

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN
EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL



TESIS

ARTÍCULO 14° DE LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA: SUPUESTOS Y EFECTOS JURÍDICOS DE EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A NO SIGNATARIOS, TACNA 2016

Presentado por:

MAURICIO JULIO MACLEAN CUADROS

Para optar el Grado Académico de Magister en Derecho Civil y Comercial

Tacna – 2017

DEDICATORIA

A mis amados padres,

Por su ejemplo de vida

A mi familia

Por su dedicación y paciencia

A mi esposa

Por la inmensa fortaleza que me inspira

AGRADECIMIENTOS

A Dios

*Por sus bendiciones para alcanzar la
meta*

A mi familia

Por ser mi apoyo en todo momento

*A los docentes de la Escuela de Posgrado
de la Universidad Privada de Tacna*

Por sus sabias enseñanzas.

CONTENIDO

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
CONTENIDO	iii
ÍNDICE DE TABLAS	vii
ÍNDICE DE FIGURAS.....	ix
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del problema	3
1.2 Definición del problema	6
1.3 Objetivos	7

1.4. Hipótesis	8
1.5 Justificación e importancia	8

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	10
2.2. Base teórica	13
2.2.1. Definición de arbitraje	13
2.2.2. Elementos del arbitraje	16
2.2.3 Teorías que fundamentan la naturaleza jurídica del arbitraje	17
2.2.3.1. Teoría contractualista.....	17
2.2.3.2. Teoría jurisdiccionalista.....	17
2.2.3.3. Teoría mixta	19
2.2.3.4. Teoría autónoma	19
2.2.4 Extensión del pacto arbitral a no signatarios	19
2.3. Definición de términos	23

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Diseño de la investigación	26
3.2. Ámbito y tiempo social del estudio	26
3.3. Identificación y clasificación de las variables	27
3.4. Operacionalización de las variables	27
3.5. Población y muestra	28
3.6. Métodos, técnicas instrumentos de recolección	29
3.7. Procesamiento y análisis de la información	31

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Descripción del trabajo de campo	33
4.2. Diseño de la presentación de los resultados	33
4.3. Análisis e interpretación de resultados del cuestionario aplicados a los/las juristas	34
4.4. Sistema arbitral desde el ordenamiento jurídico peruano e internacional	44

4.5. Premisas fundamentales de arbitraje	46
4.6. Jurisdicción arbitral y alcance subjetivo del acuerdo arbitral	55
4.7. Aproximaciones interpretativas del pacto arbitral	61
4.8. Teorías de la extensión del convenio arbitral a no signatarios	63
4.9. Límites en su aplicación de la extensión de los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias.....	82

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

Discusión de resultados	84
--------------------------------------	-----------

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	94
BIBLIOGRAFÍA	95
ANEXOS	107

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.-	Operacionalización de variables 27
Tabla 2.-	Juristas según si “considera que la extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios, constituye realmente un problema de derecho de contratos”, Tacna -2016 34
Tabla 3.-	Juristas según si “considera que el consentimiento de las partes, constituye un elemento fundamental de la formación del convenio arbitral, que debe existir para que sea posible extender los efectos de esto a los no signatarios del mismo”, Tacna -2016..... 36
Tabla 4.-	Juristas según si “considera que la buena fe debe guiar la aplicación de los supuestos de hecho, contenidos en el artículo 14 de la LAP”, Tacna - 2016..... 38
Tabla 5.-	Juristas según si “considera que existe una distinción o no entre parte no signataria y tercero ajeno al convenio”, Tacna -2016..... 40
Tabla 6.-	Juristas según si “considera que la extensión de los efectos del convenio arbitral a un no signatario, vulnera el principio res inter alios acta”, Tacna -2016 42

Tabla 7.-	Requisitos de forma del convenio arbitral en el	
	derecho comparado.....	49

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1.-	Juristas según si “considera que la extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios, constituye realmente un problema de derecho de contratos”, Tacna -2016	34
Figura 2.-	Juristas según si “considera que el consentimiento de las partes, constituye un elemento fundamental de la formación del convenio arbitral, que debe existir para que sea posible extender los efectos de esto a los no signatarios del mismo”, Tacna -2016.....	36
Figura 3.-	Juristas según si “considera que la buena fe debe guiar la aplicación de los supuestos de hecho, contenidos en el artículo 14 de la LAP”, Tacna - 2016.....	38
Figura 4.-	Juristas según si “considera que existe una distinción o no entre parte no signataria y tercero ajeno al convenio”, Tacna -2016.....	40
Figura 5.-	Juristas según si “considera que la extensión de los efectos del convenio arbitral a un no signatario, vulnera el principio res inter alios acta”, Tacna -2016.	42

