; excepto por disposición expresa, es lo contrario, vale decir que de lo singular se acceda a lo general”*. ”. (López A. V., La Cláusula arbitral a partes no signatarias, 2013).

Derechos de acciones que tienen las partes no signatarias frente al proceso arbitral

Es importante mencionar que en todo proceso arbitral, ya sea de cualquier materia y de cualquier ordenamiento jurídico, como un principio corolario, las partes que forman parte del mismo tienen derechos y acciones dentro del mismo. Pues no es distinto en el caso de hablar de un proceso arbitral, ya que los sujetos que participan dentro del proceso arbitral, el momento que suscriben el negocio jurídico entendido como pacto o convenio arbitral, nacen derechos y acciones para los mismos. La cuestión es poder determinar cuáles son los derechos y acciones que tienen aquellas partes no signatarias del convenio arbitral dentro de un proceso arbitral, y es precisamente ese análisis el cual se tratará en el presente capítulo. Por tanto se hace un breve análisis sobre los derechos que tienen las partes, para posteriormente tratar a las partes no signatarias.

En cuanto a las partes que forman parte del proceso arbitral, es decir quienes suscribieron el negocio jurídico, tienen el derecho de acción para que, el momento que se incumple el mismo, las partes acudan a ejecutar ese convenio arbitral mediante el proceso correspondiente, siendo el caso, el arbitraje.

En el ordenamiento jurídico peruano la norma dice lo siguiente: “*se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos*”. (Rueda, 2018). Esta norma recoge la teoría conocida como “*Estoppel*”, la figura de la estipulación a favor de otro, la cual proviene del derecho de los contratos. Según la teoría Estoppel, la norma sanciona cuando existe incoherencia procesal por parte del sujeto no signatario. Por ejemplo, una empresa la cual no es signataria del convenio arbitral invoca a su favor un derecho previsto en un contrato entre otra empresa diversa y un tercero, cuando en ese contrato se encuentre una cláusula arbitral. La empresa que invocó el derecho contractual a su favor, se entiende que luego no puede desconocer su obligación de acudir al arbitraje alegando que no es parte. La norma peruana contiene la siguiente regla de coherencia: “*non concedit venire contra factum proprium*” (Rueda, 2018), que significa “*no venir contra los actos propios*”. Esta tiene como objetivo sancionar toda pretensión contradictoria de un sujeto, a un comportamiento previo del mismo, que generó confianza legítima, la misma que se la conoce como buena fe objetiva o confianza, en otro sujeto. La buena fe objetiva es “*la situación de confianza que tiene un sujeto sobre que un acto surtirá en un caso concreto*”. (Egas, 2018). En conclusión, el principio sanciona como no admisible toda pretensión que es contradictoria con respecto a la conducta anterior del sujeto. Esto debido a que se basa en la confianza que se genera en otro sujeto quien si actúa de buena fe a partir de la primera conducta realizada. Por lo tanto, esta buena fe quedaría lesionada o afectada si se aceptara y se diera procedencia a la posterior pretensión que es contradictoria.

Entonces la norma peruana lo que hace es sancionar esta conducta extendiéndole el convenio arbitral al tercero no signatario. La misma regla permite a la persona beneficiaria de una estipulación a su favor, invocar el convenio arbitral de un contrato entre personas o compañías diversas. De manera expresa la norma peruana permite a un sujeto la participación en el arbitraje como demandante, invocando a su favor el convenio arbitral de un contrato el cual le es completamente ajeno. Tal participación de esta parte no signataria solo se puede

dar según los términos del convenio arbitral, tal como lo señala la norma. (Rueda, 2018).

Robert Joseph Pothier, jurisconsulto francés define el contrato como *“una convención por la cual dos partes recíprocamente, o sólo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer tal cosa”*. (Osorio, Universidad de Chile, 2018). Si se aplica este concepto al tema que está siendo analizado, el acuerdo arbitral es un contrato que tiene carácter bilateral, ya que crea la obligación de manera recíproca para que las partes acudan a arbitraje y resuelvan sus controversias, sustrayendo de este modo el conflicto de la justicia ordinaria.

Se lo llama *“consentimiento”* al acuerdo de voluntades de las partes, y este viene a ser imprescindible para dar nacimiento al acto jurídico de tipo bilateral. (Osorio, Universidad de Chile, 2018). Al devenir el acuerdo arbitral en un acto jurídico bilateral, en un contrato, va a necesitar que ambas partes manifiesten su voluntad, debiendo fundamentarse la misma en un acuerdo.

Se entiende por lo tanto que las partes forman parte de un convenio arbitral si es que llegaron a consentir en dicho acuerdo, y como consecuencia de su manifestación de voluntad libre y espontánea, las mismas resultan obligadas por éste. En consecuencia posterior a la formación del consentimiento, el acudir o no a arbitraje ya no es una elección para las partes contratantes, sino viene a ser una obligación que deben respetarla al momento de que surja una controversia entre ambas partes.

El concepto de tercero se lo define como *“aquel que no es parte de la relación jurídica, y por ende, no le vincula el contrato celebrado entre aquéllas, siéndole indiferente”*. (Osorio, Universidad de Chile, 2018). Se debe tener en cuenta que existen dos clases de terceros, siendo estos: *“absolutos y relativos”*. Cuando se menciona a los terceros absolutos, el contrato que es celebrado entre las partes es indiferente y por ende no podrán ser vinculados ni afectados por el. En cambio cuando hablamos de los terceros relativos, se trata de aquellos a quienes el contrato si puede llegar a producir efectos y vincularlos. Como consecuencia

vienen a ser los herederos y acreedores de alguna de las partes del contrato ya celebrado.

En el ámbito procesal se hace la diferencia entre “*tercero en sentido metajurídico o vulgar* y *tercero en sentido técnico*”. Cuando se habla en sentido metajurídico o vulgar, se dice que son todas aquellas personas a quienes no alcanzan en ningún caso los efectos ya sean directos o indirectos del litigio. Estas personas no tienen ninguna relación con los derechos que en proceso se están discutiendo. Por consiguiente no necesitan estar protegidas por el ordenamiento jurídico, ni éste las tiene en cuenta, por tratarse que son ajenos al litigio. Al no tener interés el ordenamiento jurídico, su protección no es posible ni necesaria. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

En cambio al hablar de los terceros en sentido técnico son aquellos que sin ser parte, se encuentran en relación del proceso o de los derechos que en el proceso se están discutiendo en una determinada relación, y sobre todo los que el ordenamiento jurídico crea dignos de protección por no ser ajenos. (Osorio, Universidad de Chile, 2018). En otras palabras, viene a ser el sujeto que no ha concurrido a la suscripción de una cláusula arbitral, pero que sus derechos se encuentran respecto del proceso arbitral en una situación que el contenido que se resuelva en arbitraje le afectará de manera directa. El tercero se encuentra vinculado al arbitraje ya que así lo ha consentido, los efectos del laudo arbitral le impedirán por las siguientes razones: ser parte del mismo grupo de sociedades, por tener interés en el negocio jurídico que está siendo discutido, por reportar algún beneficio del contrato que contiene la cláusula o alguna otra situación que lo vincule tanto al acuerdo arbitral como al negocio jurídico principal, es decir al contrato principal que le da sustento.

Al tratar la extensión de la cláusula arbitral hace referencia a una clase especial de terceros, que pasan a ser parte del convenio arbitral. Si bien no se trata de partes originarias del contrato arbitral, sin embargo mediante su manifestación

de consentimiento la cual puede darse de distintas formas, estos se someten a arbitraje quedando vinculados al igual que las partes originarias.

La autora Aguilar Grieder señala lo siguiente: *“como consecuencia de recibir los Tribunales arbitrales su investidura de la voluntad de las partes, por medio de la suscripción de un convenio arbitral, no puede atraerse a una persona ante una jurisdicción arbitral si la misma no ha adoptado el correspondiente convenio arbitral”*. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

La autora hace hincapié en la necesidad del consentimiento para poder así empujar a un parte no originaria al desarrollo del arbitraje, lo que es aceptable, ya que la fuente misma del arbitraje es el consentimiento y nadie que no haya manifestado su voluntad al respecto, puede ser obligado a acudir a arbitraje, ya que se estarían vulnerando principios fundamentales de derecho tales como la tutela judicial efectiva, el derecho al juez natural y el efecto relativo de los contratos.

A manera de conclusión si se presenta un tercero no suscriptor del acuerdo de arbitraje, puede ser empujado a participar en el proceso arbitral porque en definitiva este en alguna etapa del iter contractual, se vinculó al contrato principal en donde se sustenta el convenio arbitral y obtuvo beneficios del mismo, sin poder tener la oportunidad de desvincularse de sus cargas y obligaciones. De este modo, deja de ser un tercero haciéndose parte de la relación jurídica y asumiendo tales efectos. En consecuencia, al tratar sujetos que han manifestado su conformidad ante el contrato ya sea por cualquier medio, y se han vinculado al mismo, por ende no se trata de terceros sino de partes del contrato aunque los mismos no hayan sido signatarios del mismo. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

Cabe mencionar que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano a los terceros se los reconoce sus derechos y los mismos se encuentran protegidos y amparados bajo la ley. El Código Orgánico General de Procesos trata todo un capítulo sobre

las tercerías, encontrando su intervención dentro del proceso judicial en el artículo 46 expresando lo siguiente: *“por regla general, en todo proceso, incluida la ejecución, podrá intervenir una o un tercero a quien, las providencias judiciales causen perjuicio directo. La solicitud para intervenir será conocida y resuelta por la o el juzgador que conoce el proceso principal. Se entiende que una providencia causa perjuicio directo a la o el tercero cuando este acredite que se encuentra comprometido en ella, uno o más de sus derechos y no meras expectativas”*. (Nacional, Código Orgánico General de Procesos, 2015).

En el artículo 47 del mismo cuerpo legal encontramos las clases de tercería y dice lo siguiente: *“las tercerías podrán ser excluyentes de dominio o coadyuvantes, entendidas de la siguiente manera: 1. Son excluyentes de dominio aquellas en las que la o el tercero pretende en todo o en parte, ser declarado titular del derecho discutido. 2. Son coadyuvantes aquellas en que un tercero tiene con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no se extiendan los efectos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida”*. (Nacional, Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Es de esta manera que los terceros en la legislación ecuatoriana se encuentran protegidos por la ley. De esta manera los terceros tienen el derecho de acción para poder comparecer en juicio, en este caso poder asistir ante arbitraje, sea de la clase que sea. Se puede observar como los terceros no signatarios al ser empujados a asistir a arbitraje ya no se los considera como terceros debido que en algún momento se beneficiaron del contrato aunque no hayan manifestado su voluntad, es decir aunque no hayan sido signatarios del mismo. Por consiguiente al ser considerados como partes en el proceso arbitral tienen los mismos derechos de acción que tienen las partes contratantes en el proceso arbitral para comparecer ante el mismo y defender sus intereses.

Principios y sanciones para partes no signatarias en el proceso arbitral

Existen principios que son aplicados por los tribunales arbitrales y que son de vital importancia para su respectivo análisis y mejor entendimiento del tema que está siendo tema de estudio.

1) Obligatoriedad de los contratos: El primer principio hace mención a que las partes de un convenio arbitral no pueden por ninguna circunstancia desobligarse o desvincularse de ir a arbitraje si así lo consintieron en el convenio arbitral. (Bran, 2018). Es decir, las partes que aceptaron asistir, ya no pueden dejar de hacerlo si el arbitraje fue convocado para llevarse a cabo. A este principio se lo conoce como “*pacta sunt servanda*” y significa que los contratos deben ser llevados a cabo. Este principio se encuentra protegido por otros principios conocidos como inevitabilidad del arbitraje, separabilidad del arbitraje y kompetenz-kompetenz, principios que serán desarrollados en este mismo acápite. Estos principios mencionados limitan la creación de obstáculos que impiden que pueda llevarse a cabo el arbitraje.

2) Contradicción: que la parte no signataria no puede ser incorporada al convenio arbitral si no ha aceptado participar en el mismo. La parte no signataria lo que podrá hacer es oponerse al arbitraje planteando como en cualquier otra demanda excepciones o defensas previas, incluso excepciones de fondo, alegando que los árbitros no son competentes para juzgarlo ya que no es parte procesal del convenio arbitral.

3) Confidencialidad: la parte no signataria no puede por ningún motivo ser parte del convenio arbitral sin el consentimiento de las partes procesales que ya forman parte del mismo. Solo las partes que ya forman parte del arbitraje son quienes pueden oponerse a la incorporación del tercero, alegando que se encuentran de manera contractual facultados para rechazar su participación. Su objetivo es defender la privacidad del arbitraje, ya que el contrato es decir el convenio

arbitral convoca a las partes signatarias y solo éstas pueden alegar su negativa debido a la confidencialidad de las actuaciones que se dan en arbitraje.

4) Aceptación Tácita: La cláusula arbitral o acuerdo arbitral, se la puede llamar también “*convención*”, debido a que se trata de un acuerdo entre dos o más personas en donde el objeto es de interés jurídico. Es por eso que le son aplicables las normas generales al contrato. El resultado del consentimiento entre las partes contratantes se da debido a dos elementos, “*internos y externos*”. Los elementos internos son el discernimiento, la intención y la libertad y el elemento externo viene a ser conocido como su manifestación. (Caivano, Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos, 2006). La voluntad, para que tenga relevancia jurídica, debe salir de la esfera interna del sujeto emisor debiendo manifestarse mediante un hecho exterior. Sin embargo, la exteriorización no siempre se la hace mediante una declaración formal, sino también puede darse mediante una declaración tácita o realizada mediante la presunción de la ley. La exteriorización de la voluntad se puede producir mediante hechos materiales tales como la ejecución de un hecho material consumado o comenzado. Puede exteriorizarse también vía declaraciones mediante distintos medios los cuales son los siguientes:

- a) **Expresas o Positivas:** se manifiestan de manera verbal, por escrito o signos inequívocos.
- b) **Tácito:** es el resultado de actos o hechos mediante los cuales se conocer la voluntad o que ésta se presuma.
- c) **Presunción de ley:** la ley autoriza presumirla, como es el caso de cuando una persona hace algo que no lo hubiese hecho si su intención hubiese sido otra. Incluso el silencio puede ser conocido como un método de expresión de la

voluntad, si hubiera una obligación de explicación por la ley o relaciones de familia.

5) Presunción del consentimiento tácito: Se encuentra relacionado con dos principios a mencionar:

- a) **Principio de no contradicción:** nace con la presunción de aceptación de la parte, sino se estaría yendo en contra de la actuación del mismo sujeto.
- b) **Principio de buena fe:** los contratos deben ser celebrados, interpretados y ejecutados de buena fe, actuado y obrando las partes de esta manera. Si es que existe una actuación de las partes permitiendo así una declaración tácita de su voluntad, subordinando tales efectos mediante forma escrita o expresa de su consentimiento, estarían vulnerando este principio, alentando a la mala fe y deslealtad de los negocios jurídicos.

6) Principio de separabilidad: el convenio arbitral se encuentra regulado bajo el carácter de autónomo en la generalidad de los sistemas jurídicos amparado en la Ley Modelo UNCITRAL (LMU) de acuerdo a lo siguiente: *“la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las estipulaciones del contrato”*. (Rozas, 2006).

Este principio implica que el convenio arbitral es un acuerdo el cual se lo considera divisible de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el cual se integra como una de sus cláusulas. Esta separabilidad trae consigo varias ventajas tales como por ejemplo posibilitar su inclusión a un régimen jurídico diferente, inclusive a la ley nacional, sobre el régimen aplicable al resto del contrato. Esto explica que se trata de una cláusula arbitral válida inserta en un contrato que es o bien nulo o que ha caducado. Para ejemplificar se presenta en el ordenamiento jurídico francés la Sentencia de la Corte de Casación con fecha

06 de diciembre de 1988. Se declaró la eficacia de un convenio arbitral pactado en un contrato que no había entrado en vigor desde el momento en el cual la controversia o disputa que oponía a las partes se relacionaba con su conclusión. (Rozas, 2006).

Se trata de ver la diferencia que existe entre el pacto sustantivo (contrato), en este caso el convenio arbitral, respecto del arbitral y su objetivo es garantizar que el convenio arbitral tenga operatividad en casos de crisis contractual el cual es el objetivo del porqué se llega a pactar. Es así que la nulidad del contrato no significa la nulidad del convenio arbitral, ni tampoco afecta a su existencia o caducidad. Para que dichas circunstancias operen conjuntamente en ambos pactos deben ser contrastadas por separado y de tal naturaleza para que impidan, la eficacia del convenio arbitral.

La autonomía que reviste el convenio arbitral persiste aunque se determine por ejemplo la caducidad de un pacto de sindicación, debido a que el convenio arbitral determina el grado de exigibilidad y cumplimiento, y fija sus consecuencias para las partes en litigio. En consecuencia, las causas que afecten la pervivencia del pacto de sindicación no pueden afectar el convenio arbitral, ya que la valoración de la caducidad por abandono mutuo es razón de arbitraje. No es lógico que la causa que motiva para que se lleve a cabo el arbitraje, es decir cualquier irregularidad que se dé en la ejecución o interpretación del convenio arbitral suponga a su vez la desaparición del convenio arbitral. Esto aceraría la ineficacia de diversos arbitrajes. Existen todavía muchas divergencias sobre el alcance de la autonomía del convenio arbitral y muchos autores prefieren llamarla “*separabilidad*” considerando que la cláusula compromisoria pueda separarse del contrato cuando se presenten los casos. Aquello no siempre sucede y un ejemplo es cuando se habla de la cesión de contratos o créditos en donde se extiende a la cláusula compromisoria, pero la nulidad que bien puede afectar al contrato no deja indemne a la cláusula compromisoria, debiendo atenderse a las causas concretas de la nulidad.

No obstante, el término “*autonomía*” podría parecer que la cláusula compromisoria es válida siempre cualquiera que sea la causa de nulidad que afecte al negocio jurídico en el que se encuentra inserto. Es así que la autonomía no significa desconexión en cuanto al contrato principal, sin embargo, el tribunal arbitral se encuentra facultado para decidir temas tales como la invalidez o nulidad del contrato principal, debido a que es competente para hacerlo. (Rozas, Separabilidad de la cláusula arbitral , 2006).

La separabilidad, favorece al arbitraje asegurándose que este procedimiento el método de resolver las controversias sin importar las vicisitudes del negocio jurídico en el que se encuentra inserto. En consecuencia, la decisión que toma el tribunal al dictar un laudo arbitral en donde declara nulo el contrato no acarrea nulidad en la cláusula compromisoria que se encuentra inserta en el convenio arbitral. No se puede olvidar que las controversias que surgen de un contrato que se encuentra extinguido pero teniendo su origen en él, pueden someterse a juicio de árbitros previsto en la cláusula compromisoria inserta.

En conclusión se asume que la separabilidad del convenio arbitral significa independencia e inmunidad, la cual goza la cláusula con relación al contrato al cual se encuentra inmerso la misma. En consecuencia, la invalidez del contrato no acarrea la invalidez el acuerdo arbitral, implicando que el mismo subsista frente al contrato. En cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula arbitral no cambia por el hecho que se encuentre inserta en el negocio jurídico (convenio arbitral), que tenga un objeto distinto en lugar de un compromiso separado.

7) Principio de autonomía: Bajo el principio: “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*” se entendería que la cláusula compromisoria queda comprendida en la nulidad del contrato que la contiene. Así lo entiende la jurisprudencia que hoy ha cambiado por las necesidades del comercio internacional. Cada vez se afirma la teoría de la autonomía de la cláusula compromisoria inserta en el convenio

arbitral. Un claro ejemplo de lo enunciado es una regla admitida de manera general en el arbitraje comercial internacional establecida por la Corte de Casación francesa la cual en el laudo CCI n° 1526 menciona lo siguiente: *“la cláusula compromisoria inserta en un contrato o establecida en un acuerdo por separado tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica”*. (Rozas, Separabilidad de la cláusula arbitral , 2006). Y así es como se descarta la invalidez de tal contrato.

Lo mencionado proviene de la sentencia dictada el 07 de mayo de 1963 en el caso de “Gosset” en donde la controversia fue saber si la competencia la tenía el árbitro para conocer del litigio sobre la cláusula compromisoria a pesar de la existencia de nulidad del contrato principal o si la competencia lo tenían los jueces estatales. (Rozas, Separabilidad de la cláusula arbitral , 2006). La Corte de Casación tomó la primera opción afirmando el principio de autonomía de la cláusula compromisoria. De esta manera se evita que los litigantes mediante excepciones dilatorias aleguen la nulidad de la cláusula compromisoria mediante una acción de nulidad del contrato que la incluye. Esta doctrina considera que la cláusula es un contrato dentro de otro contrato. La autonomía de la cláusula compromisoria hace que el acuerdo arbitral y la controversia puedan ser regulados por leyes completamente diferentes. Desde el punto de vista del derecho aplicable, la cláusula compromisoria posee una conexión independiente y autónoma para determinar el ordenamiento jurídico que ha de regir respecto del contrato el cual puede quedar amparado a otro ordenamiento jurídico distinto. Es de vital importancia la distinción que se hace entre el contrato y la cláusula compromisoria ya que si dicha distinción no se presentara entonces la impugnación del contrato acarrearía la impugnación del acuerdo arbitral, haciendo que los tribunales estatales impidan el accionar de los árbitros. Esto podría favorecer a un litigante quien actúe de mala fe, pues el mismo no permitiera que se lleve a cabo la cláusula compromisoria, acudiendo ante los jueces del Estado para tratar un vicio existente en el contrato principal.

Este principio que se aplica al convenio arbitral es imprescindible para poder hacer efectiva la cláusula compromisoria en los casos en que el contrato resulte nulo o ineficaz, para determinar el alcance y las consecuencias de tal nulidad o ineficacia. Sin embargo, los actos nulos en el comercio internacional pueden producir efectos los cuales es importante regular. Cuando el contrato contiene un convenio arbitral, el método para resolver las controversias que surjan entre las partes contratantes es el arbitraje, a este método no le afecta la nulidad necesariamente. Este principio es admitido en legislaciones nacionales y en convenios internacionales.

Existen contratos que son vitales y se dan en la práctica internacional que son conocidos como “*contratos de corrupción*” en donde un contratante extranjero celebra un contrato de asesoría o representación con un nacional del país en donde se ejecuta la operación comercial. El compromiso que tiene este asesor-representante es facilitar el contacto con las autoridades domésticas y entregarles dinero a modo de cohecho. Este tipo de contrato es encontrado en el laudo arbitral dictado con n°1110 en donde una compañía extranjera se negaba a remunerar a su representante de nacionalidad argentina, alegando que existe objeto ilícito del contrato y el árbitro al saber que se trataba de un cohecho se declaró automáticamente incompetente para resolver la causa, en virtud a los principios generales con los cuales los árbitros no pueden conocer litigios de dicha naturaleza. (Rozas, Estudios de Arbitraje, 2006).

En dicho laudo arbitral se mencionó lo siguiente: “*los contratos que vulneran de manera fundamental las buenas costumbres o el orden público internacional son nulos o al menos, su incumplimiento no es susceptible de ser recurrido ni ante jurisdicciones nacionales ni ante tribunales arbitrales*”. (Rozas, Estudios de

Arbitraje, 2006). Es lógico que este razonamiento se acomode a la autonomía de la cláusula arbitral.

8) Principio Kompetenz-kompetenz: es aquel en donde es el propio árbitro quien tiene el deber de resolver los conflictos o controversias que surgen del convenio arbitral, inclusive temas sobre la nulidad del contrato la cual bien puede ser parte el convenio arbitral y aún de este último. (Osorio, Universidad de Chile, 2018). En otras palabras, es el árbitro quien tiene la competencia para revisar su propia competencia. A este principio se lo encuentra en el artículo 16 de la Ley Modelo CNUDMI, así como también al principio de la separabilidad en el mismo artículo.

Tanto el principio de separabilidad como el principio de kompetenz-kompetenz tienen la misma importancia en materia de arbitraje ya que su uso es frecuente. Al hablar sobre la extensión del acuerdo arbitral a terceros no signatarios, se aplicarán ambos principios. Un claro ejemplo es cuando se demanda a un tercero no signatario del acuerdo arbitral o simplemente a un tercero a quien se ésta demandando debido a que ha consentido al acuerdo arbitral mediante su conducta, lo que alegará seguramente será la incompetencia que tiene el tribunal arbitral para resolver la controversia y será el árbitro quien deberá resolver la competencia o no de acuerdo al principio kompetenz-kompetenz. También se puede llegar a dar el caso que el tercero no signatario alegue nulidad, resolución u otro modo de quitarle validez o eficacia al contrato principal, en donde tales alegaciones seguramente afectarán al contrato en mención y no al acuerdo arbitral, aplicando el principio correspondiente, que viene a ser en este caso el de separabilidad, haciendo alegaciones de manera independiente para desvincular el acuerdo arbitral del contrato principal. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

Es trascendente mencionar que para hablar de algunos principios y que para que éstos sean aplicados por parte del tribunal arbitral, éste debe interpretarlos de la

manera correcta. ¿Cómo interpreta principios para partes que no han firmado el convenio arbitral y que éste se hace extensivo en el proceso para dichas partes? Es en ese momento que aplica dos principios de vital importancia para su análisis, aunque los dos sean de carácter contradictorio. El primero es conocido como “*principio de interpretación estricta del acuerdo arbitral*” y el segundo como “*principio pro arbitraje*”, que ya fue mencionado anteriormente pero que es inherente a la Convención de Nueva York y a la Ley Modelo UNCITRAL.

9) Principio de interpretación estricta o restrictiva del acuerdo arbitral:

considera al acuerdo arbitral como una excepción a la regla general, la cual es la justicia estatal, siendo competentes los jueces del Estado. En otras palabras, según este principio, el acuerdo o convenio arbitral y su alcance deben ser interpretados como una regla de excepción. Esta posición que es conservadora la adoptan varios ordenamientos jurídicos tales como Suiza, Inglaterra, Alemania y España.

10) Principio Pro-arbitraje: según la Convención de Nueva York y la Ley Modelo

CNUDMI, se lo observa como una agudización del principio de validez o conservación de los actos jurídicos, ya que por un lado, se establece el deber de reconocer y ejecutar tales actos mediante la remisión al arbitraje, y por el otro lado, lo escueto que son las causales de no remisión. Es una posición ya no tan conservadora, sino al contrario es liberal. Parte del supuesto donde el arbitraje es una forma de resolver controversias comerciales y requiere por ende, una interpretación mucho más abierta de la cláusula arbitral. En esta interpretación, el tercero se encuentra en la posibilidad de quedar vinculado a la cláusula arbitral de muchas maneras. Esta postura la adoptan ordenamientos jurídicos tales como Estados Unidos y Francia.

El autor Fernández Rosas trata la interpretación estricta del acuerdo arbitral de la siguiente manera: “*el arbitraje solo puede ponerse en marcha cuando es inequívoca la voluntad de las partes en someterse a este procedimiento de arreglo de controversias... en la indagación de esa voluntad inequívoca debe*

tenerse en cuenta que la interpretación de la cláusula de arbitraje por el árbitro debe tener carácter estricto”. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

La misma idea tiene AGUILAR GRIEDER, al señalar lo siguiente sobre el convenio arbitral *“rige el principio de la interpretación estricta y se imponen rigurosas exigencias formales (tendientes a garantizar la naturaleza voluntarista del arbitraje y, consiguientemente, el principio de la tutela judicial efectiva). De este modo, la extensión de los efectos del convenio arbitral a aquellos que no lo han suscrito ha de considerarse como la excepción, y no la regla”.* (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

Si bien se concuerda que la voluntad de las partes de acudir a arbitraje debe ser inequívoca, no se está de acuerdo con la idea de la interpretación estricta de la cláusula de arbitraje. Se inclina por el *“principio pro-arbitraje”*, según el cual se debe partir de la regla de validez del acuerdo arbitral, considerando las causales de invalidez como excepciones. Lo anterior implica un umbral de prueba alto para la determinación de la invalidez de un acuerdo de arbitraje. Una opinión contraria, desconocería la tendencia actual de considerar al arbitraje como el método por excelencia para resolver controversias comerciales y/o internacionales.