RESUMEN

El objetivo se centró en determinar los supuestos y efectos jurídicos de extensión del convenio arbitral a no signatarios, consignado en el artículo 14° de la Ley de Arbitraje Peruana (D.L.1071.) El tipo de investigación fue dogmático jurídico. Principales resultados: No existe consenso entre juristas respecto al contenido del artículo 14° de la LAP. La jurisdicción arbitral es excepcional, consagrada en la Constitución Política de 1993 y tiene su origen y limitaciones en el artículo 139. La Ley de Arbitraje Peruana regulada por el Decreto Legislativo N° 1071, tiene un carácter monista ya que su ámbito de aplicación es nacional e internacional. Conclusión: La extensión del convenio arbitral recae sobre la parte sustancial que es titular de los intereses contractuales, aunque no haya firmado el convenio, constituyéndose legítimamente en parte.

Palabras clave: Nueva Ley de Arbitraje /Artículo 14°/Perú/extensión /no signatario

ABSTRACT

The objective was to determine the legal assumptions and effects of extension of the arbitration agreement to non-signatories, included in article 14 of the Peruvian Arbitration Law (DL1071). The type of investigation was dogmatic legal. Principales results: There is no consensus among jurists regarding the content of article 14 of the LAP. The jurisdiction Arbitration is exceptional, consecrated in the Political Constitution of 1993 and has its origin and limitations in article 139. The Peruvian Arbitration Law regulated by Legislative Decree No. 1071, has a monist character since its scope of application is national and international. Conclusion: The extension of the arbitration agreement rests on the substantial part that is the owner of the contractual interests, even if it has not signed the agreement, and is legitimately constituted in part.

Keywords: New Arbitration Law / Article 14 / Peru / extension / non-signatory

INTRODUCCIÓN

Actualmente, el alcance de los procesos de arbitraje con respecto al no signatario de éste o del contrato en cuyo contenido se observa, constituye en términos doctrinales un punto controvertido, lo cual amerita un examen y cuestionamiento de los fundamentos jurídicos en los que se basa el arbitraje, y de la noción de tercero y/o no signatario y la posibilidad de su incorporación.

En tal sentido, es indudable acotar que el arbitraje tiene su origen eminentemente de la convención de dos o más personas naturales o jurídicas (premisa 1), la misma que otorga plenamente la jurisdicción al/a los árbitro/s., por lo que resulta evidente que solo están obligados quienes hayan signado el convenio arbitral (premisa 2). La premisa 1, no es absoluta ni los límites subjetivos del acuerdo inmutables, para lo cual se requiere de presupuestos que justifiquen el apartamiento de la premisa; la premisa 2, se asienta en la doctrina, jurisprudencia y laudos arbitrales.

En el caso nuestro, el Perú desde el 2008 cuenta con una de las leyes arbitrales más vanguardista basada en la Ley Modelo UNCITRAL, en tanto establece un sistema monista y cuyo propósito expresada en la exposición de motivos, evidencia el sentido teleológico para fines de mantener los éxitos alcanzados con la Ley de Arbitraje abrogada del año 1996 y extender sus conquistas en el ámbito del arbitraje internacional (Soto, s.f.). Uno de los novísimos tópicos de la citada norma, es el artículo 14 destinado a regular la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarios, regla que no ha sido acogida de modo unánime en otros órdenes arbitrales, v.g. de los jueces

ingleses, suizos, reservas que tienen su fuente en la posibilidad de que se abuse de la aplicación de que la extensión a no signatarios, lo que en muchos casos genera preocupación.

La vigencia de la Nueva Ley de Arbitraje peruana, específicamente lo concerniente a las reglas y criterios de aplicación del artículo 14 °, obliga a reexaminar las bases jurídicas en los que se sustenta el convenio arbitral: la autonomía de la voluntad, el consentimiento implícito, los principios de la libertad de contratar y la relatividad de las convenciones.

El estudio, se estructura en cinco capítulos: el primero comprende la descripción de la situación problemática, el segundo capitulado presenta el marco teórico, en el que se consigna los antecedentes, la base teórica y la definición de términos. El tercer capítulo está referido a la metodología pertinente para un estudio jurídico dogmático, mientras que el cuarto capítulo trata de los resultados del estudio y el quinto comprende la discusión en términos. Finalmente, se ha consignado las conclusiones, recomendaciones, bibliografía y anexos.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento del problema

El contexto contemporáneo ha favorecido la adopción de nuevas prácticas, disciplinas científicas y perspectivas sobre las ciencias, dando lugar a medios culturales y tecnológicos para el nacimiento de nuevas metodologías de resolución de conflictos, justamente en el artículo “Diálogos Generativos”(Fried, 2008) se ofrece un modelo y herramientas para crear alternativas y posibilidades en la gestión de conflictos transitando el pasaje hacia la creatividad social, entre las cuales, a saber, el arbitraje; el que desde su surgimiento como derecho fundamental, ha tenido una importancia relevante como institución del derecho y a la vez ha sido objeto de reflexiones de orden jurídico académico (García,2013).

Cabe precisar, que se conocen las ventajas que se atribuyen al arbitraje, el que en confrontación con el proceso en el fuero ordinario y como manifestación de una justicia privada es la “celeridad, tipicidad, confiabilidad, confidencialidad (reserva o casi ninguna publicidad); desformalización o flexibilización durante su desarrollo; operadores (...) que se adaptan mejor a las necesidades y a la finalidad con que una controversia patrimonial interempresarial debe ser compuesta” (Morello,2005, p.24), con celeridad para la solución de la controversia.

En este sentido, el convenio arbitral, es aceptado por gran parte de las legislaciones del mundo y de la doctrina, en el que *prima facie* los terceros no son afectados, nos remitimos al principio *res inter alios acta* (efecto relativo de los contratos), que sustantivamente establece la inoponibilidad de un contrato frente a un tercero y subjetivamente, que la cosa juzgada que se produce solo atañe a quienes fueron parte en el proceso. Tal principio, es aceptado en la familia normativa del *common law* (*privity of contract*) como en el *civil law*, en el que un tercero no puede ejercitar acciones ni adquirir derechos derivados de un contrato en el que no es parte; tampoco, es posible imponérsele obligaciones a una persona que no ha dado su consentimiento para ello. Sin embargo, es evidente que en las sociedades contemporáneas, la evolución normativa ha dado paso a situaciones excepcionales, en las que se acepta la extensión del contrato a terceros, basado en argumentos de funcionalidad, de libertad contractual o excepciones.

En este contexto, el artículo 14° de la nueva Ley de Arbitraje Peruana, promulgada mediante Decreto Legislativo N° 1071 de fecha 27 de junio del 2008 (LAP) y cuya entrada en vigencia fue el 1 de setiembre de 2008, prescribe expresamente lo relativo a la extensión de los efectos del convenio arbitral a personas no signatarias :

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

Sin duda, que el artículo en mención, permite la extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios, sean personas naturales o jurídicas, que subyace según Castillo y Vásquez (2007) en la teoría contractualista y jurisdiccional, la primera “ en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace permitido por la ley para el propósito *ad hoc* querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de Derecho”(p.47); la segunda, en el “posterior desarrollo que permitirá realizar este propósito *ad hoc*” (p.47) posición que posteriormente, rebautizaron como Teoría realista del arbitraje.

En tal sentido, cabe precisar que la contrariedad de la extensión a no signatarios, está vinculado con el principio inspirador del arbitraje como es la autonomía de la voluntad en tanto “poder reconocido a toda persona para conformar libremente una relación jurídica “(Herrera, 2012, p.179) establecida en las cláusulas contractuales y la “doble naturaleza contractual o procesal, de la que participa” (Vásquez, 2013, párr.16). Por tanto, la primera referida a la validez y eficacia de la cláusula independientemente del contrato del cual forme parte y la segunda, comporta que el convenio tiene requisitos para su perfeccionamiento y eficacia procesal, con los efectos que le son legítimos. Por tanto, según Vásquez (2013, párr.17) “la complejidad de las relaciones jurídicas en presencia y los propios intereses en juego han tendido a ver, en la práctica, a este contrato como una condición para la adquisición por el tercero del derecho sustantivo concedido en la estipulación realizada a su