En este sentido, se considera que la interpretación del árbitro debe ser amplia o extensiva, es decir, evitando dejar fuera de la órbita del arbitraje aquellos supuestos en que los involucrados no firmaron o no aparecen mencionados en el contrato de arbitraje o en el contrato principal que contiene una cláusula arbitral, pero que de todas formas consintieron inequívocamente a través de su conducta a lo largo del íter contractual en resolver sus asuntos mediante arbitraje. En esta línea, hay autores a favor de la interpretación extensiva del convenio arbitral, así se pronuncia FERREIRA LEMES: *“dependiendo de la situación presente en*

cada caso, la interpretación extensiva de las cláusula arbitral sería perfectamente posible, en vista de que los negocios jurídicos deben ser analizados a la luz de la buena fe y sus consiguientes, confianza, lealtad contractual, etc.; que, por cierto, representan la piedra angular de todas las relaciones jurídicas”. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

Por otra parte, los problemas interpretativos muchas veces se inician antes que un árbitro empiece a conocer de un asunto, sobre todo en los arbitrajes institucionales. Como bien señala CREMADES: *“Ante la institución administradora del arbitraje, suelen plantearse numerosos problemas de interpretación del convenio arbitral. En principio, la institución es un organismo puramente administrativo y sus decisiones no tienen carácter jurisdiccional remitiéndose a la decisión de los árbitros que se designen en su momento y por laudo arbitral las cuestiones planteadas. Sin embargo, muchas demandas se interponen en ausencia de convenio de arbitraje o en los casos de arbitraje multiparte interpretando extensivamente el convenio arbitral para incluir en el procedimiento a personas o empresas que formalmente no han suscrito el convenio, pero cuya conducta permite deducir su eventual inclusión en el procedimiento arbitral”.* (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

En casos como éste, habrá que remitirse al reglamento de la respectiva institución que administra el arbitraje, para ver si contiene normas que resuelvan el asunto en una primera etapa. Así por ejemplo, en el caso de la Cámara de Comercio Internacional, en el art. 6 de su Reglamento de Arbitraje y de Solución Amistosa de Disputas, establece un análisis *“prima facie”* sobre la existencia o no del acuerdo arbitral, y de conformidad con ese análisis decidirá en qué medida el arbitraje proseguirá. De todos modos, el mismo reglamento deja a salvo el Principio de kompetenz-kompetenz, al establecer que en todos los casos decididos por la Corte bajo el artículo 6, cualquier decisión relativa a la competencia del tribunal arbitral, excepto en relación con partes o demandas

respecto de las cuales la Corte decida que el arbitraje no debe proseguir, será tomada por el propio tribunal arbitral.

En síntesis, la interpretación que haga el árbitro del pacto arbitral es extremadamente relevante a la hora de decidir si una parte no signataria debe ser llevada o no a arbitraje. En nuestra opinión, el árbitro deberá proceder a interpretar en pro del arbitraje y de manera extensiva según las circunstancias la cláusula arbitral, en aras de no restringir el ingreso al procedimiento a partes que si bien no suscribieron el pacto de arbitraje, consintieron con su comportamiento a ser parte de éste.

11) Principio de la Tutela Judicial Efectiva: este principio tiene un contenido complejo ya que incluye aspectos como el derecho al acceso a los tribunales de justicia, el derecho a obtener una sentencia fundada y la efectividad de las resoluciones judiciales, que comprenden la facultad que tiene una persona para poder acudir ante los tribunales de justicia y llevar a cabo la apertura de un proceso para poder obtener como resultado una resolución motivada y argumentada sobre una petición que está siendo amparada por la ley. A este principio se lo encuentra en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, amparado en la Constitución, como uno de los principios bases dentro del derecho. Por lo tanto es errado pensar que el acceso a la tutela judicial efectiva solo se la puede encontrar en la Constitución del Ecuador mediante órganos de la Función Judicial y no en resoluciones adoptadas por la justicia particular como es aquella que es otorgada por los árbitros. La Constitución reconoce expresamente al arbitraje como método alternativo a la justicia estatal para resolver controversias entre las partes. Se ubica en el artículo 190 y expresa lo siguiente: *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”*. (Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2018).

Es así como el ejercicio de la potestad jurisdiccional que corresponde a “*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*” no corresponde solo a los jueces estatales determinados por las leyes según las normas de competencia y procedimiento correspondientes sino también le corresponde a los árbitros quienes también tienen la función de administrar justicia. Para poder regular el arbitraje, el legislador ha determinado valores superiores del ordenamiento jurídico como son la libertad y la igualdad, forzando así a los poderes públicos a respetar tales principios y promover condiciones necesarias e imprescindibles para que sean respetados. Estos principios que se encuentran al igual en la Carta Magna permiten a los ciudadanos no solamente disponer y gozar de los mismos, sino también poder elegir la forma en la cual pueden restablecerlos en el caso de que exista una vulneración a sus derechos subjetivos. (Verduga, 2005). En otras palabras, les da la posibilidad a los ciudadanos a exigir la satisfacción o el resarcimiento que corresponde de sus intereses no solamente a través del acceso directo a la justicia estatal sino también mediante mecanismos que se los conoce como extrajudiciales o alternativos de solución de conflictos tales como son el arbitraje, la mediación y otros mecanismos que equivalen a la autonomía de la voluntad la cual es un principio que se encuentra al igual protegido por la Constitución del Ecuador.

Este principio se lo encuentra en el artículo 24 numeral 17 de la Constitución del Ecuador de 1998 y dice lo siguiente: “*Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley*”. (Verduga, 2005).

Por lo tanto, el hecho de suscribir o aceptar un convenio de arbitraje, el mismo no implica renunciar al derecho que tienen las partes sobre la tutela judicial efectiva. Es más, este principio le faculta al demandante para que demanda en proceso arbitral, incoando la acción pertinente y sometiendo al demandado a los efectos del mismo.

El referido principio se aplica para todas las personas que desean acudir ante los órganos jurisdiccionales, es decir los jueces estatales, para que a través del proceso mediante garantías puedan obtener una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones que se presentan ante los tribunales del Estado. Surge de la vulneración de un derecho la necesidad de la composición de una Litis que es la contradicción que surge entre las partes ya que consiste en diversas posturas y argumentos de las mismas, que a sus criterios los mismos son válidos. Es por esto que se necesita de un juez el mismo quien tendrá el conocimiento y competencia del asunto, respecto a lo tipificado en la Constitución, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador, y demás leyes.

Muchas veces este principio trae problemas los cuales es responsable el Estado, en este caso el Estado ecuatoriano, y es cuando se habla de los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación al derecho a la tutela judicial efectiva y violaciones de principios y reglas del debido proceso.

También impone la necesidad de que tanto sentencias, en este caso laudos arbitrales como actos decisorios de los jueces y árbitros sean motivados en derecho resolviendo en su totalidad los asuntos que tienen conocimiento el juez, tribunal arbitral. Con el único fin de evitar que las controversias queden sin decisión por la falta de competencia de jueces o árbitros que anteriormente previnieron el conocimiento. Los mismos se encuentran en la obligación de dictar el fallo o laudo que les sea permitido para excusarse o inhibirse por no corresponderles salvo causas específicas de inhibición establecidas.

Para poder hacer el análisis respectivo sobre las sanciones que les corresponde a las partes no signatarias frente al proceso arbitral debemos tener claro en primer lugar si es que las mismas forman parte del convenio arbitral, para que se les pueda aplicar la sanción de acuerdo a la ley. En el arbitraje internacional la vinculación que existe para poder vincular al tercero no signatario frente al proceso arbitral es de carácter “*contractual-sustantivo*”, por lo que el problema sobre extender el convenio arbitral a partes no signatarias es sustantivo y no

procesal. (Perfetti, 2018). El estudio se hará tomando en cuenta el negocio jurídico realizado por las partes que han emitido su consentimiento para que el mismo se lleve a cabo, suscribiendo de esta manera un convenio arbitral que llevará a cabo el desarrollo de un arbitraje en caso de controversias entre las mismas. Las partes al suscribir el contrato, tienen derechos y obligaciones para con el mismo. El incumplimiento del mismo les llevará a que sean sancionados por la ley.

Si bien en materia contractual rige de forma general el principio del efecto relativo de los contratos el cual ya fue analizado en este mismo capítulo, en materia arbitral ha sido reconocido en distintos tratados internacionales que el acuerdo arbitral solo es obligatorio para las partes del mismo. A continuación se cita el artículo 2 de la Convención de Nueva York de 1958 que dice lo siguiente: *“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”*. (Perfetti, 2018). De la misma manera el artículo 3 del mismo cuerpo legal dice: *“El Tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”*. (Perfetti, 2018). De esta manera se puede observar que el convenio arbitral como cualquier otro contrato, tiene por efecto la creación de una relación de obligación entre las partes contratantes. El convenio arbitral a ser un contrato el efecto de tales derechos y obligaciones limita a quienes han suscrito el mismo para formar un vínculo contractual. Según el autor Larroumet, el contrato es *“una obra de la voluntad y solo puede obligar a quienes han aceptado estar vinculados por él y precisamente por virtud del principio de la autonomía de voluntad”*. (Perfetti, 2018).

Según el principio de oponibilidad de los contratos a terceros, todas aquellas personas que no hayan prestado su consentimiento para celebrar un contrato deben tener en consideración la existencia del mismo, ya que el contrato puede perjudicarlos, sin que del contrato se origine una obligación a su cargo. Los terceros tienen la posibilidad de aprovecharse del contrato especialmente para con las partes sin convertirse en acreedores en virtud del contrato. Por lo tanto se debe diferenciar tres clases de terceros según el autor:

- 1) **Penitus Extranei:** son terceros en toda la extensión de la palabra, es decir, completamente extraños a la relación contractual ya que no tienen ningún vínculo con las partes al no ser acreedores ni causahabientes de ellas. (Perfetti, 2018).
- 2) **Acreedores Quirografarios de las partes:** acreedores de una suma de dinero pero no gozan de garantía alguna en particular para recuperar su deuda. Se encuentran por lo tanto en concurso con los demás acreedores en la distribución del producto de la venta de bienes del deudor insolvente. (Enciclopedia Jurídica, 218).
- 3) **Causahabientes:** persona que tiene su derecho procedente de otra, conocida como autor o causante. (Enciclopedia Jurídica, 2018).

Por consiguiente, aplicando la teoría general de los contratos al convenio arbitral, se aplica tanto el principio del efecto relativo de los contratos como el principio de oponibilidad de los contratos a los terceros el cual permite la extensión a terceros no signatarios frente al convenio arbitral. En consecuencia cuando se trata de terceros no signatarios, no son en realidad verdaderos terceros “*penitus extranei*” sino al contrario son quienes se equiparan a las partes y tal como lo establece el ordenamiento jurídico francés en su artículo 1122 del Código Civil, los terceros estarán obligados en virtud del contrato. Es complicado encontrar aplicando el principio de oponibilidad de contratos a terceros y estar frente a un verdadero “*penitus extranei*” vinculado por decisión de los árbitros.

En procedimientos ante cortes y tribunales nacionales se puede observar que la vinculación de terceros a un proceso es una práctica común en la mayoría de jurisdicciones, mientras que en arbitraje internacional no es posible que se dé tal vinculación sin que exista una vinculación contractual entre las partes como ya se mencionó anteriormente. En consecuencia, al ver que si es posible extender el convenio arbitral a un tercero no signatario gracias a la teoría general de los contratos considerándolos como una parte en el mismo, es posible que se presenten sanciones a los mismos ya que forman parte del proceso arbitral.

Desde el punto de vista formal, el uso de la expresión “*extensión del pacto arbitral*” es incorrecto ya que no se trata de extender los efectos del pacto arbitral a terceros, sino de determinar más allá de la designación formal de los signatarios del acuerdo, saber quiénes en verdad son las partes que deben estar sujetas a los efectos del convenio arbitral. Autores mencionan a la vez que un tercero no puede ser atraído a arbitraje y de lo que se habla en materia de arbitraje internacional es de no signatarios del acuerdo arbitral. Para vincular a un no signatario al procedimiento arbitral se deben verificar dos condiciones: que la firma del acuerdo arbitral no sea requisito de fondo y que el no firmante no sea un tercero al acuerdo arbitral. (Perfetti, 2018).

A pesar de que la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias es un problema que se presenta frecuentemente en el arbitraje internacional, solo dos de sus principales instituciones ofrecen una guía en dicha materia. Tales instituciones no hacen diferencia alguna entre la situación de signatarios y no signatarios del convenio arbitral. El artículo 22.1 literal h de las reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (London Court of International Arbitration “LCIA”) le otorga al tribunal de arbitraje “*la facultad de ordenar la vinculación de un tercero previa solicitud de las partes, bajo el caso de que el tercero y el solicitante hayan consentido a dicha vinculación mediante manifestación escrita*”. (Perfetti, 2018). Al igual el artículo 4 de las normas suizas de arbitraje internacional adoptadas por las Cámaras de Comercio Suizas permite al tribunal

arbitral “*la vinculación de terceros sin su consentimiento*”. (Perfetti, 2018). Las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del Paris guardan silencio sobre la vinculación de terceros al arbitraje. Para poder resolver entonces sobre la extensión de un pacto arbitral a terceros, la Corte de la CCI aplica el artículo 6 numeral 2 de las reglas. Aplicando este artículo si el demandado no responde la demanda arbitral, o si alguna de las partes eleva uno o varios cuestionamientos referidos a la existencia, validez o alcance del pacto arbitral, la Corte de la CCI puede decidir sin ningún perjuicio de la decisión que vaya a tomar el tribunal arbitral sobre el fondo del asunto, que el arbitraje es posible procederlo si se logra determinar que existe un pacto arbitral. (Perfetti, 2018). En síntesis la ausencia de una regulación concreta de carácter ya sea supranacional o convencional implica que será la normativa interna del país de la sede y su jurisprudencia la que se encargue de permitir la extensión del convenio arbitral a partes no signatarios frente al convenio arbitral. Siendo así el caso también forma parte de la normativa interna del país lo relativo a las sanciones para tales partes.

Cuando se habla de materia arbitral la misma es de naturaleza sustantiva y no procesal en lo relativo a la extensión arbitral a las partes no signatarias, la elección de la ley aplicable es un problema que debe ser definido. Un claro ejemplo es cuando se da un problema de extensión del pacto arbitral a un tercero no signatario y se requiere aplicar la teoría de grupos de compañías, se aplicará la ley francesa y no así la inglesa.

Tanto los tribunales como las cortes nacionales han ido adoptando posiciones diversas en cuanto a la ley aplicable en eventos en los cuales se necesita extender el convenio arbitral a las partes no signatarias. La doctrina señala que es posible identificar dos tendencias principales al respecto. La primera trata eventos en los cuales tanto árbitros como jueces optan por resolver el problema según los principios generales del derecho internacional, teniendo como justificación que en relaciones internacionales es mejor considerar la aplicación de reglas. Dichas reglas se adaptan a condiciones de los mercados internacionales y proveen un justo balance entre la confianza que tienen las empresas sobre el concepto de

personalidad jurídica y necesidades de los comerciantes quienes vienen a ser las víctimas de manipulaciones que puede efectuar una empresa matriz mediante sus subsidiarios.

En cambio la segunda trata el mismo problema aplicando leyes nacionales en materia arbitral. Resuelve la problemática mediante disposiciones nacionales aplicables a cada caso en particular. Un ejemplo sería cuando la Corte Comercial de Londres indicó en el caso Peterson Farms lo siguiente: *“la identificación de las partes de un acuerdo arbitral es una cuestión de derecho sustantivo y no procesal. El Tribunal debe aplicar el derecho seleccionado por las partes”*. (Perfetti, 2018).

Por último es importante mencionar que la posición que adopta la mayoría de ordenamientos jurídicos es que la ley aplicable será la ley a la cual se encuentra sujeta el contrato, evidentemente con las limitaciones propias del principio de autonomía del convenio arbitral o a la ley que gobierna el acuerdo arbitral.

Levantamiento del velo societario para una persona jurídica como parte no signataria frente al proceso arbitral

Al velo societario se lo relaciona con el artículo 14 de la Ley General de Arbitraje de Perú que dice lo siguiente: *“el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”*. (G., 2018).

El levantamiento del velo societario al plantearse dentro de un convenio arbitral, muestra un doble problema, lo que hace complicada aplicar la presente teoría. A diferencia de un caso judicial en donde el juez enfrenta el principio de responsabilidad limitada, en el caso de que exista una cláusula arbitral, la competencia del árbitro va a depender del levantamiento. El árbitro es quien se

declara competente para juzgar ya sea a una empresa o a una persona que no ha suscrito el documento en donde se encuentra derivada la competencia del árbitro.

Existe sin embargo un problema todavía a resolver, debido a que al inicio del arbitraje no se actúan todavía las pruebas, por lo que no se puede saber con exactitud si corresponde levantar o no el velo societario e incorporar a la persona como parte del convenio arbitral. Por esta razón es que los árbitros se ven forzados muchas veces a tomar la decisión de asumir de manera provisional la competencia hasta poder determinar en el laudo arbitral si existen o no los elementos suficientes para proceder al levantamiento societario. Es solo en ese momento en donde se puede ver de manera clara que el árbitro es competente y que él mismo puede relativizar el principio de responsabilidad limitada. No se debe olvidar que el principio mencionado hace alusión a que es un tipo de sociedad mercantil en donde la responsabilidad se limita al capital aportado. En el caso de que se lleguen a contraer deudas, no se responde con el capital personal de los socios. (Asociados, 2018).

Al no ser un caso fácil el tema de las partes no signatarias en el convenio arbitral, es trascendente de mencionar a la jurisprudencia francesa quien es pionera en el tema de extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias, que forman parte del mismo grupo económico. El caso francés es “*Dow Chemical France vs Isover Saint Gobain*”, el cual constituye doctrina principal en cuanto a ésta teoría.

El caso en cuestión trató sobre la inclusión de compañías subsidiarias no signatarias de un convenio arbitral en la parte demandante. Este caso ha sido usado y extendido en varios casos de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) “*no solo para extender el universo de demandantes, sino también para expandir el universo de demandados*” (G., 2018).

La controversia en el presente caso se origina en dos contratos idénticos que vinculan a Dow Chemical AG Suiza y Dow Chemical Europe con Isover Saint Gobain. Los contratos determinan que las controversias o diferencias que surjan respecto de ellos se someterán a arbitraje, a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

Al parecer surgieron diversas controversias entre las partes, y las compañías Dow Chemical Suiza y Europe, como la subsidiaria Dow Chemical Francia y la matriz Dow Chemical Estados Unidos, iniciaron de inmediato un procedimiento arbitral contra Isover Sant Gobain. No obstante, ésta última empresa solicitó una exclusión de la subsidiaria de Francia y matriz de Estados Unidos, debido a que no formaban parte del acuerdo arbitral.

Al hacer un análisis de las circunstancias en las cuales fue celebrado el contrato principal, el Tribunal Arbitral pudo determinar que se demostró de manera fehaciente que la compañía Dow Chemical Company de Estados Unidos era el eje central de la relación contractual que hubo entre entidades del grupo y los diversos distribuidores.

Tomando en cuenta principios tales como unidad y realidad económica, el Tribunal comprendió que el grupo de empresas conformaba una realidad económica única “une réalité économique unique”, y que debía considerar el tribunal arbitral la competencia que tenía sobre todas las partes que estaban designadas. En consecuencia, el tribunal expresó lo siguiente: *“la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debería obligar a las otras sociedades que, por su rol en la celebración, el cumplimiento o la extinción de los contratos en los que se insertan dichas cláusulas, y de conformidad con la voluntad común de todas las partes involucradas en el proceso, parecen haber sido auténticas partes de dichos contratos o haber sido principalmente afectadas por ellos y por las controversias a las que pueden dar origen”*. (G., 2018).

Es decir, que las sociedades del grupo tuvieron una participación activa tanto en la negociación, celebración, ejecución o terminación de los contratos que se

llevaron a cabo. El caso llegó a Corte de Apelación de París, en donde se negó la anulación de la decisión del Tribunal Arbitral, alegando que aunque no hayan suscrito terceras empresas el convenio arbitral ya que se encontraban ante una voluntad única común, el convenio arbitral si les era aplicable.

La Corte de París señaló lo siguiente: *"siguiendo una interpretación autónoma de los acuerdos y documentos intercambiados al momento de su negociación y celebración, los árbitros decidieron, por motivos pertinentes y coherentes y en función de la voluntad común de todas las empresas involucradas, que Dow Chemical France y The Dow Chemical Company (USA) revestían el carácter de partes de dichos acuerdos aunque de hecho no los hubieran suscrito, y que por ende la cláusula compromisoria también a ellas les resultaba aplicable".* (G., 2018).

La Corte, al igual que lo plantea la Ley General de Arbitraje de Perú, para resolver el caso, planteó la distinción en cuanto al concepto de parte del concepto de signatarios. Mencionó que aunque no se firme el convenio, aun así es posible mantenerse como parte.

Otras decisiones de la ICC han desarrollado esta teoría basándose en la misma extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias pero en calidad de demandados, ya que hubo voluntad de tipo fraudulenta al momento que fueron creadas. Un ejemplo preciso tenemos con el caso No. 5103 de la ICC el cual utilizó la teoría mencionada, con el fin de proteger la seguridad de las relaciones comerciales, y dice lo siguiente: *"Las tres sociedades demandantes, luego de la conclusión, ejecución, incumplimiento y renegociación de la relación contractual mantenidas con las demandadas, aparecen, según la voluntad común de las partes, al proceso como verdaderas partes en la totalidad de los contratos. Este análisis se apoya, tanto en forma como en fondo, en una marcada y aprobada tendencia de la jurisprudencia arbitral favorable al reconocimiento,*

en tales circunstancias, de la unidad del grupo. La seguridad de las relaciones comerciales internacionales exige que sea tomada en cuenta esta realidad económica y que todas las sociedades del grupo sean tenidas como responsables solidarias de las deudas de las que se beneficiaron directa o indirectamente en este caso". (G., 2018).

En el caso No. 5721 se reiteró el mismo concepto: asumiendo lo siguiente: *"En resumen, la pertenencia de dos sociedades a un mismo grupo o el dominio de un accionista no pueden ser entendidas, por ellas solas, como razones suficientes que justifiquen de pleno derecho el levantamiento del velo societario. Sin embargo, cuando una sociedad o una persona natural aparece en el centro de las relaciones contractuales vinculadas a un caso particular, conviene examinar con detenimiento si la independencia de las partes no debe ser, excepcionalmente, descartada en favor de un juicio global. Tal excepción será aceptada cuando aparezca una confusión originada por el grupo o por el accionista mayoritario". (G., 2018).*

La figura se puede presentar no solo cuando la vinculación es abierta y evidente, sino también cuando una empresa, suscriptora de un convenio arbitral, forma otras terceras compañías de *"fachada"*, con la finalidad de huir de sus compromisos contractuales, como también del alcance del convenio arbitral, determinando una voluntad de fraude, que no puede ser aceptada por el ordenamiento jurídico.

Muchas de las veces también se dan casos en donde la vinculación no es de manera abierta sino oculta mediante la actuación de testaferros. Sobre el tema, Hilda Aguilar Grieder manifiesta en relación a los procesos arbitrales lo siguiente: *"la interposición de una persona para escapar de sus compromisos o quedar oculta, es un proceso de tipo fraudulento el cual no debe merecer amparo de los árbitros o jueces del Estado". (G., 2018).*

Teorías sobre el desconocimiento del velo societario o sobre conductas alter ego, son aplicadas a situaciones en donde un convenio arbitral es suscrito por una empresa como un alter ego respecto de una persona ya sea natural o jurídica que se encuentra bajo el escudo de la personalidad jurídica de la compañía signataria. La compañía signataria aparece solamente como un testaferro (strawman) que cubre al cerebro de la operación, operando detrás del escudo de su subsidiaria. Un ejemplo que se puede dar es cuando se habla de una persona natural o jurídica es decir una empresa controla otra empresa con varias empresas subsidiarias a quienes utiliza como refugio para guardar en ellas una parte de propiedad o activo del negocio, en perjuicio de los accionistas minoritarios de la empresa holding.

Con el análisis de la doctrina y jurisprudencia mencionada, se llega a la conclusión de que se deben comprobar dos requisitos: un elemento denominado “*objetivo*” y un elemento denominado “*subjetivo*”. El elemento objetivo hace alusión a la presencia de compañías vinculadas que constituyen un mismo grupo económico. El elemento subjetivo hace alusión a una voluntad de fraude común a todas las empresas. (G., 2018).

Al cumplirse los requisitos, se aplica el artículo 14 que fue mencionado anteriormente. Puede darse una participación el momento de la ejecución del contrato o la no ejecución del mismo que con el principio de buena fe no permite que el vinculado se proteja en el hecho de no haber suscrito el convenio arbitral frustrado.

Lo que busca el levantamiento societario junto con la aplicación del artículo 14 no es encontrar un tercero no signatario traer al arbitraje, sino descubrir a una parte que se oculta bajo formas jurídicas que ocultan su verdadera naturaleza.

El objetivo que debe verificarse es la relación entre las compañías o sociedades emplazadas, en el sentido que exista una vinculación entre ellas, para que detrás de cada una de ellas se encuentre la misma, oculta en personalidades distintas. El tribunal arbitral puede requerir pruebas directas las cuales demuestren una real vinculación, pero también puede requerir pruebas indiciarias que siendo aplicadas, lleguen a concluir que la vinculación realmente existe ya sea entre directores o representantes en común, negocios similares desarrollados por ambas empresas, transferencias continuas de activos, etc.

Lo mencionado en el párrafo anterior no es suficiente, pues se debe demostrar también que con dicho vínculo existió una única voluntad fraudulenta con el objetivo de perjudicar a sus acreedores. Es esta voluntad fraudulenta la que consintió en arbitrar y por consiguiente convierte en parte a todas aquellas empresas que actúan bajo esta voluntad. Estos elementos son descritos por la doctrina la cual menciona sobre el grupo de empresas. Adicionalmente a una realidad económica única y el ejercicio de un control absoluto sobre las empresas subsidiarias, debe existir un elemento de intención de mala fe o fraude contra una norma legal.

El actuar general de las Cortes es ir detrás de la personalidad jurídica de las empresas y dirigirse contra los miembros o socios individuales de la misma. Ignorar la personalidad autónoma de cada empresa, en favor de la unidad económica formada por un grupo de empresas que se encuentran asociadas.

Se hace la siguiente pregunta, ¿una parte no signataria del convenio arbitral puede ser obligada a participar en un proceso arbitral? para responder la misma se debe mencionar el perforamiento del velo societario o hablar del alter ego. Lo que hacen las Cortes y Tribunales de Estados Unidos es ponderar el nivel de afinidad que existe entre la empresa matriz y sus subsidiarios y de esta manera justificar

el perforamiento que se da del velo societario, considerando de esta forma a una empresa responsable, legal y contable, por las acciones de otra.

Aun así la relación matriz y subsidiaria no es suficiente para obligar a un tercero no signatario a arbitrar, las Cortes y Tribunales de Estados Unidos han perforado el velo societario cuando una empresa matriz es la que domina y controla de manera total a sus subsidiarias con el fin de cometer fraude u otra ilegalidad. Entonces, una empresa no signataria que considerada alter ego de una empresa afin, la cual sí llegó a firmar un convenio arbitral, puede ser incluida en un proceso arbitral que trate sobre demandas contra su alter ego. (G., 2018).

Es la propia voluntad de las partes la cual interpretada de manera correcta por el tribunal arbitral o el árbitro dependiendo sea el caso, la que justifica el velo societario. Es así entonces que una parte que no es signataria del convenio arbitral debe ser sometida a la obligación de arbitral cuando la otra parte pretenda de una manera razonable que su conducta ha sido fraudulenta, con el objeto de confundir a la parte demandante o simplemente con el objeto de evadir la responsabilidad de la demanda suscriptora frente al demandante en materia de identidad o del estatus de la empresa obligada por la operación que es materia de la controversia en cuestión.

Tratando entonces de la voluntad fraudulenta y tomando en cuenta que las empresas que forman parte del grupo son en realidad “*alter ego*” de una de ellas o de todas a la vez. El objetivo es que se desestime el principio conocido como responsabilidad limitada de cada sociedad, ya que forman parte bajo el principio de buena fe y de acuerdo a la realidad económica, forman parte de una entidad. Por el contrario, todas ellas asumen de manera solidaria las obligaciones de todas las empresas. En consecuencia, si se cumplen los elementos objetivos y subjetivos ya analizados, es viable que una persona o una empresa pueda ser incluida bajo el análisis del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje como

demandante o demandado en un arbitraje bajo la aplicación de la teoría del levantamiento societario. (G., 2018).

A la teoría denominada “*alter ego*” se la encuentra desarrollada en la jurisprudencia norteamericana. Al vincular una empresa a un convenio arbitral, el mismo que ha sido suscrito por otra empresa de su mismo grupo, se debe mencionar que se necesita de la existencia de una unidad de titularidad e intereses entre las empresas así como también del uso de la separación jurídica formal entre las empresas de manera abusiva o fraudulenta en el caso concreto. El hecho entonces de no desestimar la división de personería jurídica entre tales empresas obtendría como resultado una injusticia para el caso concreto.

Según la autora Dione Sol Meruane Osorio, en su texto “*la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en el arbitraje comercial internacional*”, menciona lo siguiente: “*la teoría del levantamiento del velo societario se aplica para extender los efectos de un acuerdo arbitral a una parte no signataria, cuando ésta es, en realidad el alter ego de la firmante, dándose así preeminencia a la realidad económica subyacente*”. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

A diferencia de la teoría de grupo de sociedades, esta teoría más que investigar cuál es el comportamiento de las empresas que pertenecen al grupo para deducir su consentimiento, trata el fenómeno donde una parte no signataria usa a una parte signataria como un vehículo para la relación mercantil. Se encuentra entonces frente al uso de una sociedad por parte de otra, en donde la sociedad que está siendo utilizada tiene el carácter de “*pantalla*”, buscando de esta manera, evitar responsabilidades que normalmente le corresponden. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

Para el levantamiento del velo corporativo en relación a la cláusula arbitral, es suficiente para extender dicha cláusula concluir que la personalidad jurídica está

siendo usada como pretexto para evadir la justicia sustantiva, real y material. Dado que dicha hipótesis es muy genérica y todavía muy discutible, la doctrina ha ido incluso más lejos mediante casos concretos sentando los fundamentos de la nueva institución en dos conceptos básicos: evitar el fraude y controlar el abuso del derecho.

Uno de los casos típicos que ha sido aplicado la doctrina tomando provecho del velo societario, es cuando el socio pretende quedar inmune frente al incumplimiento de algunas obligaciones societarias que son fundamentales. Esto se da cuando por ejemplo un accionista pretende burlar los derechos de preferencia en el caso de transferencia de acciones sociales, usando de esta manera una tercera sociedad de su grupo económico. La sociedad usada no es más que un “*alter ego*” o un “*instrumento*” de quien está cubriéndose con el velo societario para así defraudar los derechos de la sociedad misma, de otros socios o de terceros, y en consecuencia es justo descorrer dicho velo para apreciar la situación de la manera más honesta y adecuada a la intención estatutaria, salvando la buena fe y la honestidad que se deben tener los socios o contratantes. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

Por otro lado, hay que tener muy en cuenta que la teoría que está siendo analizada es de carácter excepcional ya que, si llegamos a generalizar, implicaría la destrucción de la sociedad anónima como persona jurídica, lo que significa en la práctica la destrucción de la forma societaria de responsabilidad limitada, con todos los resultados que ello implica para el sistema económico liberal-capitalista el cual predomina en nuestros tiempos de la actualidad. Por lo tanto, las razones para tratar el velo societario tienen que ser muy graves y específicas. A continuación, se analizan las razones por las cuales se puede proceder a levantar el velo societario.

Quienes asumen la responsabilidad y acción frente al levantamiento societario para una persona jurídica como parte no signataria frente al proceso arbitral

Al tratar el tema sobre la responsabilidad y la acción frente al levantamiento societario para una persona jurídica, se debe hablar sobre el levantamiento societario, ya analizado en párrafos anteriores. Al ser una teoría aplicada principalmente por el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, se presenta en casos en donde entre dos o más personas jurídicas existe una comunidad de intereses de manera estrecha, de tal forma que la separación jurídica entre las mismas resulta de cierto modo abusiva en relación con el negocio jurídico del cual se trate.

Normalmente, aunque no con un carácter de tipo exclusivo, el alter ego se presenta en la relación de tipo subsidiario en donde la vinculación entre ambas personas ya sean naturales o jurídicas es tan estrecha que una de las compañías debería ser responsable por las acciones de la otra. Para llegar a estas conclusiones en la práctica se utiliza mucho la figura del levantamiento del velo corporativo. De acuerdo a la jurisprudencia estadounidense no es suficiente que haya la mera existencia de una relación corporativa entre las sociedades en mención para poder extender la cláusula arbitral a la sociedad no signataria. Al contrario, debe hacer una verdadera conexión práctica entre ambas sociedades.

En relación con la doctrina del levantamiento corporativo, el autor Roque Caivano ha recopilado varios criterios que son considerados por los tribunales de Estados Unidos. (López A. V., La cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013). Estos criterios son los siguientes:

- *“La existencia de un fraude o el completo dominio o autoridad de la sociedad controlante, que lleve a confusión a los terceros”.*

- *Conductas o circunstancias que impliquen un virtual abandono de la separación de sus identidades societarias, tales como: (a) que la subsidiaria no tiene cuentas bancarias, oficinas, ni papelería, no realiza transacciones ni tiene actividad, o (b) que la controlante y la subsidiaria comparten oficinas y personal, tienen los mismos directores, mezclan fondos y no se consideran como unidades de ganancia separadas.”*

De lo mencionado en el párrafo anterior se puede observar que para que sea posible el levantamiento del velo corporativo y que en consecuencia la cláusula arbitral pueda extenderse a la parte no signataria, se necesita que se den circunstancias que tengan ya sea connotación fraudulenta o que las sociedades se presenten como independientes pero en la realidad no lo sean.

En un sentido parecido, el autor Richard Martin menciona dos situaciones donde los tribunales han admitido que se extienda el velo corporativo para vincular a una empresa no signataria al convenio arbitral: la primera situación hace alusión a cuando el grupo de empresas comete o intenta cometer un fraude u otra conducta reprochable. La segunda situación es cuando la empresa principal controla todas las actuaciones de la empresa subsidiaria la cual firmó el convenio arbitral. (Osorio, Universidad de Chile, 2018). En otras palabras, la primera situación hace alusión a una conducta fraudulenta, contraria a la ley o abusiva que afecta a terceros de parte de la sociedad controladora, y que se realiza mediante la sociedad que hace de alter ego. Mientras que en la segunda situación se necesita un fuerte grado de control de parte de la sociedad principal sobre la sociedad alter ego, el cual se manifiesta mediante una serie de circunstancias que implican el abandono de la separación de ambas sociedades. A continuación, se hará un análisis más profundo de las mismas.

Existencia de fraude o abuso que afecte a terceros: el ordenamiento jurídico permite la formación de sociedades con el objetivo de limitar la responsabilidad

de sus creadores. Con esto, se permite favorecer a los socios quienes obtienen beneficios, sean patrimoniales o no. También se les permite desarrollar actividades en su objeto social. No obstante, no se les permite usar la persona jurídica como una “*máscara*” en perjuicio de terceros, evitando de esta manera obligaciones ya sean de tipo contractual, tributaria, laboral o civil. El derecho no puede amparar conductas ilícitas, abusivas y que vayan en perjuicio de terceros. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

Para que se cometa el fraude a la ley se necesita que la conducta voluntaria de la persona sea realizada con el único fin de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito. La persona que lo realizado busca burlar a la norma mediante otras formas de prestar apoyo aparente de legalidad. El fraude se relaciona con el abuso del derecho, el mismo que se produce cuando se actúa más allá de los límites establecidos por el derecho, o es usado con el fin de perjudicar a terceros.

Al tratar la teoría del levantamiento del velo societario, la sociedad principal debe usar a su “*alter ego*” para fines ilícitos, con el propósito de evitar algunos efectos poco beneficiosos para sí, y perjudicar a terceros.

La Cámara de Comercio Internacional ha mencionado que el levantamiento del velo corporativo es necesario y permisible sólo si la compañía originalmente responsable se encuentra incapacitada para cumplir con sus obligaciones debido a la insuficiencia de activos o recursos financieros. Solo en estos casos se puede considerar como un abuso de derecho de los individuos detrás de la compañía el usarla como un escudo para proteger sus activos personales. (Osorio, Universidad de Chile, 2018). Esto significa que cuando una compañía usa a otra para fines de tipo abusivo y fraudulento, dañando de esta manera a terceros, los jueces ignoraran que existe la persona jurídica para ir más allá de las formas legales y encontrar a los verdaderos responsables de la operación.

Control de la empresa principal sobre la sociedad “alter ego” que implica un abandono de la separación de sus identidades societarias: para establecer si una empresa es el “alter ego” de alguna de sus compañías subsidiarias, se analiza el grado de control ejercido por la matriz sobre la subsidiaria. Es de esta manera que el control necesario para considerar que se está en presencia de un “alter ego” va más allá del mero control accionario, ya que es necesario que exista una completa dominación en términos de capital, finanzas y políticas de negocios, etc. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

Por lo tanto, el control que ejerce la empresa principal sobre el alter ego es muy fuerte y lleva una situación que en la práctica, la sociedad alter ego depende de la principal, a tal punto que no puede existir la misma sin su intervención. Existen algunos elementos usados para explorar el contexto de las relaciones matriz-subsidiaria dentro del caso alter ego, siendo los siguientes: tienen directores comunes, departamentos de negocios comunes, consignan estados financieros consolidados, la matriz financia a la subsidiaria, paga los salarios y expensas de la misma, la subsidiaria no recibe negocios diferentes a los que son otorgados por la matriz, la matriz usa las propiedades de la subsidiaria como propias, etc.

Todos estos elementos se agrupan en cuatro supuestos en donde procede el levantamiento del velo corporativo: descapitalización de la sociedad en su formación y durante su vida, incumplimiento de formalidades corporativas como inexistencia de gerentes, directores, archivos o registros o no repartición de dividendos, desvío de fondos de la subsidiaria hacia la matriz o sus accionistas, reconocimiento de la personalidad jurídica independiente vulnera el orden público o protege a alguien de responsabilidad criminal.

En síntesis, al hablar de la extensión de los efectos de una cláusula arbitral a un tercero no signatario, adoptando la teoría del levantamiento del velo corporativo, es necesario que existan dos sociedades, una que domine a la otra de manera casi extrema, eliminando de cierta forma la separación de ambas personalidades jurídicas, siendo la sociedad dominada un alter ego de la controladora. Es además

necesario que se use al alter ego para conseguir fines ilícitos los cuales perjudiquen a terceros.

Un ejemplo claro se da cuando tanto las negociaciones como la celebración del contrato que contiene un convenio arbitral se lleva a cabo con una empresa determinada (X) pero en realidad era otra empresa (Z) quien controlaba los actos de (X) y la usaba para escapar de algunos fines, cumpliendo los requisitos y circunstancias analizados por el árbitro, (Z) es vinculada al arbitraje.

La autora Aguilar Griede, habla del levantamiento del velo corporativo y menciona lo siguiente: *“no se cuestiona la institución de la persona jurídica, sino que evita los abusos e injusticias que la misma produzca cuando se aparte de la finalidad para la cual ha sido concedida.”* (López A. V., La cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013).

En el mismo sentido, la Cámara de Comercio Internacional de Paris en el caso N° 3879 del año 1984, aplicó la teoría del levantamiento del velo corporativo para que de esa manera, se puedan vincular sociedades determinadas quienes no venían formando parte del convenio arbitral, es decir eran empresas no signatarias, fundamentando en su decisión lo siguiente: *“La equidad en concordancia con los principios de Derecho internacional, permite que pueda alzarse el velo corporativo, a efectos de proteger a terceros de un abuso que pudiera causarse en detrimento suyo”*. (López A. V., La cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013). Se puede verificar que la teoría de levantamiento del velo corporativo surge como un remedio para el abuso del derecho y consecuentemente su protección a terceros.

Juristas como Bullard González relacionan el levantamiento del velo corporativo con la teoría del *“grupo de sociedades”*. Sin embargo el criterio según el autor es más acertado relacionarlo con la teoría del *“alter ego”*, debido a que para el levantamiento del velo no es suficiente la mera existencia de una relación

corporativa entre sociedades, sino que debe existir además un abuso hacia la persona jurídica. (López A. V., La cláusula arbitral a partes no signatarias , 2013).

Al hablar de la teoría “*grupo de sociedades*”, se la conoce también bajo el nombre de “*teoría de la unidad del grupo económico*”. Esta teoría presenta varias similitudes en relación a la teoría de aceptación tácita y la del álter ego. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia la han delimitado considerándola como una teoría completamente aparte estableciendo así sus propias características.

Dicha teoría menciona que las sociedades a las que se pretende hacer extensiva la cláusula arbitral forman parte de un grupo de sociedades al momento que se concluyó el negocio jurídico, es decir el contrato, aunque cuando se entabló el litigio, las mismas hayan dejado de serlo. Además, es trascendental que tal grupo de sociedades guarde una vinculación estrecha y estricta. Además de pertenecer a un mismo grupo de sociedades, las sociedades no signatarias del convenio arbitral deben tener una participación efectiva en la relación contractual que está siendo objeto de litigio, bien sea en la fase de negociación, ejecución o terminación. (López A. V., La cláusula arbitral a partes no signatarias, 2013).

Uno de los casos para el análisis de la presente teoría es el caso ya analizando anteriormente, Dow Chemical v Isover Saint Gobain. El Tribunal Arbitral es conformado por los profesores Pieter Sanders quien es el presidente, Berthold Goldman y Michael Vasseur. Las partes demandantes son Dow Chemical de Francia, Estados Unidos, Suiza y Europa. El demandado es Isover Saint Gobain de Francia. El caso a analizar es sobre el grupo de compañías. (Colonia, 1982).

El tribunal determinó que las empresas subsidiarias de Dow Chemical eran miembros de un mismo grupo de sociedades, debido al papel que desempeñaron tanto en la celebración, ejecución y rescisión de los contratos que tenían la cláusula arbitral. Consideraron quienes eran las verdaderas partes, obteniendo como resultando la extensión de la cláusula arbitral a tales empresas. Existen varios casos de la Cámara de Comercio Internacional en donde tribunales

arbitrales determinan que la cláusula arbitral firmada por la casa matriz es extensiva a sus subsidiarios.

La Corte de apelación en París rechazó la falta de competencia de los árbitros que dieron su juzgamiento el 21 de Octubre de 1983. La Corte consideró *“inter alia”* (entre otros) lo siguiente: *“los árbitros por buenas razones han observado que la ley aplicable para determinar el alcance y efectos de una cláusula arbitral que está contemplada para arbitraje internacional no necesariamente coincide con la ley aplicable que merita para la discusión”* (Colonia, 1982).

Siguiendo una interpretación autónoma del acuerdo y de los documentos que fueron intercambiados el momento de su negociación y terminación del contrato, los árbitros por pertinentes y no contradictorias razones, decidieron, en concordancia con la intención común de todas las compañías involucradas que, Dow Chemical Francia y la Compañía de Dow Chemical son partes en estos acuerdos aunque ellos no fueron en realidad quienes firmaron y que sin embargo, la cláusula arbitral era aplicables a ellos.

Los árbitros también de manera subsidiaria, refirieron la teoría conocida como *“grupo de sociedades”*, la existencia que según el acuerdo internacional no fue en realidad contestado por la parte demandada. El tribunal arbitral hasta ahora, ha justificado su competencia y la objeción que decidieron en la ausencia de un acuerdo arbitral.

En relación a los hechos a mencionar sobre el presente caso se presentarán a continuación. En el año de 1965, Dow Chemical (Venezuela), inscribió un contrato con la Compañía Francesa “Boussois-Isolation”, quienes derechos y obligaciones eran subsecuentemente asignados a Isover Saint Gobain, para la distribución en Francia de equipo de aislamiento térmico. Dow Chemical (Venezuela) subsecuentemente asignó el contrato a Dow Chemical A.G (demandante N°3), un subsidiario de la Compañía Dow Chemical (demandante N°1).

En 1968, se presenta un segundo acuerdo de distribución en Dow Chemical Europa (Demandante N°4), un subsidiario de Dow Chemical A.G., con otras 3 compañías (incluyendo Boussois-Isolation) quienes derechos y obligaciones fueron después asignados a Isover Saint Gobain (demandado) para la distribución esencialmente de los mismos productos en Francia.

Tanto los acuerdos de 1965 y 1968, que contenían de acuerdo a la Cámara Internacional de Comercio cláusulas arbitrales, proporcionando que las entregas podían ser hechas por Dow Chemical France o cualquier otra subsidiaria de la Compañía de Dow Chemical. Dow Chemical France efectuó las entregas contempladas en los contratos.

Algunas acciones que no están descritas en el fallo provisional fueron presentadas ante las Cortes francesas, en contra de las compañías del grupo de Dow Chemical, en relación a las dificultades de conexión con uno de sus productos conocido como *“compañero de cuarto”*

En la base de la cláusula arbitral contenida en los contratos con Dow Chemical A.G, y Dow Chemical Europa (demandantes N°3 y N°4) los demandantes instituyeron procedimientos arbitrales contra el demandado alegando que el mismo solo era responsable de los daños producidos por el uso de su producto *“compañero de cuarto”* en Francia.

El demandado presentó dos objeciones preliminares, formuladas según los términos de referencia firmadas por las partes.

Se hace la siguiente pregunta: ¿el tribunal tiene la competencia para dictar un fallo entre Dow Chemical Francia y la Compañía Dow Chemical por el un lado y Isover Saint Gobain por el otro?

En el caso de que el tribunal arbitral no tenga jurisdicción respecto a Dow Chemical France y la Compañía de Dow Chemical (los dos primeros demandantes), entonces ¿debería no rechazar la demanda de Dow Chemical A.G. y Dow Chemical Europa (los demandantes N°3 y N°4) por razones de falta de

interés directo en la causa de acción? En francés: ¿à raison de ce qu'elles invoquent un préjudice qui ne serait qu'éventuel?

Fue decidido en una audiencia preparatoria que el tribunal arbitral debería emitir un fallo preparatorio sobre estas dos preguntas.

A continuación se analizará el contenido del extracto del laudo arbitral. Primeramente se tratará la terminación de los contratos para posteriormente tratar la teoría del grupo de sociedades. En cuanto al primer tema, el caso con respecto a la conclusión y actuación de los acuerdos de distribución, Dow Chemical Francia jugó un importante rol en la terminación de contrato de 1968, demostrando así que todos estos factores permitieron llegar a la conclusión que, Dow Chemical France era una parte en cada uno de estos contratos y, consecuentemente, parte de la cláusula arbitral contenida en dichos contratos.

La misma conclusión debería ser alcanzada con respecto a la Compañía de Dow Chemical (Estados Unidos) por razones de su propiedad de la marca registrada según la cual los productos eran comercializados, y su absoluto control sobre sus subsidiarias quienes eran involucradas directamente. O pudo alcanzarse la misma conclusión sobre los contratos que estuvieron involucrados en la conclusión, actuación o terminación de los acuerdos de distribución en litigio.

Tomando en consideración que el demandado adoptó la misma posición en su escrito con fecha 01 de julio de 1980 antes que la Corte de Apelación de París, en apoyo de su moción por la unión obligatoria de la Compañía de Dow Chemical (Estados Unidos)

El demandado menciona lo siguiente: *“mientras que la Compañía de Dow Chemical, dueño de las patentes y organizador de la manufactura y distribución de su producto “compañero de cuarto”, decidido y pensado las modalidades de manufactura y distribución de dicho producto, compromete de este modo su directa responsabilidad”*. (Colonia, 1982).

Considerando que en las circunstancias de este caso, la aplicación de las cláusulas arbitrales de la Compañía de Dow Chemical (Estados Unidos) puede también estar justificada, por el hecho que los contratos contienen la preocupación de esas cláusulas, en el contexto de un grupo de compañías, la sociedad matriz y algunas de sus subsidiarias. El mismo hecho puede justificarse, si es necesario, para la aplicación de la cláusula arbitral de Dow Chemical Francia.

Ahora bien, en segundo lugar, se trata sobre el grupo de compañías. Teniendo en cuenta que es indiscutible, la Compañía de Dow Chemical (Estados Unidos) tiene y ejerce absoluto control sobre sus subsidiarias teniendo las firmas en los contratos relevantes, o como Dow Chemical Francia, efectivamente e individualmente participó en su conclusión, actuación y terminación.

Considerando independientemente la identidad distintiva jurídica de cada uno de sus miembros, un grupo de compañías constituye una realidad económica (une réalité économique) de la cual el tribunal arbitral debe tomar en cuenta cuando norma sobre su propia jurisdicción sujeta al artículo 13 (versión de 1995) o artículo 8 (versión de 1975) de las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

Observando en particular que, la cláusula arbitral especialmente aceptada por alguno de las compañías del grupo debe atar las otras compañías quienes, por virtud de su rol en la conclusión, actuación y terminación de los contratos que contienen dicha cláusula, y conforme con la mutua intención que procedió de todas las partes, parece que han estado verdaderas partes en estos contratos o que han estado principalmente preocupados por estos y las controversias que pudieron haberse dado.

Teniendo también en consideración que la Cámara de Comercio Internacional ya ha pronunciado este efecto. La decisión de éste tribunal progresivamente crea jurisprudencia que debió haberse tomado en cuenta, porque saca conclusiones desde la realidad económica y conforma las necesidades del comercio internacional. Tales necesidades obedecen a reglas específicas del arbitraje internacional, las cuales elaboradas sucesivamente deben responder.

Tomando en cuenta que es verdad que en otro fallo arbitral (Caso N° 2138 del año 1974, Periódico de Derecho Internacional 1975.934), el tribunal arbitral rechazó extender una cláusula arbitral firmada por una compañía hacia otra compañía del mismo grupo. Sin embargo, al hacerlo se basó en el factor “que si no estaba establecida la compañía x” (donde el tribunal había determinado ninguna parte signataria al contrato), hubiera aceptado la cláusula arbitral si hubiera firmado el contrato directamente.

Considerando que en la ausencia de dicha demostración, el tribunal no permitió la aplicación de la cláusula arbitral, pero en el presente caso, las circunstancias y los documentos analizados sobre muestra que dicha aplicación conforma la mutua intención de las partes.

Considerando finalmente que en un asunto directamente conectado con los problemas litigados en el presente arbitraje, la Corte de Apelación de París el 05 de febrero de 1982 celebró que la falta de jurisdicción al escuchar la moción de Isover Saint Gobain para la unión obligatoria no solo de Dow Chemical Europa (quien firmó el contrato de distribución de 1968) sino también de la Compañía de Dow Chemical (Estados Unidos) y “*referido Isover Saint Gobain a la propia jurisdicción del tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de París*”. En orden de justificar esta decisión, la Corte de Apelación declaró “que Isover Saint Gobain no puede discutir el hecho de que la litigación está pendiente y que el reclamo en contra de la Compañía de Dow Chemical y Dow Chemical Europa en sus relaciones “*inter se*” (junto) al flujo directo de los dos contratos (1965 y 1968)

La misma decisión de la Corte alcanzó una decisión en los méritos de Dow Chemical Francia. Sin embargo, en el caso, la compañía mencionada fue demandada en los terrenos de responsabilidad. No fueron invocadas las cláusulas arbitrales y no se discutió sobre la jurisdicción.

Como conclusión se puede mencionar que es apropiado para el tribunal asumir jurisdicción sobre el reclamo no solo por Dow Chemical (Zurich) y Dow

Chemical Europa, sino también por la Compañía de Dow Chemical (Estados Unidos) y Dow Chemical Francia.

El tribunal contradice cualquier regla internacional de política pública en particular del sistema legal francés. El supuesto no está basado en ningún principio ni contiene alguna regla de dicho prestigio, que pudiera prohibir dar una cláusula arbitral implicando de esta manera compañías que son legalmente distinguidas pero que forman parte del grupo de compañías. Dicho alcance fue atribuido por el fallo arbitral. Al contrario, tomando en cuenta el alcance de este resulta, las necesidades del comercio internacional en donde las reglas de arbitraje internacional deberían ser receptivas. El tribunal arbitral permite el ejemplo de Francia como jurisprudencia el cual expresa que dicha referencia fue hecha en el reporte del Primer Ministro explicando las razones del Decreto de Mayo 12 de 1981. (Colonia, 1982).

Se ha analizado el análisis del caso con origen francés y también la teoría del levantamiento del velo societario o corporativo. Desde el punto de vista del grupo de sociedades y del alter ego, se observa que en ambos casos, las empresas que vienen a ser terceros no signatarios del convenio arbitral, en algún punto vienen a intervenir en el negocio jurídico teniendo como consecuencia que se extienda el convenio arbitral a dichos terceros. En consecuencia se hace la siguiente pregunta: ¿Quién asume la responsabilidad y quién tiene el derecho de acción para ir a juicio, en este caso a instancia arbitral?.

Al producirse el efecto de extensión del velo societario a la parte no signataria del convenio arbitral, se entiende que la compañía alter ego o la compañía subsidiaria le son aplicables los mismos efectos que la compañía principal, y estos efectos son aquellos que se encuentran en la ley. Es decir, que tanto para la empresa subsidiaria como para la empresa principal le son aplicables las mismas sanciones ante la ley, por lo tanto, ambas empresas vienen a ser responsables para comparecer en un proceso arbitral. Se aplica el siguiente principio *“lo accesorio sigue la suerte del principal”*. Este principio se lo encuentra en el ámbito

contractual entendiéndose así por ejemplo que la compañía principal va a controlar los actos de la subsidiaria y que ésta no existe sin la compañía principal. Entonces, ambas empresas vienen a tener una personalidad jurídica la cual se la entiende como una sola.

Ahora bien, el tema sobre quien puede accionar frente al levantamiento societario para una persona jurídica como parte no signataria frente al proceso arbitral se lo analiza de la siguiente manera. Muchas empresas utilizan a otras empresas como subsidiarias para evitar algunos fines ya sean que son pocos beneficios para sí y perjudican a terceros. El objetivo del levantamiento del velo societario es proteger a terceros de un abuso el cual pueda causar daño a estos. Entonces quien tiene la acción para presentar ante un árbitro y solicitar el desarrollo del proceso arbitral, aunque no haya formado parte del convenio arbitral viene a ser el tercero que está involucrado en el negocio jurídico. Si bien se considera que el mismo no forma parte del convenio arbitral, sin embargo el mismo está siendo perjudicado por las empresas matrices y subsidiarias quienes se están aprovechando y afectando a la misma.

Ahora bien, se hace la siguiente pregunta: ¿el árbitro tiene la competencia para resolver dicha controversia del tercero no signatario, a pesar de que éste no lo ha elegido en un comienzo para resolver dicha controversia? Esta pregunta es el punto de partida del estudio que se ha venido analizando a lo largo de estos capítulos y el mismo seguirá su desarrollo en el siguiente y último capítulo a analizar.

CAPITULO III: EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS EN EL PROCESO ARBITRAL

Límites que presenta el convenio arbitral para ser considerado válido dentro del proceso arbitral

Es importante no olvidar que dentro del arbitraje, se presentan varias características básicas las cuales serán desarrolladas en este acápite a continuación. Como es de conocimiento general, el convenio arbitral es un acto jurídico complejo el cual se configura mediante un contrato, con la finalidad de producir efectos procesales. Por lo tanto, contiene una naturaleza híbrida la cual se encuentra conformada por elementos dispares. Trasciende de un simple acuerdo entre las partes por medio del cual las mismas deciden someterse a arbitraje. El acuerdo contiene un cierto número de cláusulas, plazos y condiciones, reglas propias del proceso arbitral, especificación de la clase de arbitraje que se va a desarrollar, número de árbitros, formas de designación, probable renuncia expresa posible a la apelación o anulación del laudo arbitral, garantías y requisitos que son obligatorios para solicitar la anulación del laudo, facultades determinadas especiales para los árbitros, plazos específicos para dictar la renuncia o la renuncia expresa a ciertos actos procesales. (Rozas, Estudios de Arbitraje, 2006).

Por lo general, las leyes de arbitraje no se suelen extender respecto al contenido del convenio arbitral. Existen requisitos mínimos, como por ejemplo que las partes deben manifestar su voluntad de manera inequívoca para recurrir a arbitraje. Estas características que son especiales del convenio arbitral permiten de cierto modo afirmar a cierto sector doctrinal una doble naturaleza, materia y procesal. El carácter procesal no suscita especiales controversias sin embargo al ser fruto de la voluntad de las partes quienes se vinculan de manera recíproca, su existencia y validez intrínseca plantea problemas similares a los de cualquier acuerdo o cláusula contractual tales como capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, entre otras. Le son aplicables las reglas de

los contratos, debido a que el convenio arbitral es considerado un contrato como cualquier otro.