favor”, lo que confronta la esencia del contrato como es su autonomía con el “examen material conjunto con el resto de las cláusulas” (Vásquez, 2013, párr.17). Tal situación, ha provocado diversidad de criterios no solo en las cortes sino también en los propios tribunales arbitrales, en tal sentido, la problemática se centra en el hecho de que incorporar al no signatario, implicaría la posibilidad de vulnerar el derecho del no signatario al juez natural en la judicatura ordinaria, contrario sensu, si no se le incorpora cabe la posibilidad de obtener un arbitraje ineficaz y por consiguiente un laudo nulo. Las posiciones contradictorias expuestas, ameritan analizar el propósito y los alcances de la norma y sus implicancias jurídicas en la concreción de los procesos arbitrales en los que se extiende a los no signatarios

1.2. Definición del problema

- **Problema general**

¿Cuáles son los supuestos y efectos jurídicos de extensión del convenio arbitral a no signatarios en el artículo 14° de la Ley de Arbitraje del Perú?

- **Problemas específicos**

- a) ¿Cuál es la percepción de los/las juristas respecto a los supuestos y efectos jurídicos del artículo 14° de la LAP?
- b) ¿Cómo es el sistema arbitral peruano?
- c) ¿Cuáles son las premisas fundamentales que fundamenta el arbitraje en el Perú?

- d) ¿Cómo es la jurisdicción arbitral y el alcance subjetivo?
- e) ¿Que aproximaciones interpretativas se aplican al pacto arbitral?
- f) ¿Qué teorías sustentan la extensión del convenio arbitral a los no signatarios?
- g) ¿La extensión del convenio arbitral es eminentemente de naturaleza procedimental o sustancial?

1.3. Objetivos

- **Objetivo general**

Determinar los supuestos y efectos jurídicos de extensión del convenio arbitral a no signatarios en el artículo 14° de la Ley de Arbitraje.

- **Objetivos específicos**

- a) Identificar percepción de los/las juristas respecto a los supuestos y efectos jurídicos del artículo 14° de la LAP.
- b) Precisar cómo es el sistema arbitral peruano.
- c) Precisar las premisas fundamentales que rigen el arbitraje en el Perú.
- d) Establecer cómo es la jurisdicción arbitral y el alcance subjetivo.
- e) Precisar las aproximaciones interpretativas que se aplican al pacto arbitral.
- f) Identificar las teorías que sustentan la extensión del convenio arbitral a los no signatarios.
- g) Analizar si la extensión del convenio arbitral es eminentemente de naturaleza procedimental o sustancial. Hipótesis

1.4. Hipótesis general

Los supuestos y efectos jurídicos de extensión del convenio arbitral a no signatarios en el artículo 14° de la Ley de Arbitraje, son normativos, jurisprudenciales y doctrinarios.

- **Hipótesis específicas**

- a) La percepción de los/las juristas respecto a los supuestos y efectos jurídicos del artículo 14° de la LAP es consensual en cuanto al consentimiento y disímil respecto a la extensión a no signatarios.
- b) El sistema arbitral peruano es fundamentalmente monista.
- c) Las premisas fundamentales que rigen el arbitraje en el Perú son básicamente la autonomía de la voluntad y el consentimiento.
- d) La jurisdicción arbitral es de excepción y el alcance subjetivo comprende a signatarios y no signatarios vinculados a la cláusula arbitral.
- e) Precisar las aproximaciones interpretativas que se aplican al pacto arbitral.
- f) Fundamentalmente, la teoría restrictiva sustenta la extensión del convenio arbitral a los no signatarios.
- g) La extensión del convenio arbitral es eminentemente de naturaleza sustancial.

1.5. Justificación e importancia

El problema se justifica, desde diversas aristas:

Conveniencia. La investigación es conveniente en tanto profundiza en los alcances y consecuencias jurídicas de la extensión del no signatario en el proceso de arbitraje, en el marco del artículo 14 de la LAP.