Es decir, el origen del convenio arbitral es la autonomía de la voluntad, la cual se la entiende como *“aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades”* (Rozas, Estudios de Arbitraje, 2006). El objeto es procesal y significa: *“las partes pretenden excluir la competencia de los tribunales judiciales e investir a uno o más árbitros con la autoridad para decidir y ello únicamente puede realizarse a través de normas de carácter adjetivo”*. (Rozas, Estudios de Arbitraje, 2006). Esta doble naturaleza explica la diversidad que existe entre las normas que concurren en su regulación, siendo normas materiales y procesales. Las normas materiales son las que determinan las condiciones de eficacia del acuerdo y se incluyen integralmente en el derecho de los contratos. Las normas procesales en cambio son las que determinan los efectos procesales del acuerdo, es decir, su alcance derogatorio de la competencia de los tribunales judiciales y de atribución de competencia a los árbitros. No obstante, la diferencia mencionada debe ser objeto de un mayor equilibrio porque existe una separación de carácter estricta entre efectos positivos, materiales y procesales, y efectos negativos los cuales solo poseen alcance procesal que derivan de su ámbito de aplicación, objetivo y subjetivo como de sus normas reguladoras.

Mientras que los efectos positivos pertenecen estrictamente al ámbito contractual, los efectos negativos los cuales tratan sobre la exclusión de la competencia judicial del Estado para conocer un determinado asunto, caen en el ámbito procesal del Estado cuyos tribunales de justicia pierden competencia. Esta situación es la que para efectos del desarrollo de un procedimiento arbitral ágil y efectivo debido a su naturaleza jurídica, implica varias trabas por medio de las partes cuando una de ellas decide poner en práctica todas las prácticas dilatorias posibles.

El momento que las partes pactan un arbitraje, su ánimo no se basa en el desacuerdo sino al contrario. Si el convenio arbitral se inserta en un contrato, el

punto de inicio es el normal cumplimiento del mismo y dejando lejos las probabilidades de llegar a un proceso contencioso que se deriva de su aplicación o interpretación. Sobresale por lo tanto el propósito de evitar cualquier tipo de confrontación, pactándose así la cláusula dentro de un entendimiento de voluntades coincidentes.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la sentencia de la Corte Constitucional con fecha 31 de enero del 2001, puso de relieve una nota característica al arbitraje mencionando lo siguiente : *“los sujetos en controversia o que prevean que pueden llegar a estarlo, determinen autónoma y voluntariamente que su diferencia no será decidida por el Estado a través de sus jueces, sino por un particular a quien ellos le reconocen el poder y la competencia para resolver sus desavenencias poder habilitante de las partes”*. (Rozas, Estudios de Arbitraje, 2006) De acuerdo a la referida nota de la sentencia emitida por el Tribunal Colombiano, el arbitramento adquiere su condición de mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ya que son las partes quienes de manera voluntaria deciden no hacer uso del aparato de justicia del Estado.

En consecuencia, el arbitraje solo se pone en marcha cuando se trata de manera inequívoca la voluntad de las partes en someterse a este tipo de procedimiento de arreglo de conflictos. El hecho de incluir una cláusula de arbitraje en un contrato da como resultado una presunción de que la intención de dichas partes fue la de establecer un mecanismo de tipo eficaz para así solucionar los litigios previstos en la misma. Tal elección no priva de ninguna manera a las partes de las garantías que les ofrece la organización de la justicia por parte del Estado, sino que tales garantías son reemplazadas por otras. Por ello se da la ausencia de cualquier clase de ambigüedad o indeterminación en la voluntad de las partes para someterse a arbitraje conforme una condición *“sine qua nom”*. De esta forma, los árbitros se sienten inmersos de competencia plena para resolver la controversia.

En la voluntad inequívoca debe tenerse mucho en cuenta que la interpretación de la cláusula de arbitraje por el árbitro tiene carácter estricto, el cual se reitera muchas veces en prácticas arbitrales. Es así que la voluntad de las partes de

someterse a arbitraje es una de los elementos más importantes el momento de analizar el incumplimiento que se ha dado y dictar el laudo arbitral correspondiente.

En el laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional con N° 4.392 del año 1983 dice lo siguiente *“en caso de duda, los acuerdos relativos al arbitraje solo permiten una interpretación restrictiva, y deben atenderse, en primer lugar al texto. Ya que la intención de una parte de someterse a un juez distinto al juez estatal, es decir a un juez que en sí mismo es incompetente, debe manifestarse claramente. La aplicación de un convenio expreso relativo al arbitraje, tendría como efecto restringir los derechos garantizados a las partes para recurrir ante los Tribunales Estatales, y no resistiría la interpretación restrictiva de los convenios relativos al arbitraje aun cuando los dos contratos se encontrasen reunidos en un mismo contexto”*. (Rozas, Estudios de Arbitraje, 2006).

Cuando se produce una controversia y se recurre a arbitraje, la puesta en marcha del convenio arbitral pactado ofrece complejidad porque muchas veces se presentan intereses opuestos, incluso desconfianza entre ellos. Es común que una de las partes a pesar de haber pactado de manera libre acudir a arbitraje, se niegue a someterse al mismo realizando acciones ante la jurisdicción ordinaria, o incluso si se llega a acudir a arbitraje, no esté dispuesto a ejecutar el laudo arbitral, si éste no se acomoda a sus peticiones.

La determinación de la voluntad de las partes se complica cuando en el contrato existen cláusulas contradictorias. Un ejemplo es el caso de Venezuela la Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia con fecha 05 de mayo del 2005 en el caso *“Inversiones 225 S.A/ Desarrollos del Sol C.A”*. La parte demandada opuso la cláusula arbitral mediante la excepción previa de falta de jurisdicción la cual había sido ya declarada sin lugar. El Tribunal Supremo de Justicia consideró la necesidad de determinar si del contrato se evidenciaba la intención de las partes de someterse a arbitraje de forma inequívoca, indiscutible y no fraudulenta. La cláusula 13 establecía lo siguiente: *“Las partes expresamente convienen en que las eventuales controversias que se*

susciten en relación con este contrato, su existencia, ejecución, interpretación, terminación y cualesquiera otra, deberán ser resueltas definitivamente mediante arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, y supletoriamente de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje Comercial. El Tribunal arbitral estará compuesto por un único árbitro de derecho nombrado por las partes. A falta de acuerdo de la designación del árbitro se aplicará lo dispuesto en el numeral 3 del art. 39 de dicho Reglamento. La notificación a las partes de la existencia de un procedimiento de arbitraje se realizará mediante notificación personal a cuyos efectos se enviará a la dirección que se especifica en la Cláusula 11ª de este documento, copia de la solicitud y de los documentos anexos. Si no fuere posible la notificación personal, dicha notificación se hará mediante la publicación de cartel de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 34 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas”. (Rozas, Estudios de Arbitraje, 2006).

No obstante, la cláusula séptima del contrato disponía que en caso de no realizar la entrega de los locales a la compradora, según lo que dispone la cláusula sexta del documento, por causas que son imputables a la propietaria tales como el desistimiento de la presente negociación en cualquier tiempo, la compradora podría elegir: dar por terminado el contrato de manera unilateral y sin que se encuentre obligada a recurrir al procedimiento arbitral, en cuyo caso la propietaria debía entregar a la compradora en forma directa la cantidad, sin que la compradora tenga que probar daños y perjuicios sufridos. También se ejecutaría el convenio corriendo todos los gastos por cuenta de la propietaria.

Para el TSJ cuando leyó la cláusula arbitral, se obtuvo que no existió intención de someterse al conocimiento exclusivo en árbitros privados. Es decir, la existencia de una clara disposición a renunciar a los órganos de administración de justicia. Por lo un lado, las partes quienes determinaron en la cláusula decimotercera sobre las divergencias que surjan en el contrato, se resolverían mediante arbitraje. Por otro lado, en el contenido de la cláusula séptima se dejó

a criterio de la compradora, que ante el incumplimiento de la entrega de los locales en propiedad, se daría por terminado el contrato de manera unilateral y que en consecuencia, no se encontraba obligada a recurrir al procedimiento arbitral, para lo cual debía recurrirse ante jurisdicción ordinaria convirtiendo la cláusula arbitral en opcional cuando la acción de resolución del contrato se fundamente en causas imputables a la propietaria.

Debido a las razones expuestas, la Sala concluyó lo siguiente: *“en el presente caso no se verifica una manifestación inequívoca, sin vacilaciones o contradicciones en cuanto al sometimiento a un laudo arbitral, pues si bien es cierto que la parte demandada, en la primera oportunidad en que compareció a juicio, opuso la cuestión previa de falta de jurisdicción, por la existencia de la cláusula compromisoria de arbitraje, no es menos cierto que tal situación no resulta suficiente, para sustraer el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir los conflictos entre los ciudadanos. De tal forma que no habiéndose pactado de manera absoluta, la renuncia a toda posibilidad o alternativa de acceso a los órganos de administración de justicia, ello no enerva su conocimiento en la presente controversia, cuando, precisamente, una de ellas, la compradora, ha optado por incoar una acción judicial de resolución del contrato, fundamentándose en la cláusula prevista en el contrato suscrito”*. (Rozas, Estudios de Arbitraje, 2006).

Hay que tener en conocimiento que el arbitraje societario brinda también problemas debido a la determinación del verdadero contenido del convenio arbitral ya que en la escritura de constitución de la sociedad puede establecerse un procedimiento determinado de arreglo de divergencias futuras y en posteriores pactos entre accionistas determinarse otro diferente. La vida externa de la sociedad entiéndase por ejemplo la disolución y liquidación debería quedar sometida a la primera cláusula, en tanto que las divergencias entre los socios dentro del pacto para-social se adjuntarán dentro de la segunda cláusula. Pero en algunas ocasiones, la diferencia no es tan clara, como es el caso de la Sentencia arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile

con fecha 12 de septiembre de 2002, en donde se pronunció sobre la incompatibilidad entre la cláusula arbitral inserta en un contrato de sociedad y otra, también de carácter arbitral, inserta en un pacto de accionistas. Ante la subsistencia de ambas cláusulas arbitrales y no existiendo ningún hecho que revele la voluntad de las partes de derogar o modificar alguna de ellas, es claro que la disolución de la sociedad constituye una decisión que solo puede decretar el árbitro designado en el contrato de sociedad. (Rozas, Estudios de Arbitraje, 2006).

Para poder analizar cuáles son los límites que presenta el convenio arbitral para ser considerado válido dentro del proceso arbitral, se mencionarán algunos problemas jurídicos que se presentan en el arbitraje internacional. En primer lugar, se hace alusión a la validez del pacto o convenio arbitral la cual es objetada en algunos países debido a que en muchos casos es trascendental separar a las partes del poder jurisdiccional del Estado en donde una de las partes se encuentra domiciliada ya sea en el lugar en donde se firmó el contrato, en donde se debe cumplir la obligación o finalmente en el territorio en donde se encuentra la cosa objeto de la controversia. En ciertas legislaciones existen normas de carácter restrictivas las cuales afectan la eficacia del pacto o convenio arbitral cuando una de las partes no cumple de manera voluntaria, en cuanto obligan a la otra parte a solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en el país del domicilio del deudor o de la situación de la cosa. (Abranches, 2018). Por lo tanto, como se puede observar, el contenido del convenio arbitral no tendría mucha efectividad o lógica en tales legislaciones, ya que con la existencia de las normas de tipo restrictivas, no se cumple la voluntad de las partes que en este caso sería solicitar el reconocimiento y reconocimiento del laudo arbitral en un lugar específico que las partes acuerden en el convenio arbitral. Es de esta manera que estas normas restrictivas afectan la eficacia de un convenio arbitral el cual es un contrato y debe ser cumplido de acuerdo a su contenido y cláusulas insertas en el mismo.

En relación al segundo problema jurídico que se presenta en varios ordenamientos jurídicos es cuando se habla de la “*exequibilidad*” es decir la ejecutabilidad de la cláusula arbitral. Dicha ejecutabilidad se afecta en ocasiones por no contar con los elementos necesarios para ser considerado como compromiso, como por ejemplo el nombre de los árbitros. Muchas legislaciones regulan una manera que sea ágil de obligar a la parte que incumple, a que cumpla la cláusula arbitral, otorgando de esta manera competencia al juez para nombrar el árbitro o el tercero en controversia en caso de desacuerdo, o aun suplir alguna otra omisión de tipo formal. No obstante, existen legislaciones que no contemplan estos medios procesales o que simplemente consideran que la cláusula arbitral es una simple obligación de hacer, cuyo incumplimiento acarrea una condenación en daños y pérdidas. En consecuencia, la sanción correspondiente resulta ser ineficaz por la dificultad e incertidumbre existente de su liquidación. De esta manera la parte que incumple evade fácilmente los efectos de la cláusula arbitral. (Abranches, 2018).

El análisis del tercero problema jurídico, trata sobre conocer cuál es el derecho aplicable al proceso arbitral en el caso de que un pacto arbitral no indique la sede del arbitraje, ni se elija de manera expresa la legislación determinada o remita a normas procesales adoptadas por un organismo internacional especializado, ya sea de carácter estatal o no gubernamental. En consecuencia, se hace la siguiente pregunta: ¿es posible dejar a los árbitros la reglamentación del proceso (incluso la fijación del plazo para emitir el laudo arbitral), cuyo agotamiento extingue el compromiso? Otra alternativa que se presenta es recurrir al derecho internacional privado, en caso de que se presente conflicto de leyes. (Abranches, 2018).

El siguiente problema jurídico se refiere al caso de silencio del pacto arbitral el cual surge de saber qué ley es la aplicable para decidir sobre el fondo de la controversia. Cuando la controversia trata sobre la ejecución de un contrato, es muy probable que éste contenga todos los elementos indispensables para la

decisión del caso. Pero en el caso que se dé lo contrario, los árbitros podrán aplicar la ley señalada en la norma para resolver las controversias que juzguen según el caso concreto. Los árbitros podrán también recurrir a principios básicos y fundamentales tales como la equidad, usos y costumbres en una actividad determinada para eliminar lagunas. No se debe olvidar que el arbitraje internacional también cuenta con sus principios que ya fueron analizados en capítulos anteriores. Dichos principios deben ser aplicados por los tribunales arbitrales para que, de esta manera se lleve de mejor manera su desarrollo, cumpliendo con la ley correspondiente y tutelando los derechos de las partes.

Existen dos soluciones para superar estas dificultades muy frecuentes en materia comercial. La primera hace alusión a lograr la uniformidad o armonización de las leyes en materia de comercio u otras transacciones internacionales. En la doctrina han existido muchos esfuerzos para obtener resultados, pero los mismos han resultado ser pocos. Existen estudios de vital importancia hechos por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) que se están realizando con ese objetivo. Todos los intentos de universalización sin importar el campo del derecho no han tenido éxito hasta el momento, debido a la gran diversidad de sistemas jurídicos y peculiaridades nacionales o regionales. En el ámbito regional las dificultades subsisten por diversas razones, inclusive por la antipatía de los parlamentos, por la aprobación de leyes modelos. La *“Ley Uniforme Sobre Arbitraje”* que fue realizada por el Consejo de Europa en 1966 fue una excepción, pero hasta el momento no ha podido lograr ni una sola ratificación. El Comité Jurídico Interamericano luego de haber presentado el *“Proyecto de Ley Uniforme Interamericana Sobre Arbitraje Comercial”*, el mismo que aprobado en el año de 1956 en México por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, optó por una Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional. Esta se encarga de resolver controversias mediante la adopción de cinco reglas fundamentales. (Abranches, 2018).

El segundo punto para resolver las controversias trata sobre la adopción de convenciones de ámbito mundial o regional, las cuales establecen normas básicas en materia de arbitraje comercial internacional. Son normas que se incorporan al derecho interno de cada país, en virtud de la ratificación, aceptación o aprobación. Esta ha sido la forma escogida y preferida por la mayoría de ordenamientos jurídicos.

Es importante mencionar que la Convención de Nueva York (CNY) es un instrumento clave para la admisión del convenio arbitral en la mayoría de sistemas jurídicos estatales.

La finalidad del presente acuerdo es resolver una controversia determinada mediante la decisión de árbitros eliminando así la posibilidad de acudir a la jurisdicción de los tribunales ordinarios. Es así como se encuentra la eficacia del convenio arbitral. La Convención facilita el cumplimiento de este propósito añadiendo el párrafo 3 del artículo anterior diciendo lo siguiente: *“el tribunal al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo [de arbitraje], remitirá a las partes a arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”*. (Rozas, Contenido y problemas del convenio arbitral , 2011). Basta con solo verificar que las partes pactaron someterse a arbitraje para que el juez pueda remitirlas a tal procedimiento arbitral, sea mediante el Estado del foro o en el extranjero.

Ahora bien, la Convención tiene un ámbito material de aplicación que se encuentra delimitado de acuerdo a un criterio territorial, y dice lo siguiente: *“Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”*. (Rozas, Contenido y problemas del convenio arbitral , 2011). De lo mencionado se puede apreciar claramente la Convención tiene un ámbito internacional, que favorece evidentemente al desarrollo del arbitraje internacional y a las partes involucradas en el mismo.

Sean las razones que fueren, la Convención no hizo uso de una delimitación similar para los acuerdos arbitrales cuya eficacia se trata de valorar a la luz del artículo 2. Si un Estado reconoce la existencia de acuerdos arbitrales que no son de carácter extranjero pero tampoco nacional, se obtiene como resultado el convenio arbitral internacional regido por el artículo 2 de la Convención. Esta interpretación lo hacen muchos Estados que han dado su ratificación adaptándose a la misma como en la práctica judicial.

El artículo 7.1 de la Ley Modelo UNCITRAL (LMU) define al acuerdo de arbitraje de la siguiente manera: *“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”* (Rozas, Contenido y problemas del convenio arbitral , 2011). El contenido del artículo deja un trabajo exhaustivo para el árbitro al referirse a la interpretación del acuerdo arbitral, al hablar del arbitraje privado internacional y no solo el arbitraje comercial. La presente definición se la encuentra generalizada en los sistemas de arbitraje

En cuanto al objeto del convenio arbitral trata sobre *“una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”* que surge o que pueda surgir entre las partes. De la presente definición se tiene como resultado dos consecuencias.

La primera se presenta cuando el conflicto tiene un contenido jurídico lo cual diferencia a la institución que ésta siendo objeto de análisis con el peritaje dirimente. Dicho peritaje tiene como finalidad una *“mera cuestión de hecho”*, por lo se está a un conflicto de intereses cuya resolución pretende una tutela jurídica y que dicha materia sea arbitrable. Es decir, versa sobre una cuestión en donde las partes tienen el poder de libre disposición. En consecuencia, la cuestión litigiosa bien puede tener origen contractual o no contractual. En el caso de que en un reclamo una parte pida someterse a arbitraje, en el supuesto de que exista

responsabilidad extracontractual, tal supuesto no excluye la aplicación de normas que están siendo analizadas.

La segunda consecuencia hace alusión a que no es imprescindible que la controversia se encuentre expresamente determinada, lo que no es justificación para que en un futuro, se pueda individualizarla de manera más detallada. Basta por lo tanto, que las partes fijen la relación jurídica, siendo innecesario cualquier precisión en torno a las controversias concernidas: ello se deja en reserva para las alegaciones que se formulen en la demanda o en la contestación a la demanda. No obstante, es muy común observar que el acuerdo de arbitraje se pronuncia sobre una diversidad de extremos, por ejemplo si el arbitraje se desarrolla bajo el principio de equidad o derecho, si es arbitraje ad hoc o institucional, etc. En este último caso se verifica cuál es el centro arbitral elegido, cuántos árbitros son los que van a resolver la controversia, cuál será la sede para la realización de las actuaciones de los árbitros, qué derecho debe aplicar el tribunal, en fin todos elementos que caracterizan al arbitraje institucional.

El contenido del artículo 5.1 de la LMU, trata sobre un conjunto de requisitos mínimos para la validez del convenio arbitral. No obstante, éste no se limita a ser un compromiso entre las partes quienes deciden someterse a arbitraje sino, que el convenio arbitral puede contener una infinidad de cláusulas, plazos y condiciones como por ejemplo: las propias reglas del proceso arbitral, la clase de arbitraje, si es nacional o internacional, de equidad o derecho, el número de árbitros, las formas de designación, la renuncia expresa a la apelación o anulación, las garantías y requisitos obligatorios para solicitar anulación del laudo, las facultades especiales para los árbitros, los plazos específicos para laudo o la renuncia expresa a algunos actos procesales.

Se debe tener muy en cuenta que las leyes de arbitraje no establecen obligaciones respecto al convenio arbitral pero si requisitos mínimos. Dichos requisitos son por ejemplo individualizar a las partes en litigio, su voluntad inequívoca de recurrir a arbitraje y las facultades concretas que se confieren al árbitro o al tribunal arbitral dependiendo la voluntad de las partes. Antes que nada las

facultades no imponen de manera consciente la inserción de más requisitos ya que la negativa de una de las partes a la inclusión de uno de ellos en el convenio bien podría determinar la invalidez del mismo. En cuanto a la competencia de los árbitros, se encuentra limitada solamente a los asuntos que son expresamente sometidos a su conocimiento. Es verdad que las partes tienen la alternativa de ampliar de manera posterior la competencia de los árbitros, pero para que esto sea posibles es necesario un acuerdo de modalidad expreso. En ningún caso las partes podrán extender su decisión a materias que son ajenas al compromiso, con el pretexto de haber mediado mediante el consentimiento tácito de alguna de las partes.

Según la Ley de Arbitraje y Mediación perteneciente al ordenamiento jurídico ecuatoriano, el arbitraje en equidad pasó a ser la modalidad adoptada como regla general del arbitraje, ya que se debe mencionar que en el Ecuador existen dos tipos de arbitraje, el arbitraje en equidad y el arbitraje en derecho. Más adelante se analizarán sus conceptos y diferencias. En otras palabras ese es el método que opta la ley para suplir el silencio de las partes sobre el tipo de arbitraje al que desean someterse. Es el sistema que la ley prefiere para resolver las controversias que se susciten. En Latinoamérica, solo en los países de Ecuador, Bolivia y Uruguay, se contempla este sistema, ya que lo común es lo contrario, es decir, que cuando se da el silencio de las partes, se entiende que el arbitraje que se desarrollará será el de derecho, regla que es adoptada por la Ley Modelo de Arbitraje Internacional, propuesta por la CNUDMI. (Larrea, 2018). Debido a estudios que han versado sobre estadísticas en cuanto a los arbitrajes desarrollados en las ciudades de Guayaquil y Quito, éstos han sido en derecho y no en equidad. La consecuencia de esto se debe a que la ex Corte Suprema de Justicia, actuando como tribunal de instancia, podía aplicar el criterio de equidad. Sin embargo al convertirse ésta en tribunal de casación, dejó de ejercerla debido a la rígida sujeción al derecho que caracteriza al recurso extraordinario de casación. (Larrea, 2018). En consecuencia, en la práctica se ha aplicado la equidad judicial o arbitral. Es transcendental definir el significado para tener un mejor entendimiento en el presente análisis.

Según Aristóteles, filósofo y científico de la antigua Grecia, menciona que ser equitativo es ser justo, que es mejor la equidad antes que una determinada clase de justicia como por ejemplo la que es formulada por las leyes positivas, aunque no se pueda decir propiamente que la equidad es mejor que la justicia absoluta. La naturaleza de la equidad es *“la adaptación a la ley positiva, cuando la formulación de ésta resulta defectuosa por su carácter general, es decir, por su universalidad”*. (Larrea, 2018).

La Ley de Arbitraje y Mediación menciona en su artículo 3 que son las partes quienes deciden si los árbitros deciden desarrollar el arbitraje en equidad o derecho, y a falta de convenio de las partes, el fallo será decidido en equidad. Cuando el laudo se funda en la equidad, los árbitros actúan según su leal saber y entender, atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no son necesariamente abogados. Al contrario, cuando el laudo se funda en derecho, los árbitros se atienen según la ley, a los principios generales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros si deben ser abogados.

Para conocer sobre el alcance y limitaciones del arbitraje en equidad, se hará un análisis de la doctrina. Al arbitraje en equidad se lo conoce también como *“arbitraje de conciencia”* o *“ex aequo et bono”*. Así como su tratamiento legal es escaso, la doctrina suele dedicar poco análisis al mismo. Según Fernando de Trazagnies en su artículo *“Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia”* indica que el árbitro tiene una facultad amplia para resolver según su criterio, es decir, según su leal saber y entender. Esta fórmula no es justa debido a que no toma en cuenta los criterios objetivos que debe tener el árbitro. En consecuencia, la idea de saber y entender es orientada por la idea de equidad, y es el tipo de arbitraje que se usa habitualmente. (Larrea, 2018). No obstante, al querer conocer las facultades que tiene el árbitro para actuar, se da un problema ya que al preguntarse el significado de equidad, se obtiene como resultado lo que el árbitro entiende por equitativo. Y se obtiene evidentemente como conclusión, un círculo vicioso al no tener un resultado concreto y determinado.

La decisión que toma el árbitro en un arbitraje de conciencia se da en determinadas “*circunstancias de hecho*” en donde se forma una íntima y personal convicción. Es por ello que no se es necesario ser abogado ya que lo que se busca no es obtener un fallo conforme a cánones legales, sino al contrario según el leal saber y entender del árbitro, el sentido innato de justicia que tiene como persona honesta, en una decisión subjetiva. Por lo que el árbitro es al mismo tiempo creador de una decisión particular y única para el caso en concreto. Este tipo de arbitraje es el más libre ya que el árbitro una vez que conoce los hechos, busca en su fuero interno la solución que sea más justa al caso. Probablemente esta forma la prefieren los comerciantes cerrando así negocios de buena fe, sin mayor conocimiento sobre disposiciones legales, siendo éstas resueltas según la buena fe del árbitro. Este tipo de arbitraje es la fuente de creación del derecho comercial, porque es un arbitraje técnico y se sujeta al principio “*verdad sabida y buena fe guardada*”. Según ciertos tratadistas, el árbitro no se encuentra en la obligación de motivar el laudo sino solo expresar su decisión sobre el fondo del asunto.

El arbitraje de equidad parte del ordenamiento jurídico y busca la norma correcta para aplicarla. En el caso de que ésta no existiera, le dará solución al caso, partiendo de la norma que regule situaciones similares junto a las reglas generales del derecho y demás fuentes del derecho. Incluirá la equidad, que le servirá para descifrar el sentido natural de justicia. Si la ley aplicada al caso concreto no cumple con su finalidad la cual es la aplicación de criterios buenos y justos, entonces el árbitro no aplica tal disposición. Al contrario, buscará la solución que el legislador hubiera contemplado si hubiera enfrentado el caso, administrando de esta manera justicia al caso en particular. (Larrea, 2018). La ley ecuatoriana vincula al arbitraje en equidad a dos ideas: la primera trata el leal saber y entender de los árbitros que no se puede precisar, y la segunda es la sana crítica, la cual es un principio que permite a los jueces valorar la prueba de manera discrecional y según la lógica y reglas de la experiencia, y como se haya reconocido en el Código Orgánico General de Procesos.

La doctrina menciona que el proceso arbitral tiene una doble dimensión: una subjetiva la cual se encarga de proteger los intereses y voluntad autónoma de las partes quienes se someten a él, y una objetiva que se encarga del respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dimensiones que son a su vez interdependientes y requieren reconocimiento jurisprudencial y legal. Los árbitros resuelven la controversia sin acudir a normas de derecho sustantivo, creando el derecho aplicable al caso en sustanciación, alejándose de la solución que brinda la ley. El fallo en equidad parte del derecho siempre. Solo cuando las disposiciones resultan ser injustas, o existe vacío legal, el árbitro procede a buscar la solución justa que el legislador plantea en la ley; teniendo siempre presente el objetivo de la ley para el caso concreto y según su conciencia. Es así que el árbitro de equidad se encuentra tranquilo al flexibilizar a la ley a efectos de ajustarla a su propósito.

El fallo en equidad no puede contradecir jamás normas imperativas o de derecho público, ya que éstas son de cumplimiento obligatorio y por lo tanto no queda a potestad de las partes renunciar a su aplicación, esto debido a razones de orden social. Sin embargo, la hipótesis de aplicar o no normas imperativas no se presenta de manera frecuente en la práctica, ya que la mayor parte de litigios que se resuelven aplicando este tipo de normas versan sobre materias que no son susceptibles de ser desarrolladas en arbitraje. A diferencia del arbitraje en derecho, el cual puede presentarse por ejemplo en casos de contratación pública, así lo contempla nuestra Constitución.

El arbitraje en equidad se funda en pruebas obradas por las partes, y no solo en sus afirmaciones. Los árbitros deben resolver en base a hechos probados en el proceso, sin perjuicio de tener mayor libertad para efectos de valoración de la prueba, según sus elementos de convicción, y no tanto según las normas que presenta la ley; a pesar que se adopta el principio de la sana crítica junto con las reglas de la experiencia inspirando así el razonamiento de los árbitros en equidad.

El árbitro tiene el deber de motivar el laudo, es decir debe sustentarlo. Ejerce jurisdicción por delegación, reconocimiento que se lo encuentra en la

Constitución Ecuatoriana, y por voluntad de las partes el momento que se someten a arbitraje. Debe dar a conocer a las partes los argumentos que le permiten llegar a las conclusiones consignadas en su fallo, y las partes tienen todo el derecho a conocer estos motivos. En el fallo, el árbitro bien puede concederles o negarles su petitorio, incluyendo las pruebas apreciadas por los mismos. Una tesis contraria a la puesta en análisis es que el “*árbitro de conciencia*” no falla conforme al derecho positivo, sino por razones de justicia natural, lo que le exime de justificarlas. Ernesto Salcedo menciona que aunque no se encuentre el árbitro obligado a motivar su decisión, es preferible que en el fallo mencione los motivos en los cuales se funda su decisión. A más de lo expuesto, el laudo en equidad no puede bajo ningún motivo vulnerar normas constitucionales o incluidas en tratados internacionales sobre derechos fundamentales. (Larrea, 2018).

El pacto o convenio arbitral es el origen del arbitraje. Según el numeral 1 del artículo 13 de la Ley Peruana de arbitraje, el convenio arbitral tiene como definición lo siguiente: “*es un acuerdo mediante el cual, las partes deciden someter a arbitraje las controversias que surjan o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o de otra naturaleza*” (Tirado, 2018). De lo mencionado se llega a la conclusión que el convenio arbitral parte de la autonomía de voluntad y libertad contractual de las personas, como derecho fundamental consagrado en la Constitución Peruana, como se puede observar en su artículo 62 en el cual dice lo siguiente: “*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley*”. Teniendo en cuenta lo mencionado, el convenio arbitral tiene algunos requisitos como son los siguientes: debe constar por escrito, puede adoptar la forma de una cláusula arbitral incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente, entre otros. Cabe mencionar que la referencia hecha en un contrato a un

documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que tal referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

El convenio se entenderá que es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma ya sea que el acuerdo o contrato se haya realizado mediante la ejecución de actos o cualquier otro medio. Cuando el arbitraje es internacional, el convenio se lo considera válido, si se llega a cumplir los requisitos establecidos por las normas jurídicas escogidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano. Este consta por escrito cuando se cursa comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su consulta. Cuando se habla de *“comunicación electrónica”* significa que es toda comunicación que las partes realicen por medio de mensajes de datos. Estos se entienden como información generada, enviada, recibida o archivada por medios ya sean electrónicos, ópticos, similares, entre otros, el intercambio de datos, correo electrónico, telegrama, télex o telefax. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando se encuentre consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en donde la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra parte. Todo lo mencionado en este párrafo se lo encuentra en el artículo 13 de la Ley peruana de arbitraje. (Tirado, 2018).

En tal sentido, el ordenamiento jurídico autoriza a las partes a sustraerse en consecuencia de la jurisdicción ordinaria para poder decidir de manera libre qué controversias y derechos le son disponibles para someter ante un tribunal arbitral. Consiguientemente es el acuerdo que se pacta entre las partes, el contenido en el convenio arbitral el cual constituye la partida de nacimiento del arbitraje. Deberá entenderse que su sola celebración es requisito suficiente para arbitrar.

El Tribunal Constitución en la sentencia que consta en el expediente N° 6167-2005-HC/TC, define a la naturaleza del convenio arbitral de la siguiente forma: *“la naturaleza contractual del convenio obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el*

posterior cumplimiento del laudo arbitral”. (Tirado R. M., 2018). De esta manera el principio de autonomía de voluntad no es entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales. Algunos principios constitucionales del ordenamiento jurídico peruano que pueden mencionarse son por ejemplo la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional, lo que se traduce en que no existe ni puede establecerse alguna jurisdicción que sea independiente, exceptuando la militar y la arbitral. Otro principio que también se aplica para el arbitraje es la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Esto quiere decir que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción que se encuentra predeterminada por la ley o sometida a algún procedimiento diferente de aquel que se encuentra previamente establecido. Lo que significa que al tratarse de un arbitraje, el mismo debe ser llevado propiamente, esto es, de acuerdo al debido proceso de la ley de arbitraje y mediación. Y evidentemente al hablar de tutela jurídica es esa protección que brinda el derecho para proteger las relaciones entre las personas y garantizar el cumplimiento de las normas vigentes. Dicha tutela jurídica también es aplicable dentro del arbitraje ya que, el mismo también tiene normas las cuales hay que cumplir y se encuentran en la ley de arbitraje y mediación, como también en convenios y tratados internacionales. De la misma manera protege los derechos de las partes y el cumplimiento de las obligaciones evidenciadas en el convenio arbitral mediante el desarrollo del arbitraje.

Si bien el convenio arbitral nace del sentido privado de las relaciones contractuales entre las partes, no presenta contenidos que sean exclusivamente de Derecho Privado. Ya que si se lo interpreta de este modo, implicaría obviar su naturaleza constitucional, sujeta ya a principios y deberes primordiales de los jueces, los mismos que deberán extenderse a la jurisdicción arbitral. En otras palabras, el convenio arbitral no solo faculta a las partes quienes suscriben el contrato a someter sus disputas ante tribunales arbitrales sino también que constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad de las personas, la misma que debe ejercerse dentro de la Constitución. No se puede entonces

vulnerar principios y normas constitucionales, como también derechos fundamentales.

El convenio arbitral en cuanto a su formalidad, debe constar por escrito ya que es precisamente un medio probatorio. La Ley de arbitraje del ordenamiento jurídico peruano exige tener por escrito un convenio arbitral, como una formalidad entendida como “*ad probationem*”. Se entiende que consta por escrito cuando se manifiesta de cualquier forma o pueda ser probado mediante la ejecución de ciertos actos o cualquier otro medio, esto ya fue mencionado en párrafos anteriores. Estas exigencias que presenta la Ley de arbitraje, permiten probar que las partes son efectivamente tales, en el marco del convenio arbitral. Quienes no son parte o son terceros en tanto no conste en un acuerdo escrito su voluntad de formar parte, no existe en principio, medio alguno el cual les permita formar parte del convenio arbitral, debido a que no existe medio probatorio para considerarlos como partes, más aún cuando el arbitraje es del Estado. Las partes son únicamente quienes constan en el convenio arbitral, representando de esta manera un grave problema el momento que se necesite la intervención de un tercero al proceso arbitral.

Estas reglas y requisitos del convenio arbitral fueron pensadas el momento de su regulación para arbitrajes entre sujetos de orden privado. Es decir, la lógica que plantea la Ley de Arbitraje no considera cuales son las reglas que se necesitan para la participación del Estado en el arbitraje y menos aún para terceros. Es por ello importante establecer reglas de derecho administrativo para poder de esta manera regular el arbitraje estatal y la intervención de terceros en este tipo de arbitraje. Esto implicaría otorgar garantías a los particulares sobre cuál viene a ser el rol que tiene el Estado en los arbitrajes en donde participa como parte o como tercero. Todo esto evidentemente hablando del ordenamiento jurídico peruano.

El papel esencial que juega el acuerdo o convenio arbitral es un procedimiento arbitral el cual debe ser llevado a cabo para que el arbitraje produzca sus efectos. Es importante analizar los elementos que

conlleven la definición mencionada. Primero, es un acuerdo el cual en términos jurídicos viene a ser un acuerdo de voluntades. Segundo, el objeto de dicho acuerdo consiste en la decisión de las partes en someter a arbitraje todas o ciertas controversias. Tercero, es posible pactar que las controversias que se derivan de una relación jurídica contractual o extracontractual se resuelvan por arbitraje.

Cabe mencionar que el acuerdo arbitral al ser un acto jurídico bilateral debe cumplir necesariamente los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general para ser considerados contratos. El acuerdo arbitral debe surgir de la expresión de voluntad que emana de forma libre de una persona quien tiene capacidad para obligarse y debe referirse a controversias sobre las cuales se tenga libre disposición, esto sin perjuicio de las condiciones específicas de toda legislación.

Siendo más específicos, los requisitos de existencia del acuerdo arbitral como acto jurídico que es son los siguientes: el consentimiento, el objeto y la causa. El consentimiento es el acuerdo de voluntades con el objetivo de someter la resolución de una o más controversias a arbitraje. El objeto es la controversia la cual surja de una determinada relación jurídica. Y por último la causa la cual es el motivo, el mismo que induce a contratar. Mientras que los requisitos de validez del convenio son la capacidad de goce y de ejercicio para realizarlo, la voluntad exenta de vicios, el motivo por el cual lleva a contratar el cual debe ser lícito, y como último requisitos el cumplimiento de las formalidades. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

El concepto de acuerdo de arbitraje es de dos tipos, la cláusula arbitral inserta en un contrato y el compromiso o acuerdo independiente. La diferencia entre los dos no tiene la debida importancia, ya que ambos son considerados como acuerdos arbitrales. Mientras que anteriormente sí, debido a la incompatibilidad hacia el arbitraje por parte de algunos Estados, en donde la cláusula arbitral era conocida como *“un acuerdo para la celebración futura de otro acuerdo de someterse a arbitraje”* (Osorio, Universidad de Chile, 2018); teniendo como resultado la

pérdida de su eficacia. En consecuencia, el momento que no se celebra el nuevo acuerdo arbitral surgida la controversia, no se puede acudir a arbitraje.

El momento que se elaboró la Convención de Nueva York, dicha incompatibilidad en contra de la cláusula arbitral desapareció por completo en la mayoría de países, dando así como resultado que quienes la redactan hagan un tratamiento que resulte igualitario sobre ambos, teniendo como resultado el artículo 2, contenido el cual fue ya mencionado en párrafos anteriores.

Los redactores de la Ley Modelo posteriormente, decidieron dejar clara la distinción entre la cláusula y el compromiso, agregando a la definición del acuerdo arbitral lo siguiente: *“El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”* (Unidas, 1987). Las razones por las cuales se agregó dicha distinción por parte de los redactores, fue la siguiente: *“La Ley Modelo no sólo reconoce un acuerdo relativo a una controversia existente (compromis) sino también un acuerdo referente a cualquier controversia futura (clause compromissoire). La inclusión de este último tipo de acuerdo parece imperativa debido a su empleo frecuente en la práctica internacional en materia de arbitraje y se confía en que contribuya a la unificación a escala mundial, dado que actualmente algunas legislaciones nacionales no confieren pleno efecto a ese tipo de acuerdo”*. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

A continuación se tratará sobre la forma del convenio arbitral, y para hacerlo es importante conocer su definición. Se la entiende como *“la forma en que la voluntad se exterioriza para producir así los efectos jurídicos deseados”* (Osorio, Universidad de Chile, 2018). No es suficiente que el sujeto desee internamente alcanzar un fin para que pueda obtener los efectos jurídicamente, sino que, debe materializar su voluntad para que sea conocida de manera objetiva. Es de esta forma como nacen las formalidades que debe cumplir el acuerdo o convenio arbitral en materia internacional para poder vincular de manera válida a las partes. Al considerar de manera extrema las formalidades mencionadas, las

partes no signatarias o no suscriptoras no podrían ser vinculadas al procedimiento arbitral, debido a que los mismos no exteriorizaron su voluntad mediante la formalidad que se exige. No obstante, si se llegase a considerar a los requisitos del acuerdo arbitral de una manera más flexible, la alternativa de llegar a vincularlos es más probable.

En la Convención de Nueva York de 1958, el artículo 2 manifiesta la exigencia que el acuerdo arbitral debe constar por escrito y ser firmado por las partes o éste contenido en un canje de cartas o telegramas. En tal sentido, los requisitos de forma del acuerdo son exigentes, tomando en cuenta que la forma como se desarrolla en la actualidad el comercio internacional es principalmente mediante medios electrónicos. Para tratar lo manifestado, se han realizado varias interpretaciones amplias del mencionado artículo con el fin de flexibilizar el requisito de escritura y firma. La Jurisprudencia dice lo siguiente: *“1) Es suficiente que exista constancia documental que haga evidente la voluntad de pactar un acuerdo arbitral aunque no exista la firma de ambas partes en un documento; 2) La cláusula arbitral incluida en un apéndice de un contrato es eficaz; 3) La firma de la Convención de Nueva York es un acto en representación de los nacionales del Estado parte y con ello se cumple el requisito de acuerdo por escrito”*. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

La Ley Modelo de la CNUDMI en su texto de 1985, sobre la forma del acuerdo de arbitraje situado en el artículo 7, mencionaba términos parecidos a los del párrafo 2 del artículo 2 de la Convención de Nueva York, exigiendo de esta manera el requisito de la escrituración de manera rígida. Sin embargo, mediante las enmiendas introducidas a la Ley en el año 2006, se impulsó a flexibilizar los requisitos de forma del acuerdo arbitral. Por lo tanto, el nuevo artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, a pesar que menciona que el acuerdo arbitraje debe constar por escrito, señala lo como nuevos requisitos de forma que el mismo puede dejar constancia de su contenido en cualquier forma, pudiendo así celebrarse de manera verbal, mediante la ejecución de actos o por cualquier otro medio. Señala además que la comunicación electrónica se considera una forma

de escritura del acuerdo, entendiendo así toda comunicación que las partes lleguen a hacer por medio de mensajes de datos, es decir, información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pueden ser entre otros el intercambio electrónico de datos, correo electrónico, telegrama, télex, o telefax. Por último, menciona que la incorporación por referencia es una forma de entender el acuerdo por escrito.

Con este nuevo artículo 7 de la Ley Modelo, las formalidades del acuerdo arbitral llegan a moderarse. Como dice González de Cossío: *“El resultado de esta definición es claro: el acuerdo arbitral ya no tiene que constar en un documento ni tiene que estar firmado por las partes”*. (Osorio, Universidad de Chile, 2018). Como se puede observar, la modificación que se realizó implica la transformación de un requisito conocido como *“in validitatis”* en un requisito *“ad probationem”*, es decir, la escritura y firma no influye en la validez del acuerdo arbitral, sino que sirve solamente como medio de prueba del mismo.

Debido a estos cambios introducidos en el año 2006, la CNUDMI presentó la siguiente recomendación en lo relativo a la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 de la Convención de Nueva York: *“Considerando el extendido uso del comercio electrónico, teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, y sus revisiones posteriores, en particular con respecto al artículo 7, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales; recomienda que el párrafo 2) del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas”*. (Osorio, Universidad de Chile, 2018).

Dicha recomendación interpretativa que hace la CNUDMI fortalece las bases para proceder a obtener como resultado la flexibilidad que requiere el arbitraje,

el cual implica la necesidad de no imponer al acuerdo arbitral formal formas de eficacia, tales como la estricta “*constancia por escrito*”, las mismas que no responderían a la dinámica de la contratación comercial internacional.

De acuerdo al nuevo texto de la Ley Modelo, la firma o suscripción al convenio arbitral deja de tener trascendencia para determinar la validez de éste, debido a que si ya no se exige la escritura como requisito de validez, con menor razón la firma. En consecuencia, cuando el árbitro se encuentre frente a un convenio arbitral, ya no se detendrá a verificar sus requisitos formales sino, al contrario, en saber si se encuentra frente a un acuerdo de voluntades. El árbitro deberá profundizar en todo lo relativo a la manifestación inequívoca de consentimiento, sin tomar relevancia alguna sobre la firma del documento donde consta el convenio arbitral por las partes.

Vicios que presenta la extensión del convenio arbitral frente a partes no signatarias en el proceso arbitral

Como ya se tiene conocimiento, cualquier otro acto o negocio jurídico que se origina en la manifestación de voluntades, puede tener algún defecto el cual da lugar a la nulidad relativa del acuerdo arbitral. El artículo 1812 del Código Civil Federal establece que “*el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo*” (Legislativa, 2018). De igual manera, la legislación colombiana en su artículo 1502 del Código Civil menciona que: “*para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad: 1) que sea legalmente capaz, 2) que la persona consienta en dicho acto y que tal consentimiento se encuentre libre de vicio, 3) que recaiga sobre un objeto lícito, y, 4) que tenga una causa lícita.*” (General, 2018). Los mismos requisitos presenta el Código Civil Ecuatoriano sobre la obligación de una persona ante otra por un acto o declaración de voluntad. Ahora bien, para ordenamientos jurídicos, los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, los que serán analizados con relación al arbitraje.

Se empieza analizando el error, se lo define como la “*falsa apreciación de la realidad*”. (Universidad Iberoamericana de México , 2018). Tanto en el

ordenamiento jurídico mexicano como el colombiano, existe la diferencia entre el error de hecho y el error de derecho. Desde el punto de vista de la legislación colombiana, el error de derecho no vicia el consentimiento, ya que prima el principio de que la ignorancia de la ley no sirve como excusa. Como resultado, cuando se genera un error de derecho, quien incurre en éste, no se encuentra libre ni conscientemente manifestando su voluntad, lo que hace anulable sus actos. No obstante, la ley permite que prevalezca el principio de conocimiento general y obligatorio de la ley. Lo mismo sucede en el ordenamiento jurídico ecuatoriano al tener presente el contenido del Código Civil el cual menciona que el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad alguna. El contenido del artículo 1468 del mismo cuerpo legal menciona que *“el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”*. (Nacional, Código Civil Ecuatoriano, 2018).

El autor Arturo Sanabria Gómez, toma en cuenta lo mencionado y lo ejemplifica del siguiente modo: *“si quien celebró un pacto arbitral, estimaba, por ejemplo, que las diferencias surgidas en virtud del contrato serían conocidas por los jueces ordinarios o que la definición de esas diferencias no les corresponderían a terceros sino que serían objeto de arreglo directo, no se presentaría un vicio del consentimiento y, por ende, el pacto arbitral no sería válidamente atacable, puesto que esos errores tendrían su fuente en la ignorancia de las normas que regulan el arbitraje”*. (Universidad Iberoamericana de México , 2018). Es así que el autor supone, que la ignorancia de toda ley, pero en este caso se trata de la ley de arbitraje, es de conocimiento general de todas las personas pertenecientes a un Estado y que, por lo tanto son obligatorias sin ser objeto para invalidar los actos jurídicos y las obligaciones contraídas.

El autor continua citando lo siguiente: *“por el contrario, si se presentaría un error y sería posible la anulación del contrato de arbitraje respectivo, si mientras una de las partes creía estar conviniendo una cláusula compromisoria la otra estimaba estar acordando una amigable composición o cualquier otro negocio jurídico”*. (Universidad Iberoamericana de México , 2018) . En cambio,

en el presente no se trata de un error de derecho, ya que no se está presentando un desconocimiento de la norma jurídica, sino al contrario, se trata de un error de hecho, en la medida que existe controversia entre el contenido que se quiso convenir y lo que en realidad se acordó al final, teniendo su origen en una falsa interpretación de la realidad. El error de hecho se lo encuentra el en Código Civil Ecuatoriano al mencionar en su artículo que existe el mismo y vicia el consentimiento del acto o contrato cuando una parte entiende celebrar un contrato de préstamo y la otra parte un contrato de donación. Este contenido se lo encuentra en el artículo 1469. (Nacional, Código Civil Ecuatoriano, 2018).

Se define al error de hecho como la ignorancia o el concepto falso que tiene una persona sobre una cosa, persona o acontecimiento. Al hablar de este tipo de error es menester mencionar que el mismo puede producir tres diversas consecuencias tales como impedir que se forme el consentimiento, constituir un vicio del consentimiento o bien por último, no producir ningún efecto, es decir, se indiferente a la formación del consentimiento. Esto de acuerdo al ordenamiento jurídico chileno.

Según autores como Josserand y Pescio se debe categorizar al error de hecho en tres categorías: 1) error esencial o impedimento, 2) error vicio y 3) error indiferente. Se los analizará a continuación.

- 1) **Error esencial o impedimento:** es aquel que impide la formación de la voluntad o consentimiento. Se produce un obstáculo para la formación de la voluntad, es por ello que los españoles lo llaman “*error obstructivo*”. También se lo conoce como *error impediante*. Se presenta cuando:
 - 1.1) **Existe error sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta:** cuando una parte entiende celebrar un contrato de préstamo y la otra parte un contrato de donación.
 - 1.2) **Existe error sobre la identidad de la cosa específica de la cual se trata en el negocio jurídico:** Un ejemplo es cuando el vendedor entiende vender una cosa determinada mientras que el comprador entiende comprar otra cosa. Se debe tener en cuenta que al hablar de cuerpo cierto o especie, significa uno o más

individuos determinados de un género en específico. Por ejemplo al hablar de un comprador quien desea un caballo llamado Remolino, mientras que el vendedor desea vender el caballo llamado Petronio. Existe una falsa representación de identidad de la cosa objeto del contrato.

Su sanción es la nulidad relativa lo que da como resultado la rescisión del acto o contrato. Es decir, que se deja sin efecto el acto o negocio jurídico.

2) **Error vicio:** es aquel en donde sí se llegó a formar el consentimiento pero el mismo surgió como una errada representación de la realidad. Por lo tanto, el acto existe pero se encuentra afectado por un vicio el cual da motivo para que sea sancionado con la nulidad del acto o contrato. Se encuentra presente cuando:

2.1) **Recae sobre la substancia de la cosa objeto del acto o contrato:** el mismo se lo conoce como error sustancial. Se entiende substancia a la materia, es decir, composición química de la cual se encuentra hecha la cosa. Un ejemplo es cuando se quiere comprar un candelero de plata y se compra uno de cobre.

2.2) **Recae sobre la calidad esencial de la cosa objeto del acto o contrato:** por ejemplo, cuando se celebra un contrato de compraventa sobre una pintura de Roberto Matta, pero resulta que el autor es Roberto Pérez. Se sabe que la esencia de una pintura está en su autor.

2.3) **Recae sobre una calidad accidental de la cosa objeto del acto que las partes elevan a la categoría de calidad esencial:** al hablar de calidad accidental, es aquella que es irrelevante, a tal sentido que si la cosa la tiene no determina a contratar ni abstiene a hacerlo tomando en cuenta de que la cosa carezca de la misma. Para que el error vicie el consentimiento es necesario que, la calidad accidental haya sido motivo principal para la celebración del acto o contrato y, que tal motivo sea conocido por la otra parte. por ejemplo cuando se quiere comprar un carro el cual contenía un audio bosé, dicha característica es

irrelevante pero es esencial para el comprador, es motivo principal del contrato y es conocido por ambas partes.

2.4) Recae sobre la persona que se tiene intención de contratar y que la consideración de esta persona haya sido la causa principal para celebrar el

acto o negocio jurídico: por lo general cuando existe error en la persona, dicho error no vicia el consentimiento. Sin embargo lo hace cuando, esta persona es la causa especial del contrato. Se dice que en principio, los actos jurídicos no son “*intuitu personae*”, es decir que no se celebran en consideración a la otra persona. Un ejemplo es cuando se habla de la compra venta en donde el objetivo del comprador es comprar y la del vendedor es vender y recibir el precio. En cambio cuando se trata de los actos jurídicos como conocidos como “*intuitu personae*”, se celebran en consideración a la contraparte siendo esta fundamental. Un ejemplo es cuando se habla del matrimonio en donde, la persona del otro contrayente es fundamental. Otro ejemplo es cuando se trata de un contrato de donación o mandato.

De la misma manera, su sanción viene a ser la nulidad relativa dando lugar a la rescisión del acto o contrato.

3) Error indiferente: es aquel que no es un obstáculo para la formación del consentimiento y tampoco es causal de nulidad. Dicho de otra manera, se padece de este tipo de error pero sin embargo, el consentimiento si se forma y más aún se forma de manera válida. Este tipo de error se presenta cuando:

3.1) Recae sobre una calidad no esencial de la cosa objeto del acto o contrato: cuando se padece el error sobre una calidad que no es esencial, dicho error no afecta el consentimiento y solo lo afectará, cuando las partes elevaron dicha circunstancia a la categoría de esencial.

3.2) existe un error en la persona con la que se tiene la voluntad de contratar: dicha consideración de la persona es irrelevante, es decir no se habla de un contrato “*intuitu personae*”.

Esta clase de error, no produce efecto alguno, ni al referirse sobre la formación del consentimiento ni en el nacimiento del acto jurídico, teniendo como resultado que no existe sanción para este tipo de error.

Desde el punto de vista del arbitraje, siguiendo los puntos de vista de Gómez, la probabilidad del error como un vicio del consentimiento queda restringida, queda prohibida a la persona que recae sobre la clase de contrato o sobre la persona con la que el contrato de arbitraje se lleva a cabo. Es decir, cuando se celebra el convenio arbitral con una persona diversa de la que se quería celebrar. En el artículo 1471 del Código Civil Ecuatoriano dice que el error sobre una persona con quien se quiere contratar no vicia el consentimiento, salvo el caso de que esta persona sea la causa principal del contrato. La persona con quien erradamente se contrató tendrá derecho a ser indemnizado por los perjuicios causados de buena fe a causa de la nulidad del contrato. (Nacional, Código Civil Ecuatoriano, 2018).

Por lo tanto, cuando se habla de error, se hace alusión a que se tiene un concepto equivocado respecto de una norma jurídica o una persona, acontecimiento o cosa. Es importante también hacer la diferencia entre ignorancia y error, ya que cuando se habla de ignorancia existe un desconocimiento, mientras que en el error existe un concepto equivocado o falso sobre la realidad. Sin embargo, en el derecho se toma en cuenta directamente el concepto de error, dejando afuera a la ignorancia. Esto debido a que en el derecho, el ordenamiento jurídico se encuentra preocupado por el resultado que los dos suponen. Y dicho resultado viene a ser la misma, siendo así la distorsión de la realidad, impidiendo que la persona pueda expresar su consentimiento de manera libre.

Al hablar del error de derecho se dice que es cuando una persona tiene un concepto equivocado sobre una norma jurídica. Se tiene que tener conocimiento que, el error de derecho no afecta a la voluntad, como ya se ha mencionado en párrafos anteriores. Esto debido a que no constituye una causal de nulidad. Este contenido se justificado debido a un principio fundamental conocido como *“principio de la ficción del conocimiento de la ley”* contenido en el artículo 8 del Código Civil Chileno el cual dice lo siguiente: “Nadie podrá alegar ignorancia

de la ley después que ésta haya entrado en vigencia” (Nacional, Código Civil Chileno, 1855). Este artículo se lo relaciona con el artículo 13 ya mencionado del Código Civil Ecuatoriano que dice lo siguiente: *“la Ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna”* (Nacional, Código Civil Ecuatoriano , 2018). En latín se lo conoce con el siguiente aforismo *“ignorantia legis non excusat”*. En la ficción del conocimiento de la ley, el legislador parte de que no es normal que la gente conozca la ley, lo normal es el conocimiento de la misma. Pero el mismo debe crear normas que mejoren la convivencia social, ya que de lo contrario, todas las personas o al menos la mayoría, podría alegar que desconocen la ley al cometer un delito. Es por ello, que el legislador crea la ficción del conocimiento de ley, en donde se parte de la idea que todas las personas conocen la ley.

Es por esto que el error de derecho no vicia el consentimiento, llegando tan lejos la ficción del conocimiento de la ley que en muchos casos se considera de mala fe a la persona que alega error de derecho. Dicha mala fe no constituye prueba en contrario.

El siguiente elemento a analizar es la fuerza. A la fuerza se la define como *“un vicio del consentimiento cuando ésta genera una modificación en la voluntad de una persona”* (Universidad Iberoamericana de México , 2018). En los convenios arbitrales puede presentarse, en el momento que una de las partes tiende a aprovecharse de la otra parte dada su posición dominante y la obligue a celebrar el acuerdo arbitral.