Relevancia teórica. El problema constituye un vacío del conocimiento, que requiere una revisión epistemológica y conceptual, lo que permitirá reunir un cuerpo de conocimientos (doctrina y jurisprudencia), que a su vez contribuirán con el avance del conocimiento en el campo del arbitraje, desde la perspectiva específica de la extensión del convenio arbitral al no signatario.

Relevancia social. El estudio es trascendente, por cuanto la intervención en el arbitraje de un no signatario, constituye una problemática que resulta de interés analizar no solo en el marco de la sistemática normativa peruana, sino del derecho comparado, por lo que los hallazgos contribuirán con el fortalecimiento y legitimación del arbitraje como un mecanismo eficaz de resolución de conflictos.

Implicancias prácticas. Los resultados permitirán definir criterios a partir de la doctrina y la interpretación heurística, a fin de minimizar la posibilidad de vulnerar el derecho del no signatario de acceder al juez natural y de otro lado, de evitar un potencial laudo nulo en cuanto no se comprenda al no signatario.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Se han identificado estudios de investigación en la literatura internacional y nacional, relacionados directamente con la tesis que planteamos, como investigaciones afines, que se señalan a continuación:

A nivel internacional

Arias (2016) sustentó la tesis *El Convenio arbitral y los terceros no signatarios* (Tesis de titulación) Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Entre los principales resultados, afirma que la legislación ecuatoriana no contempla ningún artículo que reglamente de manera concreta la extensión de los efectos del convenio a los no signatarios, sin embargo, tampoco existe normatividad que impida la aplicación de los supuestos jurídicos que fundamentan la extensión del convenio arbitral a terceros o no signatarios. Conclusión: En el arbitraje nacional o internacional, puede hacerse parte de un proceso arbitral a una persona diferente de las que suscribieron el contrato que contiene una cláusula para someterse a un arbitraje, sin embargo, no constituye la regla sino la excepción, bajo ciertos supuestos.

López (2014) realizó el estudio *Cláusulas patológicas en el arbitraje comercial internacional* (Tesis de titulación) Universidad Rafael Landívar de Guatemala. La finalidad del estudio fue realizar un análisis exegético de las cláusulas anómalas en los convenios arbitrales comerciales. Entre las principales conclusiones pertinentes con el estudio que planteamos se tiene: a) El principio de la autonomía de la cláusula arbitral es de relevancia dado que permite que aun cuando el contrato principal pueda ser atacado ante los tribunales internos del país del arbitraje por ser inválido, la cláusula arbitral subsista, por ser ésta autónoma e independiente del contrato principal, y esto significa que aunque el contrato sea nulo la cláusula subsiste de tal forma que el Tribunal Arbitral sea el competente para pronunciarse sobre la validez del contrato principal; b) Los Tribunales Arbitrales con base en el principio *competence-competence* tienen la facultad y el deber de resolver cualquier asunto que las partes sometan a su consideración dentro del arbitraje, es el Tribunal Arbitral quién ante la existencia de una cláusula patológica podrá interpretarla favorablemente para dar validez a la voluntad de las partes.

A nivel nacional

En el Perú, Córdova (2013) realizó el estudio *¿Arbitrar o no arbitrar? He ahí el dilema: la vinculación del Convenio Arbitral a los no signatarios*. (Tesis de titulación) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La finalidad del estudio, se centra en analizar desde un punto de vista crítico

jurídico y doctrinario la decisión de arbitrar o no arbitrar en cuanto se extienda el convenio arbitral a los no signatarios. Principales conclusiones: a) Las teorías esbozadas por la jurisprudencia arbitral comercial internacional ha tenido eco en la cultura arbitral peruana, contexto en la que los árbitros peruanos han tenido en cuenta, no así los jueces quienes han mostrado reticencia en cuanto a la incorporación de los no signatarios en el arbitraje; b) la jurisprudencia y doctrina se han pronunciado a favor como en contra de la extensión del convenio arbitral a los no signatarios; c) el factor consensualista y las reglas de buena fe permiten comprender que un no signatario puede tener carácter de parte dentro de un arbitraje; las teorías de los actos propios, agencia, incorporación por referencia, estipulación a favor de tercero, alter ego y levantamiento del velo societario, son supuestos que calzan dentro de la estructura del artículo 14 de la Ley de Arbitraje; la transmisión del convenio arbitral, debe seguir las reglas del derecho de obligaciones referentes a los contratos de cesión de créditos, la subrogación y la novación.