En el derecho colombiano estas situaciones no son suficientes para considerarlas vicio del consentimiento, ya que aunque sean abusivas, no tienen la suficiente capacidad para generar miedo, el mismo que no permita a la parte afectada manifestar su voluntad de manera libre. En el Código Civil Ecuatoriano, se encuentra el contenido del artículo 1472, en donde manifiesta que la fuerza vicia el consentimiento cuando produce una impresión fuerte en una persona de sano juicio, considerando su edad, sexo y condición. Es decir, se mira como fuerza todo acto que infunda en una persona el justo temor de verse expuestos ella, su

cónyuge o alguno de sus ascendientes, descendientes, a un mal que sea irreparable y grave. Mientras que cuando se habla de temor reverencial, el mismo hace alusión al temor que siente una persona al no agradar a otras personas por quienes debe sumisión y respeto. Este temor no vicia el consentimiento. (Nacional, Código Civil Ecuatoriano, 2018).

A la fuerza se la entiende como aquella coacción que se ejerce sobre una persona para que de esta manera se celebre el acto o contrato. Puede ser de carácter material o física. Es de carácter física cuando a una persona se le obliga firmar una letra de cambio tomándole por la fuerza su mano. Mientras que, es de carácter moral cuando a una persona se la amenaza de tal manera que dicha amenaza le provoca temor o pavor. Estas serán desarrolladas con mayor profundidad a continuación:

- 1) **Fuerza física:** los romanos la llamaban “*vis*”. Es el uso material de la fuerza. Mediante vías de hecho, a la víctima se le provoca un temor, forzándola a celebrar el acto o contrato. En este tipo de fuerza no existe voluntad por parte de la víctima, es decir que hay la falta de uno de los requisitos del acto o negocio jurídico. Por lo tanto, el acto no nace a la vida del derecho y la fuerza no actúa como un vicio del consentimiento debido a que no existe voluntad. La doctrina discute si en este caso, la sanción es la inexistencia o nulidad absoluta. no obstante, Se dice que este tipo de fuerza no vicia el consentimiento.
- 2) **Fuerza moral o psicológica:** este tipo de fuerza se la conoció en Roma como “*metus*”, y consiste en el uso de la coacción psicológica, la misma que provoca un temor a la víctima para determinarla a que preste su consentimiento para poder celebrar un acto jurídico. En este caso, el acto jurídico nace a la vida del derecho. Si es que se llegan a dar ciertos requisitos, la fuerza vicia el consentimiento. Estos requisitos son los siguientes:

2.1) Gravedad: es importante mencionar que el derecho es un conjunto de normas que regula la vida en sociedad. Es por esto que las normas jurídicas deben situar los antecedentes jurídicos en un plano de equilibrio ubicado en un punto medio entre la cobardía y la fuerza moral. Es por ello que el derecho no protege a las

personas suprasensibles a la cobardía, debido que según el derecho romano, la fuerza debe causar mayores males. El Código Civil Chileno se encuentra el artículo 1456 determina que la fuerza no vicia el consentimiento, salvo cuando es capaz de provocar una impresión fuerte en una persona de sano juicio atendiendo a su edad, sexo y condición. (Nacional, Código Civil Chileno, 1855). Se toma en cuenta por lo tanto a una persona en su sano juicio y tres elementos a mencionar:

- **Edad:** es más fácil atemorizar a un anciano o joven que a una persona adulta.
- **Sexo:** es más fácil atemorizar a una mujer que a un varón.
- **Condición:** es más fácil atemorizar a una persona que es analfabeta o de escasos recursos que a una persona culta.

Como se mencionó anteriormente, el temor reverencial no basta para viciar el consentimiento. Sin embargo, jurisprudencia extranjera habla de “*temor reverencial agravado*” el cual se presenta cuando se reúnen ciertos requisitos mediante los cuales significa que el consentimiento se encuentra viciado. Por ejemplo, el trabajador es coaccionado por su empleador mediante temor reverencial agravado de perder su empleo.

2.2) Injusticia: aquello significa que el mal con el cual se amenaza debe ser ilegítimo. Es decir, contrario a derecho o siendo lícito, que sirva para obtener beneficios injustos o beneficios a los que no se tiene derecho. Se presenta el caso por ejemplo cuando una persona le dice a otra que si no le paga lo que le debe, le rematará la casa que le entrega en hipoteca. Su conducta no es lícita porque el derecho le otorga estas acciones,

2.3) Determinante: aquello significa que entre el temor existente de la víctima y la celebración del acto o contrato, debe existir una relación de causalidad. Es decir que el temor indujo a la víctima a celebrar dicho acto o contrato.

2.4) Actual o contemporánea: significa que cuando se celebró el acto jurídico, la víctima se encontraba atemorizada, sin que importe el momento preciso en que se usó la fuerza.

Es importante mencionar que existen algunos elementos personales de la fuerza moral y son los siguientes:

- 1) **Víctima de la fuerza moral:** hace alusión a la persona que celebra el contrato bajo la presión de la fuerza moral. Esta persona frente a la amenaza siente miedo, temor y prefiere someterse a un mal menor con tal de evitar el mal amenazado considerado por él de mayor importancia.
- 2) **Con relación a la persona que pueda recibir el daño:** es la víctima o bien un tercero vinculado a ella. De tal manera que en la víctima se produce un temor. El mal puede recibir la persona ya sea en su patrimonio o en su persona misma.
- 3) **El autor o agente de la fuerza:** la ley no requiere que la fuerza para que vicie el consentimiento provenga directamente de las partes contratantes. Bien puede provenir de un tercero no suscriptor. Tampoco exige que la fuerza provenga de la persona que es beneficiada por ella. Basta que la fuerza haya sido empleada por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento. Esto debido a que usualmente por medio de un estímulo económico se usa a tercero para poder realizar actos de fuerza. Esto demuestra que es más fácil librarse de la fuerza que del dolo.

Se debe mencionar también la prueba y la sanción de la fuerza moral. Como también la diferenciación que existe entre la fuerza y el dolo. Comenzando con la prueba la persona que reclama la nulidad del contrato es la encargada de probar todos y cada uno de los requisitos. Como es de conocimiento se menciona el aforismo “*onus probando incumbit actori*”, que significa al actor le incumbe la prueba de los hechos que alega. Le incumbe por lo tanto probar las obligaciones o su extinción a la persona que alega aquellas o ésta. Tales como instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesiones de parte, juramentos diferidos, inspecciones personales del juez y dictámenes de peritos o de intérpretes. Este contenido se lo encuentra en el Código Civil Ecuatoriano en el artículo 1715. (Nacional, Código Civil Ecuatoriano , 2018). Como se sabe el instrumento público es aquel que es autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Es otorgado e incorporado en una escritura pública.

En cuanto a la sanción que se aplica en la fuerza moral, se conoce que en materia de nulidad la regla general es la nulidad relativa. Teniendo así cuatro casos de nulidad absoluta y, en el caso de que se ocasione cualquier vicio que se encuentre fuera de estos casos, se habla de nulidad relativa. La nulidad absoluta se da cuando: *“1) es producida por un objeto o causa ilícita, 2) producida por la omisión de algún requisitos o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, considerando su naturaleza y no la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, y 3) en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces”*. Estas causales se las encuentra en el artículo 1698 del Código Civil Ecuatoriano. (Nacional, Código Civil Ecuatoriano , 2018). La fuerza no es mencionada como vicio de nulidad absoluta, por lo que se concluye que su sanción es la nulidad relativa.

Ahora bien, se hace la diferencia entre el dolo y la fuerza. En primer lugar, al tratarse de un acto jurídico bilateral o llámese convención, para que el dolo vicie el consentimiento debe ser obra de una de las partes. Mientras que para que opere la fuerza esta debe ser cometida por un tercero o bien cualquier persona ajena al acto jurídico o contrato. En segundo lugar, se dice que ambos vicios acarrear la nulidad relativa, pero el plazo de 4 años que existe para ejecutar la acción relativa se computa desde diferentes hechos: *“cuando se trata de error o dolo se cuenta desde la celebración del acto o contrato, mientras que cuando se trata de la fuerza, el plazo comienza a correr desde que la fuerza cesa”* (Nacional, Código Civil Ecuatoriano , 2018).

Ahora bien, el siguiente elemento y último a analizar es el dolo. Al dolo se lo conoce como esa intención de causar daño a otro. Sin embargo, en el arbitraje, existe dolo cuando una de las partes induce a la otra a la celebración del pacto arbitral mediante el uso de cualquier medio engañoso, ya que si tales medios no se hubiesen presentado, la parte no habría convenido dicho pacto. Cuando se habla de dolo, la víctima celebra de manera equivocada el acto jurídico o contrato, pensando que lo verdadero es falso o viceversa. Viene a ser prácticamente similar al error. Pero la diferencia radica en que cuando se habla

de error como vicio la equivocación surge de manera espontánea, en otras palabras, nadie hizo nada que la persona incurra en error. En cambio cuando se habla de dolo, el error proviene de una estrategia del autor doloso quien engañó a la víctima. El artículo 1474 del Código Civil Ecuatoriano menciona que *“el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo”*. (Nacional, Código Civil Ecuatoriano, 2018).

Es importante mencionar que existen algunos aspectos sobre el dolo en materia civil que se presentan y son las siguientes a mencionar:

- 1) **Como vicio del consentimiento:** es aquella maquinación de tipo fraudulenta destinada a engañar a una persona para determinarla a que preste su consentimiento con el objetivo de celebrar un acto jurídico o contrato determinado.
- 2) **Como elemento de la responsabilidad contractual:** en este caso existe una obligación nacida de un contrato pero el deudor la incumple por dolo. es aquella maquinación de tipo fraudulenta realizada por el deudor con el objetivo de evitar el cumplimiento de su obligación, perjudicando así al acreedor. Algunos autores manifiestan que este tipo de dolo es un agravante de la responsabilidad contractual. Además se cree que es uno de los elementos para que exista responsabilidad contractual.
- 3) **Como elemento de la responsabilidad extracontractual o aquiliana:** se presenta cuando una persona incurre en un delito civil. Es decir, ejecuta un acto o se abstiene de realizar un hecho de manera maliciosa o dolosa, causando de esta manera daño a otra persona. Como elemento de la responsabilidad aquiliana es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Se entiende por lo tanto que el dolo es uno solo, pero puede actuar en cualquiera de estas tres facetas. El dolo es aquel engaño que se realiza para perjudicar a un tercero. Existen así mismo elementos por los cuales se encuentra conformado el dolo y son los siguientes:

- 1) **Elemento Subjetivo:** es la intención positiva de perjudicar a otra persona.
- 2) **Elemento Objetivo:** es el resultado del dolo, perjudicar a otra persona. Pero no basta con querer perjudicar, sino que se debe materializar dañando a otra persona. Sin daño no existe el dolo.
- 3) **Relación o vínculo de causalidad entre la intención positiva y el daño experimentado por una persona:** debe existir un nexo de causalidad.

Existen diversas clases de dolo y son las siguientes a mencionar según sus distintas clasificaciones:

- 1) **Primera clasificación:** según Roma existe
 - **Dolo bueno:** consiste en alabar exageradamente algunas cualidades de una cosa, lo que no vicia el consentimiento. Un ejemplo es cuando una persona desea vender su móvil y lo alaba exageradamente para que el comprador lo compre.
 - **Dolo malo:** es aquella maquinación de tipo fraudulenta que se la usa con el fin de engañar a una persona y así determinarla para que preste su consentimiento para celebrar un acto jurídico o contrato.
- 2) **Segunda clasificación:**
 - **Dolo positivo:** se manifiesta al ejecutar un determinado hecho que consiste en realizar algo o decir alguna cosa.
 - **Dolo negativo:** se da cuando la persona omite decir algo o ejecutar una conducta determinada estando obligada a ello. Se lo conoce como *reticencia*, y es importante en ciertos contratos tales como el contrato de seguro de vida. El asegurado al omitir una enfermedad preexistente incurre en dolo.
- 3) **Tercera clasificación:**

- **Dolo principal:** aquel sin el cual la víctima no ha contratado. Se lo conoce también como dolo causal, debido a que es la causa por la cual la víctima celebra el contrato o determina a celebrarlo.
- **Dolo incidental:** aquel sin el cual la víctima ha contratado pero encontrándose en mejores condiciones.

Se debe mencionar al igual que existen algunos efectos del dolo, su condonación como también su correspondiente sanción. Al hablar de los efectos del dolo son dos:

- 1) **Tipificar una causal de nulidad del acto jurídico o contrato:** para que el dolo se considere causal de nulidad del acto o contrato, es necesario que se encuentren presentes dos elementos:

- que se trate de un dolo principal, sin el cual la víctima no hubiera contratado.
- Que el dolo sea obra de la contraparte.

Cabe destacar que estos dos elementos solo se presentan en los contratos bilaterales, debido a que en los contratos unilaterales, el dolo puede presentarse por cualquier persona, es decir un tercero no suscriptor del negocio jurídico. En este caso, basta solo que el dolo sea determinante, es decir, que sin él el autor no habría contratado. Por lo tanto, en los actos jurídicos unilaterales es necesario que el dolo provenga de una persona que no es parte del negocio jurídico. Un ejemplo claro es cuando se ejerce el dolo sobre una persona para que ésta otorgue testamento debiendo provenir de un tercero, beneficiado o no con el testamento.

- 2) **Dar lugar a una indemnización de perjuicios:** se presenta cuando en el acto jurídico o contrato interviene el dolo y falta uno de los requisitos precedentes, por lo tanto no existe nulidad del acto o contrato, pudiendo de esta manera la víctima solamente demandar una indemnización de perjuicios. Si el dolo no es principal, significa que de todos modos la víctima hubiera contratado, por lo tanto no es precedente que se sancione con la nulidad. Lo que procede en este caso es una reparación a la víctima por los perjuicios que ha sufrido. Se dice también que cuando el dolo no proviene de la contraparte, entonces tampoco

existe nulidad, porque no es posible formular un juicio de reproche a la contraparte de la víctima. Si la maquinación es obra de un tercero, el dolo no vicia el consentimiento de la parte que celebró el contrato inducido por él, salvo aquella hubiera conocido el engaño del tercero, caso en el cual debió informar a la víctima. La víctima para obtener la reparación de los perjuicios sufridos tiene dos opciones: 1) demandar a la persona que planeó el dolo por el total de los perjuicios, y 2) demandar a la persona no planeó el dolo pero que ha obtenido provecho de él, pero solo hasta la concurrencia de mencionado provecho.

La regla general en el dolo es que se presume la regularidad de los actos jurídicos, por lo tanto se presume la buena fe de las partes. Es así entonces que el dolo no se presume. Por tanto, aquella persona que alegue mala fe debe probarla. Cuando se habla de mala fe significa que es una situación anormal que se opone a la generalidad de los negocios jurídicos. Esto debido a que el legislador siempre presume una situación normal, corriente y ordinaria. Para la persona que desee probar el dolo es complicado, debido a que deben constar los 3 elementos que forman parte del mismo y que ya fueron explicados con anterioridad. Tales son: el elemento subjetivo, el elemento objetivo y por último la conexión de causalidad. Por lo tanto siempre el medio de prueba se basa en presunciones. De acuerdo al Código Civil Ecuatoriano, en su artículo 32 presunción es: *“la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”*. (Nacional, Presunción, 2018). No obstante, el legislador para proteger a la víctima del dolo, establece algunas presunciones de dolo, lo que significa que la víctima queda libre de la carga de la prueba.

La víctima bien puede perdonar el dolo, es decir renunciar a la acción que le otorga la ley. Para que opera la condonación, se debe hacer dos distinciones:

- 1) **La condonación del dolo futuro:** aquello significa la aceptación y perdón de la conducta que es dolosa la cual puede tener una de las partes en el porvenir, sea que constituya una cláusula de cualquier convención o contrato. La condonación por lo tanto del dolo futuro presenta objeto ilícito y se lo sanciona con nulidad absoluta. esto quiere decir que por ejemplo, es ineficaz un acto por el cual una persona renuncia a perseguir la responsabilidad de otra por los engaños que esta pudiera haberla víctima para poder así obtener su consentimiento en contratos que se puedan celebrar en un futuro.
- 2) **La condonación del dolo pasado:** no existe impedimento para que el dolo sea perdonado una vez que se cometió y haya sido conocido por la víctima. La condonación es válida siempre que haya sido efectuada de manera expresa, es decir que haya sido señalada en términos formales, explícitos y directos, que la víctima perdona el dolo. Una vez que el dolo fue producido, la víctima tiene la alternativa de pedirle al agente que le indemnice por los perjuicios ocasionados. La indemnización de perjuicios tiene siempre un contenido económico, por lo tanto, si la víctima llega a renunciar a la acción de indemnización de perjuicios, renuncia a este derecho.

Por último se encuentra presente la sanción del dolo. Cuando se menciona este vicio del consentimiento, el mismo provoca nulidad relativa del acto o contrato, como también puede otorgar a la víctima acción de indemnización de perjuicios, como se mencionó en el párrafo anterior.

Como se tiene conocimiento, el convenio arbitral en toda su integridad, tiene los mismos elementos que un negocio jurídico es decir un contrato. Por lo tanto a continuación se hará el análisis de los diversos elementos que conforman el convenio arbitral.

La primera clasificación según el autor Federico de Castro y Bravo en su obra “El Negocio Jurídico”, nos menciona la clasificación a efectos de la prueba y nos dice que la práctica de los tribunales ha mostrado la importancia de distinguir entre los elementos que conforman el supuesto hecho negocial. (Bravo, 1985). Estos son los siguientes:

- 1) **Elementos específicamente constitutivos:** son aquellos que producen normalmente el efecto jurídico del negocio que se invoca como título de la acción ejercida. Son necesarios y bastan para que nazca el negocio. Un claro ejemplo sería el consentimiento sobre la venta de una cosa por un precio determinado.
- 2) **Elementos Impeditivos:** son aquellos que impiden que nazca el negocio jurídico, por ejemplo el precio no puede tenerse por cierto. También hacen nulo o anulable el negocio jurídico.
- 3) **Elementos Extintivos:** son aquellos que ponen fin a la relación contractual como por ejemplo, la consumación de la venta, la entrega de la cosa y el precio. También dan por terminado al negocio jurídico como por ejemplo la declaración de nulidad o por medio del ejercicio de la acción de impugnación.

Esta distinción ha servido para que se aplique de manera flexible la regla sobre la carga de la prueba llamada “*incumbit probatio qui dicit, no qui negat*”, demostrando así para la persona que afirma la existencia de un negocio jurídico, la limitación de solo llegar a demostrar que se han reunidos todos los hechos normalmente constitutivos. Mientras que para la persona que afirme su inexistencia o nulidad, debe probar los hechos de naturaleza especial o excepcional, que puedan impedir su validez o eficacia, o hayan extinguido la relación negocial.

Durante mucho tiempo, se repite la clasificación de los elementos del negocio jurídico siendo estos los siguientes:

- 1) **Elementos Esenciales “essentialia seu sub-tantialia”:** son aquellos requisitos sin los cuales el negocio jurídico no puede existir. Por ejemplo, el precio cierto y la cosa determinada en la compra venta.

- 2) **Elementos Naturales “naturalia”**: son aquellos elementos que acompañan normalmente al negocio, por ser propios de su naturaleza.
- 3) **Elementos Accidentales “accidentalía”**: son aquellos que se añaden a los otros elementos voluntariamente por las partes. En estos se comprenden también cualquier cláusula especial establecida.

La doctrina en la actualidad abandona esta clasificación, debido que para cada grupo se usa un diverso criterio. En consecuencia, los elementos esenciales no se refieren a los elementos del negocio en general, sino a los elementos de cada tipo según su causa de negocio. Los elementos naturales no son elementos o requisitos, sino que consisten en los efectos atribuidos por las leyes o normas dispositivas. Y por último los accidentales ya son elementos esenciales también para su eficacia no del negocio jurídico en general sino de cada negocio en concreto. La mencionada clasificación puede servir para mostrar la deformación en cuanto a una clasificación de escuela escolástica, al ponerse al servicio de una teoría. Antiguos pandectistas no confundían criterios, sino que se mantenían fieles a la teoría de la voluntad. Para ellos, los efectos jurídicos del negocio jurídico resultaban de la voluntad. También los efectos establecidos por las leyes dispositivas, los que aunque no se mencionaban de manera expresa, se entienden naturalmente “*selbstverständlich*” (por supuesto) queridos, por ser justos y apropiados. En cambio, Domat sin tales prejuicios teóricos, usa de manera correcta la distinción, mencionando que las obligaciones que resultan de los convenios son de tres clases: las expresadas en los convenios, las que son consecuencias naturales de los convenios y por últimos las que son regladas por alguna ley o costumbre. (Bravo, El Negocio Jurídico , 1985).

Como se ha mencionado a lo largo del análisis del convenio arbitral, el consentimiento es la base primordial del arbitraje. Ninguna persona puede obligada a ser llevada a sede arbitral sin su consentimiento materializado en el convenio arbitral. La pregunta que se quiere resolver es si un tercero no suscriptor del convenio arbitral que no aparece como parte en el mismo, puede aprovecharse de dicho pacto para iniciar un arbitraje en contra de las demás partes de

mencionado contrato. O si bien puede ser demandado en sede arbitral por las demás partes y bajo qué supuestos debe ser considerado. Se han analizado varias teorías de acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, y se ha considerado que un tercero no suscriptor puede prevalecerse de un arbitraje o puede ser llevado a un proceso arbitral, en virtud del convenio arbitral. Se ha mencionado anteriormente que, el tercero más que tener dicha calidad, viene a ser una parte del convenio arbitral. Esto se debe a que la única manera de conciliar el efecto relativo del contrato con la admisión de una persona o entidad no signataria del contrato en el marco de un arbitraje iniciado al amparo de tal convenio consiste en establecer que dicha parte ha consentido ser parte del convenio arbitral. De tal manera que, el consentimiento será siempre el requisito necesario para poder atraer a un no firmante a arbitraje, el mismo que podrá manifestarse en cualquier etapa del iter contractual.

Tanto la Doctrina del grupo de sociedades como la doctrina del estoppel buscan identificar la intención común de las partes en casos donde el consentimiento a arbitraje es manifestado de manera implícita. Sin embargo, se agrega que en todas las teorías existentes en donde se extiende el convenio arbitral a partes no signatarias, el consentimiento se manifiesta de forma implícita, y en consecuencia, el no suscriptor queda vinculado al convenio arbitral. Un claro ejemplo sería cuando se habla de la teoría de la estipulación a favor de un tercero, la persona no suscriptora manifiesta su consentimiento al aceptar el beneficio, porque si acepta, está aceptando también la carga que es asumir el arbitraje convenido en el contrato que contiene el beneficio a su favor.

Otro claro ejemplo es cuando se habla de la teoría de la incorporación por referencia en donde, es claro que las partes consienten al incorporar de manera consciente dentro del contrato en celebración, una referencia al convenio arbitral. En cuanto a la teoría del levantamiento del velo societario o alter ego, también es claro que el consentimiento de la empresa controladora que usa a otra empresa

como una simple pantalla, siempre ha existido, ya que es la empresa controladora aquella que en el fondo, ha celebrado todos los contratos y ha realizado las operaciones económicas, mediante el uso de otra empresa, que le ha servido de medio para todos sus fines. En el caso del velo societario, es mostrar ante la luz, a la verdadera contratante, interesada y parte que ha consentido con cada uno de los negocios y en el pacto arbitral celebrado por su filial.

En la teoría de la cesión, se tiene en conocimiento que el cesionario consiente en someterse a arbitraje, cuando participa de una cesión de un contrato el cual contiene una cláusula arbitral y por lo tanto, se encuentra asumiendo la misma posición jurídica que el cedente, sin hacer ninguna reserva sobre la cláusula arbitral. Lo mismo sucede con la teoría de la subrogación, el momento en el que el subrogante asume la posición del subrogado, tomando provecho o siendo vinculado al arbitraje, consintiendo en el mismo, desde el momento que paga la obligación de un contrato que contiene el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos.

Se toma en cuenta que existe una tensión entre un movimiento el cual privilegia el consentimiento expresado en términos claros e inequívocos que ha sido la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, y un movimiento que privilegia la eficacia del arbitraje, permitiendo construir o presumir un consentimiento mediante los elementos fácticos y teorías jurídicas, a pesar de que no se haya expresado de manera inequívoca. (Osorio, Universidad de Chile, 2018). Se tome la postura que sea, lo que resulta claro es que la extensión del convenio arbitral aparece condicionada por un elemento de carácter jurídico como es el consentimiento, debiendo el árbitro en cada caso particular, sea cual sea la teoría o doctrina que aplique para extender los efectos de un pacto arbitral a un no suscriptor, aclarar los actos o comportamientos que sirvan para construir la voluntad del no suscriptor de verse vinculado por el arbitraje.

Se debe mencionar que al hablar de la extensión del acuerdo arbitral a terceros no signatarios trae sus dificultades ya que a diferencia de la jurisdicción estatal, la cual es legal y obligatoria, la jurisdicción arbitral es de base contractual y depende por lo mismo de la existencia de una voluntad inequívoca de las partes de someterse a la decisión de los árbitros. En los casos en donde la parte no signataria es la que solicita la incorporación al procedimiento arbitral, los requisitos que se deben cumplir para la procedencia de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral son mucho más flexibles, que cuando busca traer a una parte no signataria como demandada, ya que ésta no ha consentido el arbitraje.

Por lo tanto, los problemas frente a la extensión del convenio a partes no signatarias son aquellos relativos a la interpretación y alcance de la cláusula arbitral, ya que el árbitro es el encargado de descifrar la voluntad real de los involucrados de ser parte del arbitraje. Otro problema que se presenta posteriormente es en cuanto a la ejecución y reconocimiento del laudo arbitral, debido a que la parte no suscriptora que se encuentra siendo afectada por la extensión del convenio arbitral bien puede solicitar la denegación de la ejecución del laudo arbitral por alguna de las causales que indica la Convención de Nueva York o la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, o incluso su nulidad. Por último se puede mencionar que existen otros problemas de tipo procesal y los mismos tienen que ver con la alternativa de poder acumular en un mismo arbitraje pretensiones dirigidas contra partes distintas.

Para un mejor desarrollo del tema, se analizará primeramente los problemas en cuanto al alcance de la cláusula arbitral, luego se analizará los problemas relativos a la ejecución y reconocimiento de un laudo arbitral, para posteriormente poder analizar los problemas procesales.

- 1) **Problemas relativos al alcance de la cláusula arbitral:** En el momento que se vincula a un tercero no suscriptor al arbitraje, al no haber firmado el convenio arbitral ni tampoco aparecer en él, deviene una dificultad, porque lo primero que debe hacer el árbitro para extender a dicho tercero es establecer de manera inequívoca su consentimiento al arbitraje. La forma en la cual el árbitro consigue

realizar esto, es mediante una de las teorías tales como los actos propios o estoppel, los grupos de sociedades, el levantamiento del velo societario o alter ego, entre otros que ya fueron analizados. De esta forma, cualquier reflexión sobre la extensión a una parte no-signataria y si la misma se encuentra vinculada a las obligaciones que derivan de un acuerdo, debe encontrarse fundamentada en hechos específicos, mediante los cuales se pueda deducir que la parte no signataria tiene conocimiento sobre el acuerdo en controversia y el entendimiento sobre sus términos y condiciones.

2) **Problemas debido a la ejecución y reconocimiento de un laudo arbitral:** No cabe duda que la parte que fue obligada a litigar ante un tribunal arbitral por haberse extendido la cláusula arbitral, con posterioridad intentará la nulidad o denegación de ejecutabilidad del mismo. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su artículo 34 menciona cuales son las causales para poder invocar la nulidad de un laudo arbitral como por ejemplo:

- Cuando la parte que interpone la petición pruebe que una de las partes en el acuerdo de arbitraje se encontraba afectada por alguna incapacidad o que dicho acuerdo no es válido en relación a la ley que las partes lo han sometido. Si nada se ha mencionado sobre este aspecto, en virtud de la ley de este Estado.
- El tribunal compruebe que según la Ley del Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público de dicho Estado.

No se debe olvidar que la petición de nulidad es el único recurso contra un laudo arbitral. Además la petición de nulidad no puede formularse luego de transcurridos tres meses contados a partir de la fecha de recepción del laudo arbitral, salvo que de acuerdo a la disposición contenido en el artículo 33 de la ley Modelo de la CNUDMI, se cuente desde la fecha que resuelva el tribunal arbitral. También se debe tomar en cuenta que una vez que el tribunal solicita la anulación del laudo, se puede suspender las actuaciones de nulidad cuando corresponda y lo solicite una de las partes. Esto por un plazo determinado con el

único fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar sus actuaciones o adoptar cualquier otra medida que a criterio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de la nulidad. (Unidas, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1987).

La persona que haya sido arrastrada a un arbitraje la cual considera que no forma parte, normalmente se defenderá también en la etapa de ejecución de laudo arbitral, alegando los motivos de denegación de la ejecución que se encuentra contemplada en el artículo 36 de la Ley Modelo, los cuales son los mismos para solicitar la nulidad. Un laudo arbitral, sin importar el país en el cual haya sido dictado, es reconocido como vinculante. Presentando una petición por escrito ante el tribunal competente, será ejecutado de acuerdo a la Ley Modelo de la CNUDMI. Además, la parte que invoca el laudo o pide su ejecución debe presentar el original autenticado o copia certificada y el acuerdo de arbitraje original o copia certificada. Si el laudo o acuerdo no se encuentra redactado en el idioma oficial del Estado, la parte debe presentar una traducción certificada de dicho documento. El contenido mencionado en este párrafo se encuentra en el artículo 35 de la Ley Modelo de la CNUDMI. (Unidas, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1987).

- 3) **Problemas procesales:** estos problemas se relacionan con lo que conoce como “*arbitraje multiparte*”, ya que su incorporación produce la pluralidad de sujetos intervinientes en el proceso arbitral.

Análisis de laudos arbitrales en donde se presenten partes no signatarias frente al proceso arbitral en la legislación ecuatoriana

Después de haber hecho un largo análisis sobre el desarrollo en cuanto a la extensión del convenio arbitral a partes no signatarios, se hará en éste capítulo un análisis de laudos arbitrales en donde se presenten partes no signatarias frente al proceso arbitral.

El laudo arbitral es la decisión adoptada por el árbitro o tribunal arbitral. La decisión del árbitro no admite apelación alguna y tiene efecto de sentencia de

última instancia ejecutoriada, por lo que debe ser cumplida a cabalidad. Es así que tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. Por lo que se sigue la vía de apremio sin que el juez de ejecución acepte alguna excepción, salvo aquellas que se originan de manera posterior a la ejecución del laudo. Este contenido se lo encuentra en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. (Nacional, Ley de Arbitraje y Mediación , 2018).

La misma Ley en su artículo 30 indica que el laudo solo puede aclararse o ampliarse a petición de parte, antes que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que haya sido notificado a las partes. Dentro de este término, el tribunal arbitral tiene la atribución de corregir errores numéricos, tipográficos o de similar naturaleza. Las peticiones se resuelven en el término de diez días contados a partir de su presentación. El laudo arbitral es inapelable y no es susceptible de otro recurso que no se encuentre establecido en la Ley. (Nacional, Ley de Arbitraje y Mediación, 2018).

En relación a la nulidad de los laudos, puede intentar dicha acción de un laudo arbitral cualquiera de las partes. La ley es clara en sus presupuestos y menciona cinco alternativas en donde se puede presentar esta acción siendo cuando:

- 1) No se cita de manera legal con la demanda, el juicio continúa y se termina en rebeldía. Es importante que la falta de citación impidió que el demandado pueda deducir sus excepciones o haga valer sus derechos. El demandado debe reclamar por dicho suceso al momento de intervenir cuando es escuchado, como un derecho fundamental reconocido en la Constitución del Ecuador.
- 2) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y esto impida o limite el derecho de defensa de la partes. Toda persona tiene derecho a la defensa y no puede ser privado en ninguna etapa del proceso.
- 3) No se ha convocado, notificado la convocatoria o luego de convocada no se practican las pruebas a pesar de existir hecho que deben justificarse.
- 4) El laudo se refiera a cuestiones que no se encuentran sometidas al arbitraje (extra petita) o conceda más allá de lo reclamado, (ultra petita)

- 5) Se hayan vulnerado los procedimientos previstos por la Ley de Arbitraje y Mediación o por las partes para designar árbitros o al tribunal arbitral.

El laudo arbitral se interpone la acción de nulidad ante el presidente de la Corte Superior de Justicia, en el término de diez días como ya se mencionó anteriormente, contando desde que fue ejecutoriado el laudo arbitral. de esta manera, el tribunal arbitral dentro del término que dispone la Ley, esto es tres días, remite el proceso al presidente de la Corte Superior de Justicia, para que el mismo lo resuelva en el término de treinta días contados desde la fecha que avoco conocimiento de la causa. Si la acción de nulidad es presentada fuera del término que señala la Ley, se tiene por no interpuesta la acción y no se la acepta a trámite. La persona que interponga la acción puede solicitar al tribunal arbitral que suspenda la ejecución del laudo, rindiendo de esta manera, caución suficiente sobre los perjuicios que la demora en la ejecución del laudo puede causar a la otra parte. Por último, el tribunal arbitral en el término de tres días, debe fijar el monto de la caución, disponiendo de tal manera la suspensión de la ejecución del laudo. La caución debe constituirse dentro del término de tres días contados a partir de dicha notificación. Este contenido se lo encuentra en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. (Nacional, Ley de Arbitraje y Mediación, 2018).

Para poder hacer el análisis de los laudos arbitrales, para un mejor desenvolvimiento del tema, se mencionarán los tipos de laudos arbitrales más comunes y representativos en el Ecuador. (Franco, 2011). Se toma en cuenta que en el país, no existe una clasificación directa, sino que se fundamenta tal división en el derecho consuetudinario siendo la siguiente:

- 1) **Laudo sobre Competencia:** no tiene importancia si es final o incidental, porque el laudo en el cual el Tribunal Arbitral admite o rechaza su competencia se encuentra ocupando un lugar particular. Las leyes arbitrales admiten que el árbitro decide el laudo separando de esta manera su competencia y la consagran en general reglas particulares.

- 2) **Laudo Incidental:** Este tipo de laudo es una decisión provisional la cual tiene lugar durante el procedimiento, sin poner fin al mismo. Si el laudo versa sobre un punto que pueda poner fin al arbitraje, ya sea de procedimiento o de fondo, el laudo arbitral será final si el punto es aceptado. Se lo conoce también como laudo interlocutorio. A pesar de que no produce efecto de cosa juzgada, no es ejecutable o anulable, sin embargo esta decisión si es obligatoria para las partes porque se la realiza para avanzar en el proceso en busca de poner fin a la controversia suscitada.
- 3) **Laudo Parcial:** Es aquel que versa sobre una parte del objeto del litigio, en otras palabras, sobre uno de los puntos de la demanda o de la contestación. Estos pueden ser objeto de un recurso inmediato. Entre las cuestiones que los árbitros resuelven mediante este laudo es por ejemplo la existencia o no del convenio arbitral, la validez o invalidez de la cláusula de sometimiento a arbitraje, la extensión de la cláusula a arbitraje terceros no signatarios, medidas cautelares. A pesar de que la Ley Modelo de la CNUDMI ni el Reglamento de la Cámara de Comercio internacional reconocen esta posibilidad de que un laudo parcial ponga fin a una controversia, si existen normas nacionales e internacionales que adoptan esta posibilidad. Tal es el caso por ejemplo en el Derecho Español, la Ley de Arbitraje del año 2003 que se encuentra en vigencia, reconoce la posibilidad legal de resolver una cuestión de fondo mediante un laudo parcial. (Cosío, 2018).
- 4) **Laudo Final:** implica dos sentidos. Por un lado, designar el laudo el cual decide sobre todas las pretensiones sometidas por las partes y que, en consecuencia, pone fin al procedimiento arbitral. Por otro lado, también se toma en cuenta que un laudo parcial es final cuando tiene fuerza de cosa juzgada y vincula de esta manera a los árbitros y a las partes.
- 5) **Laudo en Rebeldía:** es cuando una de las partes se niega a participar en el procedimiento y el Tribunal Arbitral, se ve en la necesidad, de continuar sin la participación activa de la parte en rebeldía. Los árbitros deben controlar de oficio

su competencia. El derecho arbitral ecuatoriano no señala cuales son las reglas particulares sobre el laudo en rebeldía sino que solo permite que el sistema arbitral decida al respecto.

- 6) **Laudo Consentido:** tiene por objeto una transacción en donde intervienen las partes. La finalidad es brindar un título ejecutivo a la transacción, el mismo es tratado por leyes y reglamentos arbitrales con efectos idénticos. Este tipo de laudo, se encuentra sometido a las mismas reglas de forma de los demás laudos arbitrales, exceptuando la necesidad de motivación. Sin embargo, debe estar dentro de los contenidos del acuerdo arbitral, a excepción que las partes acuerden expresamente darle su poder al árbitro, y con ello no pueda ser negado de conformidad al derecho arbitral aplicable.

En cuanto a la ejecución de los laudos arbitrales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dentro de un proceso arbitral, tanto la fase del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, debe ser un momento trascendental de reciprocidad entre la justicia arbitral y los tribunales nacionales, ya que es dentro de la jurisdicción nacional en donde toma fuerza el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. La forma de realizar la ejecución de los laudos según determina la legislación ecuatoriana es por la vía de apremio. Se pueden pedir medidas cautelares a petición de parte. De acuerdo a la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, las medidas cautelares rigen de acuerdo a las normas del Código Orgánico General del Procesos o las que se consideren necesarias para cada caso en particular. De esta manera se aseguran los bienes que son materia del proceso, y se garantiza el resultado del mismo. Dentro de las atribuciones que tiene el tribunal arbitral pueden exigir a la parte que solicite la medida una garantía, para que de ésta manera se cubra el pago del costo de dicha medida y de la indemnización por daños y perjuicios de la parte contraria, en el caso de que la pretensión en discusión se declare infundada en el laudo arbitral. Se constata además que, la parte contra quien se dicta la medida cautelar puede pedir la

suspensión de la misma, en el caso de que rinde caución suficiente. Para ejecutar las medidas, el tribunal en el caso de que las partes lo estipulen en el convenio arbitral, solicitan el auxilio de funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, sin tener que recurrir al juez ordinario del lugar en donde se encuentren los bienes o donde sea necesario la adopción de las medidas cautelares. Cualquiera de las partes puede solicitar la ejecución de dichas medidas, sin que aquello signifique la renuncia al convenio arbitral. (Nacional, Ley de Arbitraje y Mediación, 2018).

En cuanto al reconocimiento internacional de los laudos arbitrales, presenta diversos conflictos al momento de su ejecución. El trámite es complicado, debido a que los tribunales locales por lo general actúan celosamente de su jurisdicción y en consecuencia la ejecución de sentencias es rechazada por falta de jurisdicción del tribunal extranjero. A pesar de las varias convenciones internacionales, el procedimiento sigue presentando dificultades. De acuerdo al Código de Sánchez de Bustamante y la Convención de Montevideo, la parte que quiere ejecutar un laudo arbitral extranjero debe primero obtener un pronunciamiento del juez de origen que certifique la ejecutoriedad y estado de cosa juzgada de la causa. De esta manera, el interesado debe obtener dos exequátur, uno de las cortes donde se dictó el laudo arbitral y otro del juez estatal del país donde se quiere ejecutar, además de los procedimientos y requisitos que prevé el ordenamiento jurídico interno. El arbitraje internacional cuenta con el marco jurídico correspondiente para la ejecución de los laudos arbitrales en el extranjero. La convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales “Convención de Nueva York”, es el instrumento más reconocido y trascendental sobre 120 países suscriptores en el mundo, entre los cuales se encuentra Ecuador. La Convención de Nueva York es la encargada de establecer la presunción de validez de todos los convenios y laudos arbitrales y ejecutarlos. La carga de la prueba pesa sobre la parte que se opone al reconocimiento de tal laudo arbitral. Se encuentra también la Convención

Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional que fue adoptada en Panamá en el año de 1979. Esta convención persigue el mismo fin que la Convención de Nueva York y ambas se encuentran reconocidas en la Constitución del Ecuador, formando así parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. (Cosio, 2018).

Hay que hacer una diferencia entre los arbitrajes domésticos y el arbitraje internacional. El primero hace alusión a aquellos que son regidos por normas nacionales internas, estableciendo condiciones a las cuales debe regirse el convenio arbitral. Mientras que el arbitraje internacional es más complejo porque se recurre al Derecho Internacional Privado para establecer la ley aplicable. De tal manera se determina la capacidad de las partes, arbitrabilidad de materia, nulidad o invalidez del acuerdo arbitral, legislación que debe aplicarse para el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

Sin embargo, el arbitraje internacional al paso de los años ha ganado territorio gracias al avance y desarrollo de los negocios internacionales y la necesidad de un sistema mundial uniforme de solución de conflictos. En consecuencia, cada vez más países pasan a formar parte de los convenios de arbitraje que se regulan alrededor del mundo. La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador tiene importantes preceptos sobre arbitraje internacional, como lo indica el artículo 42 el cual menciona que el arbitraje internacional es regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscrito y ratificado por el Ecuador. La misma norma determina además, la efectividad de los laudos arbitrales, poniendo énfasis que éstos tienen los mismos efectos y serán ejecutados de la misma manera que los laudos arbitrales dictados en un procedimiento de arbitraje nacional. (Nacional, Ley de Arbitraje y Mediación, 2018). En otras palabras, tendrán efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, además se ejecutarán como sentencias de última instancia.

A continuación se hará un análisis de un laudo arbitral en donde se presenta partes no signatarias frente al convenio arbitral en el ordenamiento ecuatoriano. El caso

es el siguiente: la materia en la cual se desarrolla es el Arbitraje Comercial Internacional, la parte actora es la Autoridad Portuaria de Manta que en adelante se la denominará “APM”, y las partes demandadas son *Terminales Internacionales de Ecuador S.A.* compañía en liquidación, IIHC LIMITED que ahora se la conoce como “HUTCHISON PORT INVESTMENTS LTDA.” y “HUTCHISON PORT HOLDINGS LIMITED”. (Procuraduría General del Estado , 2015).

1) **Antecedentes:**

El mes de enero del año 2006 el Grupo Hutchinson, que en adelante se lo conocerá como “Hutchison”, conocido como el “Operador de Terminales Independiente más grande del mundo”, remitió a la APM, una iniciativa privada para la Concesión del Puerto de Manta en donde propone realizar y financiar inversiones en el Puerto de Manta por un valor de USD 523 millones. La APM, organizó el mismo año una subasta pública internacional la cual finalizó con la adjudicación de la Concesión del Puerto de Manta a la empresa IIHC ahora llamada HUTCHISON PORT INVESTMENTS LTDA., como representante de Hutchison y la suscripción del “Contrato de Concesión para el uso del Puerto Internacional de Carga del Puerto de Manta”, con fecha 17 de septiembre del 2006, entre la APM y la empresa constituida para el efecto por el grupo Hutchison llamada TERMINALES INTERNACIONALES DEL ECUADOR S.A., en adelante TIDE. Después de la firma del contrato de concesión, Hutchison decide detener su inversión por motivos propios y centrarse en sus otros proyectos en la costa Pacífica, los cuales competían de manera directa con Manta, obteniendo así varios incumplimientos de tipo contractual.

A pesar de los esfuerzos que hizo la APM para retomar la situación, proponiendo así nuevos cronogramas de obras y con la intención de modificar el contrato de concesión de común acuerdo, la empresa Hutchison negó cualquier salida que implique invertir más fondos en el proyecto. Hutchison anunció de manera sorpresiva su intención de abandonar la concesión, lo que sucede en fecha 28 de febrero de 2009, el momento que abandonó Manta, dando inicio a un periodo de

intervención hasta la resolución del Contrato de Concesión con fecha de marzo del año 2010.

Con fecha 13 de septiembre del 2012, la APM, empresa que se encontraba siendo representada por el Procurador General del Estado, puso en conocimiento de TIDE Y HUTCHISON el inicio de un procedimiento de arbitraje internacional encontrándose su sede en Panamá y siendo administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

2) Demanda:

Con fecha 13 de diciembre del 2013, la APM presentó la demanda en contra de las empresas TIDE y HUTCHISON PORT HOLDINGS LIMITED (en adelante HPH), ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. La demanda fue planteada en contra la parte signataria del contrato, es decir TIDE, y también en contra de las partes no signatarias que eran IIHC y HPH, las mismas que de acuerdo al derecho ecuatoriano (derecho aplicable sobre el fondo de la controversia), considerando el derecho panameño (legislación de la sede arbitral aplicable a la existencia, validez y alcance de la cláusula), y la jurisprudencia y doctrinas consolidadas, pese a que no se firma el Contrato de Concesión, fueron parte del mismo debido a varias razones:

- Su participación fue activa en todas las fases de la negociación, conclusión, ejecución y terminación.
- Pretendieron abusar de la personalidad jurídica de TIDE, ya que se tomaron de la misma para alcanzar beneficios económicos de la Concesión sin asumir riesgos y cargas, incluida la carga de responder por los incumplimientos del Contrato de Concesión.

La demanda tuvo por objeto que se declare que IIHC y HPH fueron responsables solidarios ante compañía APM, debido a los incumplimientos de los contratos de TIDE y condenar a las partes demandadas al pago de daños y perjuicios causados por los incumplimiento del Contrato de Concesión, los cuales son los siguientes a mencionar:

- 1) Obligación de otorgar las pólizas de seguro contenidas en el Contrato de Concesión.
- 2) Obligación de transferir a la empresa APM el 5% de las acciones de TIDE.
- 3) Obligación de nombrar el Comisario de la Concesión, no permitiendo así el desarrollo de la función de control de la APM.
- 4) Obligación de presentar el documento Proyecto de Desarrollo de la Concesión para la debida ejecución del Contrato.
- 5) Hecho de haber iniciado tarde los trabajos de la Fase Inicial del proyecto.
- 6) Obligación de obtener el tráfico de contenedores del Puerto de Manta al cual se habían comprometido y, por último.
- 7) Abandono unilateral de las instalaciones y concesión objeto del Contrato con fecha 28 de febrero de 2009.

En la demanda también se solicitó que el Tribunal ordene las siguientes reparaciones:

- 1) Indemnizar a la APM por los daños y perjuicios mencionados por medio del pago de USD 167.522.818, incluidos ya intereses hasta la fecha de la demanda;
- 2) Indemnizar a la APM por los daños morales causados a ésta, por medio del pago de USD 10.000.000;
- 3) Reembolsar a la APM las costas, costos de defensa y representación incurridos en el procedimiento; y por último,
- 4) Pagar intereses sobre los importes mencionados calculados según el Derecho Ecuatoriano.

3) **Jurisdicción y Competencia:**

Con fecha 21 de Febrero del 2014, mediante Orden Procesal con N°6, el Tribunal Arbitral declaró la jurisdicción del Centro de Arbitraje y su competencia, considerando lo siguiente:

- 1) La parte demandante expresó en su demanda su punto de vista sobre la jurisdicción y competencia del Tribunal
- 2) El auto de presentación de la demanda indicó que existía la debida notificación y vencido el plazo amparado en la Ley, ninguna de las partes demandadas presentó alguna objeción y observación sobre la jurisdicción y competencia del Tribunal
- 3) La Compañía TIDE compareció a este proceso en audiencia para tratar sobre el procedimiento para el arbitraje y remitiendo al Tribunal un resumen sobre sus posiciones, pretensiones y reclamos, sin haber objetado la jurisdicción del Centro o la competencia del Árbitro.
- 4) IIHC y HPH no comparecieron al desarrollo del arbitraje pero el Centro recibió una nota de HPH con objeciones a su participación en el proceso, con el fin de pronunciarse sobre su jurisdicción y competencia. El Tribunal Arbitral mediante una tercera comunicación los invitó a comparecer en el proceso y presentar las observaciones al respecto.
- 5) Con el objetivo de pronunciarse sobre su jurisdicción y competencia, el Tribunal invitó a los demandados a comparecer en el proceso y presentar sus objeciones
- 6) La ambigüedad que existió en la cláusula N° 105.1 sobre el Centro de Arbitraje con jurisdicción para conocer el arbitraje al cual las partes se sometieron, fracasada la instancia de mediación y luego de analizar los elementos, se concluye por parte del Tribunal que el Centro de Arbitraje el cual era designado por las partes era el de la Cámara de Quito. Se interpreta de manera literal términos usados en el contrato con los diversos términos de la cláusula arbitral, como también aquellos términos que sujetan el arbitraje a la Ley de Arbitraje y Mediación. Se analizó también el numeral 105.3 que mencionaba que el arbitraje era en derecho aplicando de manera exclusiva el derecho ecuatoriano y prioritaria el derecho del Contrato de Concesión, normas que son familiares a las normas que regulan el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, no así para arbitrajes sustanciados en el CIADI, los cuales se rigen

principalmente por el Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 18 de marzo de 1965.

- 7) De la interpretación de la cláusula N° 105.2 se manifestó que la voluntad de las partes fue que el arbitraje se realice transcurrido 5 días de terminada la etapa de mediación y, sin que corresponda asignar a dicho plazo un carácter perentorio.

4) Contestación a la demanda:

La contestación a la demanda fue presentada con fecha 16 de junio del 2014 por parte de las compañías IIHC, HPH. TIDE no contestó pero se adhirió a la contestación de las compañías mencionadas.

Se realizaron objeciones en cuanto a la jurisdicción del Centro de Arbitraje y a la competencia del Tribunal. Sobre la admisibilidad de la demanda, se argumentaron vulneraciones al derecho del debido proceso. En consecuencia, las partes alegaron lo siguiente:

- 1) IIHC y HPH no formaron parte de discusiones directas y mediación, por lo tanto no se cumplió con las etapas previas al arbitraje.
- 2) Las discusiones directas se realizaron entre APM y TIDE. APM no les permitió participar en dichas discusiones. Por ende, no participaron en la mediación.
- 3) La solicitud de arbitraje no cumplió con las exigencias que rige la Ley de Arbitraje y Mediación como son los fundamentos de hecho y fundamentos de derecho, el cálculo de los daños y perjuicios, y por último, la evidencia que motive el reclamo, lo cual les impidió las partes el derecho a la defensa.
- 4) No se cumplió con el plazo obligatorio de iniciar el arbitraje, esto es, dentro de 5 días de terminada la etapa de mediación.
- 5) Se inició el arbitraje en un Centro erróneo, ya que el centro que correspondía era el CIADI
- 6) La cláusula arbitral se consideró patológica, ya que la APM nunca afirmó su consentimiento frente al CIADI, de acuerdo al art 25 numeral 3 que dice lo siguiente: *“El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que*

éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria”. (Mundial, 2006). Se tuvo por lo tanto como consecuencia que iniciar el arbitraje bajo las reglas de la CIAC, mediante el artículo 3 de la Convención de Panamá que dice lo siguiente: *“a falta de acuerdo expreso entre las partes del arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”*. (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial , 1978).

- 7) La Procuraduría General del Estado (PGE) no tenía capacidad para iniciar el arbitraje en representación de la APM.
- 8) IIHC y HPH no conocieron en el tiempo oportuno y en la forma que correspondía las comunicaciones y decisiones del Tribunal, afectando el derecho al debido proceso.

En cuanto al fondo, alegaron lo siguiente:

- 1) APM y el Ecuador vulneraron leyes y el contrato mediante acciones estipuladas contra las empresas concesionarias
- 2) IIHC y HPH no constituían parte del Contrato de Concesión
- 3) IIHC y HPH no manifestaron su consentimiento, ni de forma expresa o implícita, en someterse a arbitraje bajo el Contrato
- 4) No existieron fundamentos de jurisdicción ni bases de responsabilidad respecto IIHC y HPH,
- 5) APM y Ecuador fueron partes responsables por no haber cumplido con su obligación de aportar el valor de USD 55 millones, por el hecho de haber repudiado el Contrato de Concesión y por no haber actuado de buena fe y, por último
- 6) No se podía resarcir a la parte demandante debido a las siguientes razones:
 - No existía derecho a daños y perjuicios bajo el derecho Ecuatoriano
 - No se demostró el haber sufrido daños ciertos
 - Se calculó de forma errónea la compensación

IIHC y HPH, presentaron la reconvencción solicitando de manera específica que el Tribunal declare el derecho de IIHC y HPH a ser partes indemnizadas por los daños y perjuicios que los incumplimientos de la Compañía APM y el Ecuador lo provocan, sin especificación alguna del monto. Además solicitaron que se condene a la parte demandante al pago de los costos de la defensa y reconvencción, incluido honorarios profesionales de los abogados.

El Tribunal rechazó la reconvencción mediante Orden Procesal N° 12, por considerarla extemporánea, es decir fuera del plazo que la ley requería para presentarla, debido a que mediante Ordenes N° 4 y 5, se estableció el cronograma con fecha 25 de noviembre del 2013 al 13 de diciembre del 2013 como fecha límite para presentar la reconvencción.

5) Laudo de mayoría:

Con fecha 18 de noviembre del 2015, el Tribunal arbitral dictó su laudo, dando a conocer en audiencia por vía telefónica el 30 de noviembre del 2015. El tribunal resuelve sobre:

a) Las cuestiones previas alegadas por las partes HPI y HPH:

- 1) Derecho aplicable de fondo:** era el derecho ecuatoriano y de manera prioritaria el derecho del Contrato de Concesión.
- 2) Normas aplicables al procedimiento:** fueron las Ley de Arbitraje y Mediación del Estado Ecuatoriano y el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.
- 3) Derecho aplicable a la cláusula arbitral:** era la legislación ecuatoriana la ley aplicable al contrato subyacente, desechando las pretensiones de la demandante que sea la ley de Panamá la ley de la sede donde tuvo lugar el arbitraje.

- 4) **Reconvención:** el tribunal arbitral se remitió a lo resuelto en la Orden Procesal N°12 con fecha 18 de junio de 2014, que rechazó la reconvención por ser extemporánea, esto mediante Ordenes N° 4 y 5 en donde se fijó el cronograma el con fecha de tiempo límite para presentar la reconvención, esto es desde el 25 de noviembre del 2013 hasta el 13 de diciembre del 2013.
- 5) **Jurisdicción del Centro de Arbitraje y la Competencia del Tribunal Arbitral:** el Tribunal se remitió a la decisión contenida en la Orden Procesal N°6 con fecha 21 de febrero del 2014, en cuyos términos ratificó, declarando la jurisdicción del Centro de Arbitraje y su competencia, basándose en las consideraciones que ella contiene.
- 6) **No participación de las partes IIHC y HPH en las etapas previas de discusiones directas y mediación:** el Tribunal Arbitral no se amparó al planteamiento porque consideró tales aspectos como “*mero rigorismo formal*”, ya que existían evidencias que IIHC y HPH si tuvieron conocimiento de las etapas previas y manifestaron su voluntad de participar en ellas.
- 7) **Oportunidad de la solicitud de arbitraje:** Fue resuelta mediante Orden Procesal N° con fecha 21 de febrero del 2014, en donde el Tribunal arbitral consideró que de la interpretación de la cláusula arbitral 105.2 contiene que la voluntad de las partes fue que el arbitraje pueda ser instalado transcurrido el tiempo de 5 días de finalizada la etapa de mediación y sin que corresponda asignar a dicho plazo un carácter perentorio.
- 8) **Forma de solicitud del arbitraje:** el Tribunal Arbitral llegó a considerar que se cumplieron con todos los requisitos y formalidades del caso.
- 9) **Personería de la PGE:** el Tribunal Arbitral no encontró limitaciones a sus facultades legales de representación.

10) Notificaciones deficientes y el debido proceso: el Tribunal Arbitral llegó a considerar que inadmisible debido a que las partes demandadas tuvieron amplias oportunidades de ejercer sus derechos y su omisión voluntaria de incorporarse al proceso de manera oportuna. De haberlo hecho con posterioridad en el estado en el cual se encontraba el mismo, no sustentaba reclamo válido alguno.

b) En relación a las 7 imputaciones de la APM a TIDE, en el incumplimiento contractual supo diferenciar cuatro incumplimientos sobre los cuales la APM no realizó reclamo económico alguno, y tres diferencias en las cuales sí reclamó daños.