Panduro (2011) desarrolló el estudio *Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje* (Tesis de titulación) Pontificia Universidad Católica del Perú. La finalidad de la investigación, se centra en analizar heurísticamente y hermenéuticamente la aplicabilidad de las instituciones procesales en los convenios arbitrales. Entre las principales conclusiones se tiene: a) La defensa de las formalidades procesales está justificada si ellas tienen por finalidad: contribuir al desenvolvimiento del proceso, estableciendo qué actos deben ser realizados, su forma, el

momento y el lugar; ii) instaurar las condiciones bajo las cuales los órganos jurisdiccionales deben ejercer la función encomendada, limitando un ejercicio abusivo del poder; y iii) certificar el cumplimiento de las garantías procesales emanadas del reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; b) El arbitraje tiene un desarrollo procesal que se sustenta en diversas teorías jurídicas que fundamentan su naturaleza jurídica; empero, este no es comprendido al interior del derecho jurisdiccional, en razón a las implicancias que la autonomía de la voluntad tiene en su génesis y en su regulación, lo que no lo desvincula propiamente del derecho procesal, como la existencia de una estructura y regulación similar, la exigencia de garantías de orden procesal, entre otras.

Cabe traer a colación, que la diferencia del estudio que se pretende desarrollar, con las investigaciones citadas, reside en que se realizará un estudio de carácter hermenéutico para establecer bajo fundamentos jurídicos epistemológicos, doctrinarios, y normativos, los supuestos y efectos jurídicos de la extensión del convenio arbitral a los no signatarios dentro del marco del artículo 14° de la Ley de Arbitraje Peruana.

2.2.Base teórica

2.1.1. Definición de arbitraje

El término árbitro proviene etimológicamente del latín *abbiter*, vocablo compuesto por la preposición ad y del antiguo verbo bito, pronunciada á causa de la eufonía *arbiter*, que quiere decir el tercero que se dirige a dos litigantes ad viros litigantes, para solucionar su controversia. Según otros autores, el término proviene de *arbitrium*, arbitrando, *arbitratus*, porque es

elegido el árbitro por arbitrio de las partes o porque a su merced se confía la decisión o fallo del negocio (Suárez y Barca, 1868).

Según la Real Academia Española (2014) tiene las siguientes acepciones:

1. m. Acción o facultad de arbitrar.
2. m. Juicio arbitral.
3. m. Procedimiento extrajudicial para resolver conflictos de intereses mediante sometimiento de las partes, por mutuo acuerdo, a la decisión de uno o varios árbitros.
4. m. Com. Operación de cambio de valores mercantiles, en la que se busca la ganancia aprovechando la diferencia de precios entre unas plazas y otras.
5. m. Econ. Estrategia de inversión financiera beneficiosa y sin riesgo, que no necesita el empleo de fondos propios.

En sentido genérico, el arbitraje ha sido definido como un proceso de solución de conflictos, de naturaleza y procesalmente diferente al de la jurisdicción estatal, a través del cual se dirimen controversias entre particulares y que emana de la voluntad de las partes (González,s.f.).

Carnelutti (citado por Verástegui (2015) afirma que el arbitraje:

Es una forma heterocompositiva (una solución al litigio), dada por un tercero imparcial, un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes, y en ausencia de su consentimiento, el juez público nacional, será quien es encargado de designarlo, el cual tiene un

procedimiento establecido en la ley adjetiva, pero menos riguroso que el de un proceso jurisdiccional.

Landa (1993), también considera que el arbitraje “se encuentra dentro del ámbito del derecho contractual y el efecto vinculante del laudo arbitral tiene como fundamento el principio de *pacta sunt servanda* (p.31).

Sostiene igualmente Ledesma (2007), que el “convenio arbitral nace de la voluntad de las partes, ello permite que surja esta institución y se desarrolle (...) así como las partes han acordado celebrar determinados negocios, han convenido también el modo de resolver los posibles diferendos. Es justicia privada por nacer de un contrato que tiene por presupuesto el ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)” (p.31).