Las cuatro primeras se detallaran a continuación:

- 1) Obligación de presentar el documento PDC.
- 2) Obligación de nombrar el Comisario de la Concesión.
- 3) Obligación de otorgar pólizas de seguro, en general el Tribunal Arbitral llegó a considerar que las cuestiones fueron tratadas y resueltas por las partes de manera oportuna. En consecuencia, no se presentó reclamo de daños, era por lo tanto insustancial cualquier análisis extra sobre el incumplimiento restante y,
- 4) Haber iniciado de manera tardía los trabajos de la Fase Inicial del proyecto, el Tribunal Arbitral lo supo analizar junto con el incumplimiento alegado por IIHC y HPH en contra de la APM sobre la falta de aporte de USD 55 millones, concluyendo que los retrasos previos al Acta Acuerdo con fecha 28 de octubre del 2008, fueron considerados de forma razonable justificados ante la incertidumbre de la disponibilidad efectiva de los fondos de aporte por parte del Estado Ecuatoriano.

Sobre las 3 diferencias restantes, se mencionan a continuación:

- 5) **Obligación de transferir a la APM el 5% de las acciones de TIDE:** es un incumplimiento el cual no es excusable.

- 6) **Obligación de obtener el tráfico de contenedores del Puerto de Manta:** el Tribunal Arbitral no supo encontrar responsabilidad alguna por parte de TIDE.
- 7) **Abandono de la concesión:** el Tribunal supo concluir que la decisión tomada fue injustificada y constituyó de esta manera un incumplimiento del contrato, considerando lo siguiente:
- 7.1. **Declaraciones del Presidente y el comportamiento de la APM:** no generaron confianza. No obstante no pueden considerarse como un repudio de tipo definitivo e irreversible al contrato el cual justifique el abandono de la Concesión.
- 7.2. **Crisis financiera del mundo del año 2008:** influyó en la decisión de TIDE y sus accionistas para retirarse de la Concesión.
- 7.3. **Reuniones posteriores a la fecha 5 de febrero del 2009:** ratificaron el compromiso del Estado Ecuatoriano sobre la inversiones de millones y la intención de las autoridades de proseguir con el proyecto.
- 7.4. **Excepción del contrato no cumplido alegado por las partes demandadas:** no es aplicable tomando en cuenta los puntos 1 y 3, ya que no se asimila nunca a una suspensión de las obligaciones sino que reviste carácter definitivo.
- c) **La Declaratoria de terminación del contrato:** llegó a considerar que su terminación fue consecuencia razonable e inevitable por el abandono de la concesión por parte de la concesionaria, de manera prematura e injustificada, no permitiendo así la continuación del contrato.
- d) **La extensión de responsabilidad a las partes demandadas IIHC y HPH:**
- **El consentimiento expreso de IIHC y HPH:** el Tribunal juzgó que las partes demandadas son responsables con la empresa TIDE debido a los incumplimientos que se llevaron a cabo, considerando los siguientes puntos:

- 1) No celebraron como partes el contrato, pero podían ser consideradas como tal debido a los compromisos que asumieron en la etapa de formación del contrato y además el grado de participación durante el desarrollo del mismo, sobre todo en la decisión de abandonar la concesión.
- 2) IIHC se obligó a financiar las inversiones del proyecto, asumiendo de tal manera la responsabilidad.
- 3) IICH y HPH se obligaron a cumplir con el Proyecto Técnico Básico y con la financiación que se requería.
- 4) IIHC y HPH controlaban a la empresa TIDE y debieron en consecuencia, adoptar las medidas necesarias para que se cumpla con el contrato. Por consiguiente, el incumplimiento de la empresa TIDE de los compromisos de inversión al retirarse de la concesión también son imputables a las partes demandadas.
- 5) Aceptó los argumentos de la demandante sobre la participación de IIHC y HPH en todas las etapas del contrato comportándose como verdaderas partes antes de su celebración y durante su ejecución.

e) Daños ocasionados:

➤ **Sobre el régimen económico del contrato:** el Tribunal Arbitral consideró los siguientes puntos:

- 1) El riesgo derivado de la evolución de los tráficos de carga, factor clave e importante para el éxito de la concesión, era compartido entre las partes y no solo del concesionario.
- 2) El concesionario no llegó a garantizar determinados niveles de tráficos y eran solo por ende, proyecciones sujetas a revisión y ajuste

- **Sobre la procedencia de la reparación de daños y perjuicios:** consideró que salvo si hubiese existido alguna disposición que haya sido específica en contra, la reparación hubiera resultado procedente, ya que las partes llegaron a acordar el derecho a la reparación integral de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, el cual no debe confundirse con el dominio de imponer sanciones ni con la garantía de fiel cumplimiento.
- **Sobre los daños resarcibles:** el Tribunal Arbitral llegó a considerar que para que éstos sean resarcibles, debían ser ciertos, y en respecto al lucro cesante debía ser cierto y predecible, señalando que, los cálculos que fueron presentados por la parte demandante eran especulativos y poco fiables. Por otro lado, las partes demandadas no presentaron los cálculos alternativos y solo se limitaron a hacer críticas
- **Daño emergente y lucro cesante:** resolvió la indemnización de 000.000 menos el valor de la garantía neta por el valor de 807.272 descontando las multas y costos de intervención, dando un valor neto a recibir de 192.728.
- **Daño moral:** rechazó el reclamo por el valor de 000.000 al considerar que la parte demandante no pudo probar el daño causado, tampoco pudo probar que la afectación a su imagen y reputación sea consecuencia del abandono de la concesión ni que el fracaso en atraer inversiones sea responsabilidad de las partes demandadas.
- **Bienes de la empresa TIDE:** se abstuvo de pronunciarse ya que dicha empresa no presentó la reconvención al respecto.
- **Solicitudes de compensación de las partes demandadas IIHC y HPH:** el Tribunal Arbitral rechazó el pedido para que se deduzca daños reconocidos a favor de AMP de los valores que alegaban corresponderles por daños y perjuicios sufridos por ellas por el valor de USD 5.7 millones, debido a que no fueron

reconocidos por la parte demandante, ni ordenado por el Tribunal Arbitral. Tampoco constituyó crédito líquido ni exigible.

- **Los intereses:** caben cuando se encuentren las partes en mora del pago de lo adeudado o de su porción de los costos comunes del procedimiento.
- **Costas:** las partes deberán al igual cancelar de manera igualitaria los costos comunes del procedimiento y cada parte asumirá sus propios costos de defensa.

6) Decisión del Tribunal Arbitral:

- 1) Ratificó la jurisdicción del Centro y Competencia del Tribunal Arbitral.
- 2) La compañía TIDE incumplió las obligaciones de transferir el 5% de las acciones y abandonó la concesión.
- 3) Las partes demandadas IIHC y HPH fueron responsables solidariamente frente a la empresa APM de los incumplimientos de la empresa TIDE.
- 4) Reconoció a favor de la empresa APM valores que fueron descontados debido a daño emergente por el valor de USD 5349 y lucro cesante millones.
- 5) El valor neto a pagar las partes demandadas, aplicando ya valores de garantía y multa es de USD 192.728, el mismo que debe actualizarse a la misma tasa de descuento a la fecha de pago de 30 días a partir de la notificación del laudo arbitral.
- 6) Los costos comunes de arbitraje deberán ser pagados por partes iguales.
- 7) Los gastos extraordinarios de notificación a IIHC Y HPH serán asumidas por estas.
- 8) IIHC y HPH deben reintegrar a la empresa APM el 50% de los gastos del Centro.
- 9) El pago de los valores deben realizarse en un tiempo de 30 días de notificado el laudo arbitral.
- 10) La mora en el pago genera interés simple a tasa de interés legal.
- 11) Rechazó las demás pretensiones.

7) **Puntos de vista de desacuerdo parcial por parte del Profesor Guido Santiago Tawil.**

El criterio del Profesor es de tipo parcial considerando que no daba lugar la extensión de responsabilidad de la empresa TIDE debido a los incumplimientos contractuales a las empresas demandadas IIHC y HPH de acuerdo a los siguientes puntos:

- 1) El consentimiento es el pilar fundamental sobre el cual se funda el arbitraje.
- 2) Extender la responsabilidad es una injusticia porque se crea una obligación contractual que no debe existir.
- 3) Se deja de lado el principio de independencia de la personalidad jurídica
- 4) No están todos los presupuestos que habilitan el levantamiento del velo societario el cual tiene como fin desestimar la personalidad jurídica al momento de ser creada para perseguir fines antijurídicos, vulnerar la ley o dañar a terceros.
- 5) No se llega a probar la omisión de tipo dolosa o fraudulenta de la empresa TIDE, ni abuso de la personalidad jurídica para evitar así cumplir con la obligación de capitalizar la empresa según la exigencia el contrato.
- 6) Tampoco se probó que existieron elementos los cuales permitan concluir que la empresa TIDE o sus accionistas actuaron de mala fe o hicieron un uso fraudulento o engañoso de la personalidad jurídica con el objetivo de abandonar la concesión.
- 7) Extender la responsabilidad jurídica para así evitar la denegación de la justicia sería fallar en equidad y no en derecho como lo exige el convenio arbitral, crear obligaciones las cuales no llegan a existir y cubrir con el laudo arbitral mayores riesgos de los cuales el reclamante cubrió con el contrato o aquellos en los cuales

la ley, por excepción, habilita casos para que resulte procedente la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

En conclusión, se reconoció a favor de la parte demandante como consecuencia del retiro anticipado de la concesión por TIDE, daño emergente y lucro cesante. Los rubros restantes reclamados fueron desestimados.

Se llegó a considerar también que los daños y perjuicios que fueron reconocidos a favor de la APM, estuvieron razonablemente cubiertos por el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, previa deducción del importe que correspondía a penalidades impuestas a TIDE por un valor de USD 22 000 en el mismo acto. El monto total de los daños que fueron reconocidos, descontando ya a la fecha de valuación, que coincidía con el monto de la garantía ejecutada, subió al valor de 7.712.988. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral estimó que no quedaba ningún monto como remanente a percibir por parte de la empresa demandante por los daños y perjuicios, al haber quedado cubiertos con la garantía contractual ejecutada. Además, las inversiones no amortizadas efectuadas por TIDE en los bienes inmuebles del Puerto, incluidos ya los bienes inmuebles por accesión, debían ser ingresadas al patrimonio del Estado Ecuatoriano.

RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES

Recomendaciones acerca de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el proceso arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Como es de conocimiento, el arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos, el cual se desarrolla con frecuencia y ha tenido su evolución en el ámbito de los negocios. De tal manera que su uso abunda en los negocios entre compañías. Es por ello que, la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias es completamente aplicable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y en los demás ordenamientos jurídicos. Las sociedades por lo general al ser creadas, dividen los riesgos de las empresas amparándose ante el principio conocido como *“separación jurídica y patrimonial de la sociedad”*. Esta separación consiste en crear un ente distinto al de los socios, dividiendo de esta manera el patrimonio y la responsabilidad de la empresa de los demás socios. En muchas ocasiones esta separación se la utiliza para cometer un fraude a la ley y demás actividades ilícitas, en donde el tercero no signatario está siendo utilizado por la empresa cabeza quien se beneficia de la empresa pantalla. En consecuencia, aquello no permite la evolución de las sociedades y crea un obstáculo, el momento que se acude a arbitraje, porque el tercero no signatario al acudir a arbitraje se encuentra en desacuerdo de asistir y comparecer ante el tribunal arbitral, debido a que no ha manifestado su consentimiento en el convenio arbitral. Si bien es complicado para el tribunal arbitral determinar si existe en realidad tal precedente de consentimiento por parte del tercero, se debe analizar cuál es la forma de la persona jurídica, es decir, saber para qué fin fue creada y que actividades cumple cada socio, verificando y determinando sus responsabilidades. Esto se realiza mediante la institución del velo societario pero la misma no se encuentra materializada en la normativa ecuatoriana, como tampoco las demás instituciones estudiadas en el presente trabajo de investigación. Por lo que una recomendación sería hacer una reforma a la ley de compañías y demás cuerpos normativos que se relacionan con la misma, para que de tal manera se pueda llegar a identificar más fácil por parte del tribunal arbitral ante qué tipo de sociedad se encuentra presente y que sanción de manera

específica muestra la ley para poder responsabilizar al verdadero responsable y poder identificar si es extensivo dicho convenio arbitral al tercero no signatario.

Se conoce además que el consentimiento para vincular a un tercero no signatario al convenio arbitral es importante pero no necesario. Es decir, no es necesaria su firma la cual demuestre su vinculación de acudir a arbitraje en caso de conflicto porque existen otros medios mediante el cual se puede demostrar que el tercero es considerado parte. Por consiguiente es necesario también hacer un análisis en cuanto a la prueba. El tribunal arbitral debe ser celoso el momento que interpreta la prueba en la audiencia de arbitraje, es decir, no solo debe tomar en cuenta los requisitos que interpone la ley que son la utilidad, conducencia y pertinencia. Sino debe ir más allá, haciendo una interpretación exhaustiva, de tipo extensiva mediante la cual se pueda verificar la verdadera participación del tercero no signatario y vincularlo al mismo al arbitraje. La misma consiste en interpretar a la norma mediante el uso de la razón, en donde el tribunal arbitral hará uso de otro ordenamiento jurídico, invocando así la similitud de dos previsiones. En otras palabras, el tribunal arbitral no solo debe remitirse al uso de doctrina nacional ecuatoriana, sino también hacer uso de las diversas doctrinas internacionales las cuales permiten que el mismo pueda poner fin a la controversia. En este caso, al tratarse de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, es trascendental que el tribunal haga uso de los diversos Convenios y Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador, analizando su normativa, mediante la cual se determina que el tercero no signatario si puede formar parte del convenio arbitral; determinando también todo lo referente a competencia, nulidad, vicios y demás elementos importantes que deben ser tomados en cuenta en el arbitraje. Y que en consecuencia, de tal manera exista un correcto manejo del procedimiento arbitral, atendiendo a derechos básicos de la Carta Magna tales como el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, el derecho a la seguridad jurídica, entre otros. Si bien el arbitraje es un medio en el cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria, aquello no significa que no se deba llevar un proceso justo atendiendo a las normas amparadas en la ley, para llegar a una buena convivencia social y no atentar el orden público. Se debe

evitar que siga existiendo vacíos legales tanto para el tribunal arbitral como para las partes. De modo que la estructura del convenio arbitral también es importante el momento de redactarlo, ya que es la prueba fundamental del acuerdo de voluntades de las partes de acudir a arbitraje. Por lo tanto, otra recomendación sobre el presente tema, es la buena redacción del convenio arbitral, con cláusulas claras y términos entendibles, lo cual le sirve al tribunal arbitral para desarrollar de una manera más eficaz el arbitraje y poner fin a la controversia. Redactar un convenio arbitral el cual mencione qué árbitros son competentes y en caso del incumplimiento de una cláusula determinada o del contrato en sí, las partes acudirían a arbitraje. Así, no solo se llegaría a obtener un arreglo mediante el uso del derecho arbitral el cual nace gracias al consentimiento de las partes, sino que, también se agilizaría el trabajo del tribunal arbitral quien desarrollaría de mejor manera el arbitraje, en el plazo exacto que concede la ley para hacerlo.

Conclusiones acerca de la extensión del convenio arbitral frente a partes no signatarias en el proceso arbitral en la legislación ecuatoriana.

Cabe mencionar que el convenio arbitral es considerado un contrato. Por lo tanto, es importante que conlleve los mismos elementos que tiene un negocio jurídico para que éste sea válido y no acarree nulidad del mismo. Como es de conocimiento, el contrato nace a la vida cuando existe un acuerdo de voluntades de las partes. En este caso, la parte no signataria del convenio arbitral, al ser considerada “*parte*” del mismo, se le deben otorgar los mismos derechos que se les otorga a las partes que firman el contrato. Esto es, tiene el mismo derecho de comparecer en audiencia de arbitraje, como también el derecho a ser escuchado en igualdad de condiciones y sobre todo a demostrar los hechos que deban ser probados mediante las diversas pruebas que la ley permite. Cuando se habla de un tercero no signatario del convenio arbitral, la interpretación por parte del tribunal es importante el momento que llama a las partes a arbitraje, ya que muchas veces en el contrato se encuentran vacíos legales o ambigüedades que retardan el procedimiento. Es por ello que es importante conocer qué tipo de derecho se aplica, la materia que está siendo discutida y sobre todo si el conflicto

que está siendo discutido, es considerado de tipo transaccional para poder ser llevado a cabo en materia arbitral. Esto debido a que el hecho de que las partes renuncien a la justicia ordinaria, no quiere decir el tribunal arbitral va a dejar de hacer su correcta interpretación el momento de dictar el laudo arbitral. La competencia del árbitro es un tema que el cual no debería ser una excepción dilatoria del proceso en materia arbitral, ya que el objetivo del arbitraje es acudir a un sistema mucho más sencillo que la justicia ordinaria. Es por esto, que el momento que el árbitro acepta su competencia, esto ya no debería ser un problema para tratar dentro del desarrollo del arbitraje. La finalidad de acudir a arbitraje es ahorrar esos recursos que brinda normalmente la justicia ordinaria y realizarlo incluso en un menor tiempo que el mencionado. Mediante las diversas doctrinas tanto nacionales como internacionales se ha llegado a evidenciar que a pesar que el tercero no signatario no ha consentido acudir a arbitraje, sin embargo, mediante su participación existe una voluntad implícita de comparecer en arbitraje. Por medio de los diversos casos analizados en el presente trabajo de investigación, se pudo evidenciar que mediante el uso de excepciones previas se ha intentado evadir las obligaciones que tiene un tercero no signatario frente al incumplimiento del contrato, alegando de tal manera la incompetencia del tribunal arbitral. Mediante las diversas instituciones analizadas se ha podido evidenciar que el tercero no signatario si forma parte del convenio arbitral y que, a pesar que se intenta burlar a la ley, siempre el deber del tribunal arbitral será desarrollar el arbitraje de la mejor manera, mediante los principios y reglas aplicables para el caso en concreto. Es evidente que, aunque en el derecho ecuatoriano no se conoce con profundidad el presente tema, debido al poco desarrollo del mismo en el Ecuador, sin embargo, es importante que cada vez el derecho arbitral evolucione de la mejor manera, para que esa seguridad jurídica no se quiebre. El mundo de los negocios y la constitución de las empresas es el eje principal de la economía en el país, por lo que es trascendental que los contratos sean cumplidos a su cabalidad y las partes se responsabilicen por sus actos y omisiones. No se debe olvidar que el principio "*lex contractus*" que significa el contrato es ley para las partes, como tampoco se debe olvidar el

principio “*pacta sunt servanda*” que significa los pactos deben ser cumplidos. Si bien en general aquello no siempre ocurre, es importante que las partes conozcan cuáles son sus derechos y sus obligaciones ante la Ley. El hecho de que existe un tercero y el mismo no sea signatario del convenio arbitral, mediante su consentimiento implícito, debe responsabilizarse y acudir a arbitraje, y solo mediante audiencia de arbitraje se conocerá si el mismo fue quien incumplió la obligación o si fueron las partes contratantes del mismo. No obstante, el árbitro que fue designado por las partes es totalmente competente ante el tercero no signatario debido al consentimiento implícito del mismo. Los árbitros se encuentran en la obligación de hacer un buen uso de las normas que presenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia arbitral, así como también aquellos Tratados y Convenciones a los cuales el Ecuador es signatario. De esta manera, se llega a una armonía entre la sociedad y se hace un buen uso del derecho arbitral como corresponde.

BIBLIOGRAFIA

- Abranches, C. A. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/41-52.AbranchesCidip74.pdf>
- Alzate, J. J. (2010). Sujetos procesales (Partes, terceros e intervinientes). *Facultad de Derecho. Ratio Juris Vol. 5 No. 10*, 2. Obtenido de <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/viewFile/176/166>
- Asociados, M. M. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de <http://www.matosmateo.com/index.php/sociedad-de-responsabilidad-limitada-srl>
- Bran, R. A. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_10/21.pdf
- Bravo, F. d. (1985). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Civitas, S.A.
- Caivano, R. J. (2006). Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos. *Lima arbitration N°1*, 22.
- Caivano, R. J. (01 de diciembre de 2018). *Derecho Comercial* . Obtenido de <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>
- Colonia, U. d. (23 de septiembre de 1982). *trans-lex.org*. Obtenido de https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq/
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial . (12 de diciembre de 1978). Panamá, Panamá: Registro Oficial .
- Cosio, B. C. (01 de diciembre de 2018). *Law*. Obtenido de <https://leyderecho.org/laudo-parcial/>
- Cossío, F. G. (01 de diciembre de 2018). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Obtenido de <file:///C:/Users/Alex/Downloads/11738-10757-1-PB.pdf>
- Cossío, F. G. (01 de diciembre de 2018). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Invetigaciones Jurídicas de la UNAM* . Obtenido de <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>
- Couture, E. (01 de diciembr de 2018). *Diccionario legal* . Obtenido de https://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar_diccionario.php?desde=Ratione%20materiae&hasta=Rebeli?n&lang=es
- Cremades, B. M. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de http://www.limaarbitration.net/LAR1/bernardo_m_cremades.pdf
- Cuvillo, A. Á. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1271/mod_resource/content/1/Procesal3.pdf

- Efecto relativo de los contratos* . (01 de diciembre de 2018). Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/efecto-relativo-de-los-contratos/efecto-relativo-de-los-contratos.htm>
- Egas, J. Z. (01 de diciembre de 2018). *Iuris Dictio*. Obtenido de <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/677/971>
- Enciclopedia Jurídica*. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/causahabiente/causahabiente.htm>
- Enciclopedia Jurídica*. (01 de diciembre de 218). Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/acreedor-quiografario/acreedor-quiografario.htm>
- Franco, H. A. (2011). *Universidad de las Américas* . Obtenido de <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/333/1/UDLA-EC-TAB-2011-27.pdf>
- G., A. B. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de <https://vdocuments.site/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta-alfredo-bullard-g.html>
- Gallinal, A. (01 de diciembre de 2018). *Diccionario legal*. Obtenido de https://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar_diccionario.php?desde=Ratione%20materiae&hasta=Rebeli?n&lang=es
- General, A. (01 de diciembre de 2018). Código Civil Colombiano. *Requisitos para obligarse*. Colombia: Diario Oficial .
- González, A. B. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de <https://vdocuments.site/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta-alfredo-bullard-g.html>
- Graham, J. A. (01 de diciembre de 2018). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2552/19.pdf>
- Guías jurídicas*. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQ1NztlLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZap Ut-ckhlQaptWmJOcSoAz0sn9TUAAAA=WKE
- Iberley* . (01 de diciembre de 2018). Obtenido de <https://www.iberley.es/temas/concepto-clasificacion-partes-proceso-civil-55101>
- Justicia, M. d. (10 de septiembre de 2004). Ley sobre Arbitraje 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional. *Facultad del tribunal arbitral para decidir*. Valparaíso, Chile, Chile.
- Kluwer, W. (21 de marzo de 2016). *Kluwer Arbitration* .
- Larrea, A. M. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/04/29_21a42_alcanceylimites.pdf
- Larriba, H. G. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_009.pdf

- Legislativa, A. (19 de enero de 2018). Código Civil Federal . *Vicios del Consentimiento* . México, México: Diario Oficial de la Federación .
- López, A. V. (2013). La cláusula arbitral a partes no signatarias. *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 131, 19.
- López, A. V. (2013). Revista de Ciencias Jurídicas N° 131. *La Cláusula arbitral a partes no signatarias* , 13.
- M, J. H. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de file:///C:/Users/Alex/Downloads/Dialnet-LasPartes-5212317.pdf
- Mundial, B. (10 de abril de 2006). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Jurisdicción del Centro* . Washington D.C, Estados Unidos .
- Nacional, A. (14 de diciembre de 1855). Código Civil Chileno. *De los actos y declaraciones de voluntad* . Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile.
- Nacional, A. (24 de junio de 2005). Código Civil Ecuatoriano . *Definición de Contrato* . Quito, Quito, Ecuador: Registro Oficial .
- Nacional, A. (22 de mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. *Intervención de una o un tercero*. Quito, Quito, Ecuador: Registro Oficial .
- Nacional, A. (01 de diciembre de 2018). Código Civil Ecuatoriano. *De los actos y declaración de voluntad*. Quito, Quito, Ecuador: Registro Oficial.
- Nacional, A. (01 de diciembre de 2018). Código Civil Ecuatoriano . *Efecto territorial de las leyes* . Quito, Quito, Ecuador: Registro Oficial .
- Nacional, A. (01 de diciembre de 2018). Código Civil Ecuatoriano . *De la prueba de las obligaciones* . Quito, Quito, Ecuador: Registro Oficial .
- Nacional, A. (01 de diciembre de 2018). Código Civil Ecuatoriano . *De la nulidad y la rescisión* . Quito, Quito, Ecuador: Registro Oficial .
- Nacional, A. (01 de diciembre de 2018). Código Orgánico General de Procesos. *Litisconsorcio*. Quito, Quito, Ecuador: Registro Oficial .
- Nacional, A. (01 de diciembre de 2018). Constitución de la República del Ecuador. *Medios alternativos de solución de conflictos*. Quito , Quito, Ecuador: Registro Oficial .
- Nacional, A. (01 de diciembre de 2018). Ley de Arbitraje y Mediación. *Inapelabilidad de los laudos* . Quito , Quito , Ecuador: Registro Oficial.
- Nacional, A. (01 de diciembre de 2018). Ley de Arbitraje y Mediación. *Nulidad de los laudos* . Quito , Quito , Ecuador: Registro Oficial .
- Nacional, A. (01 de diciembre de 2018). Ley de Arbitraje y Mediación. *Medidas cautelares* . Quito, Quito , Ecuador: Registro Oficial .
- Nacional, A. (01 de diciembre de 2018). Ley de Arbitraje y Mediación. *Regulación*. Quito, Quito, Ecuador: Registro Oficial .
- Nacional, A. (01 de diciembre de 2018). Ley de Arbitraje y Mediación . *Ejecución del laudo* . Quito , Quito, Ecuador: Registro Oficial .

- Nacional, A. (01 de diciembre de 2018). Presunción. *Código Civil Ecuatoriano*. Quito, Quito, Ecuador: Registro Oficial .
- Osorio, D. S. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142708>
- Perfetti, D. A. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de http://londonoyarango.com/pdf/Tesina-Extension_del_Acuerdo_Arbitral_A_No_Signatarios.pdf
- Procuraduría General del Estado . (11 de diciembre de 2015). Obtenido de <http://www.pge.gob.ec/index.php/component/content/article/92-casos/589-caso-tide?Itemid=213>
- Rozas, J. C. (2006). Estudios de Arbitraje. En *Separabilidad de la cláusula compromisoria* (pág. 24). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Rozas, J. C. (2006). Estudios de Arbitraje. En *Particularidades del Convenio Arbitral* (pág. 7). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Rozas, J. C. (2006). Separabilidad de la cláusula arbitral . En *Estudios de Arbitraje* (pág. 21). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Rozas, J. C. (2011). Contenido y problemas del convenio arbitral . En C. A. Coaguila, *Tratado de Derecho Arbitral* (pág. 17). Bogotá: Grupo Ibañez.
- Rueda, S. T. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de http://limaarbitration.net/LAR4/Santiago_Talero_Rueda.pdf
- Siqueiros, J. L. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/hernandez_f_vw/capitulo4.pdf
- Temas de Derecho . (01 de diciembre de 2018). Obtenido de <https://temasdederecho.wordpress.com/2012/05/27/la-estipulacion-a-favor-de-terceros/>
- Tirado, R. M. (2018). La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje administrativo. *Circulo de Derecho Administrativo*, 157.
- Tratado de Derecho Civil. (s.f.). En G. B. Ripert. Buenos Aires: La Ley.
- Unidas, A. G. (1987). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. *La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral*. Nueva York, Estados Unidos : Publicación de las Naciones Unidas .
- Unidas, A. G. (1987). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. *Reconocimiento y ejecución* . New York, Estados Unidos : Publicación de las Naciones Unidas.
- Unidas, A. G. (1987). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional . *Definición y forma del acuerdo de arbitraje* . Nueva York, Estados Unidos : Publicación de las Naciones Unidas .

- Universidad Iberoamericana de México* . (01 de diciembre de 2018). Obtenido de http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/014847/014847_02.pdf
- Vallejo, P. R. (06 de marzo de 2013). Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n126/n126a08.pdf>
- Verduga, D. E. (2005). La Tutela Judicial Constitucional y el Arbitraje . *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* , 2.
- Watkins, L. &. (01 de diciembre de 2018). Obtenido de <https://www.lw.com/thoughtLeadership/2013-guide-to-international-arbitration-spanish-edition>
- Zappalá, F. (14 de abril de 2010). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Obtenido de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt8.pdf>