De otro lado, Fouchard, Gaillard y Goldman, dicen que, en Francia, tradicionalmente se ha definido el arbitraje de la siguiente manera:

Arbitration is a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted to one or more other persons - the arbitrator or arbitrators - who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement (Savage y Gaillard ,1999, p.9)

Lo cual, indica la similitud de conceptos, ya que los franceses, conceptúan el arbitraje como un dispositivo por el que la liquidación de una controversia, que resulta de interés para dos o más personas, es resuelta por dos o más árbitros,

los cuales derivan su poder de un *acuerdo privado*, en el que las autoridades estatales no tienen injerencia.

Asimismo, en Suiza, se le ha definido como:

A private method of settling disputes, base on the agreement between the parties. Its main characteristic is that it involves submitting the dispute to individuals chosen, directly or indirectly, by the parties. In international arbitration, this definitios es preferable to the negative definition found in domestic law, according to which the principal characteristic of arbitration is the fact that the dispute is removed from the jurisdiction of the courts (Savage, Gaillard, 1999, p.10).

Sin embargo, en la definición suiza se enfatiza que es un método privado para solucionar controversias, basado en el acuerdo de las partes, siendo su principal característica en someter el conflicto a personas elegidas directa o indirectamente por las partes. Sin embargo, en la definición comúnmente no se encuentra la alusión negativa en cuanto que el conflicto se sustrae de la jurisdicción ordinaria.

2.2.2.Elementos del arbitraje

- a) Mediante el arbitraje, las partes someten en forma voluntaria un determinado asunto de interés común al conocimiento de un tercero imparcial – árbitros- sea uno o más (Sánquiz, 2005).
- b) El poder del árbitro resulta de la voluntad de las partes y no de una concesión de autoridad jurisdiccional estatal (Sánquiz, 2005).

- c) El árbitro, deberá dar prioridad a lo acordado por las partes para llevar a cabo el proceso arbitral y resolver el caso (Sánquiz, 2005).
- d) El fallo del árbitro es vinculante para las partes (Sánquiz, 2005).

- **2.2.3. Teorías que fundamentan la naturaleza jurídica del arbitraje**

- 2.2.3.1 Teoría contractualista**

Esta teoría postula que el arbitraje descansa por excelencia en su naturaleza contractual. En tal sentido, sus “orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes” (González, s.f., p.14). Según esta teoría en el arbitraje no tiene carácter jurisdiccional. Sin embargo, qué duda cabe que el entendimiento contractualista sería “fruto también de un contrato: el llamado *contrato social* [...] paradoja del contractualismo, a saber, asumir a rajatablas la naturaleza privada de los contratos, cuando, precisamente, el *contrato de los contratos* no tiene esa simiente” (Castillo y Vásquez, p.277).

- 2.2.3.2. Teoría jurisdiccionalista**

La naturaleza jurisdiccional del arbitraje, es un tema controvertido, ya que se encuentran posiciones divergentes.

Según la teoría jurisdiccional, el propósito último de los árbitros para resolver un conflicto y la obligatoriedad de emitir un laudo arbitral, poniendo fin a la controversia, tiene su sustento en la

delegación de jurisdicción en los árbitros en cuanto se celebre un convenio arbitral por parte de un Estado.

Al respecto, Gonzales de Cossio (s.f.), expresa que la según esta teoría, el arbitraje en su naturaleza es jurisdiccional, en todo caso, la diferencia estriba en que la solución de las controversias se da en un medio distinto a la sede jurisdiccional, a través de un acto de delegación jurisdiccional que depende finalmente del poder estatal.

La Constitución Política de 1993, en el artículo 139 de los Principios de la Administración de Justicia establece que:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral.

Al respecto, la Constitución vigente, “reconoce al arbitraje una existencia jurídica de carácter jurisdiccional, de excepción a la jurisdicción unitaria y exclusiva del Estado” (Freyre y Vásquez, 2007, p.39), lo que evidencia que el arbitraje es una forma legal de administrar justicia, sin embargo, el arbitraje es un contrato en toda su alcance y extensión o tiene naturaleza jurisdiccional o bien pertenece a ambas.

En esta línea de pensamiento, es incuestionable que para que se dé el arbitraje tiene que existir un contrato que precipite el mecanismo arbitral, por tanto, el punto controversial se centra en que si existe un contrato entonces ¿no hay jurisdicción? Quienes apuestan por la teoría jurisdiccional, fundamentan que la jurisdicción es consecuencia del

llamado *contrato o pacto social* (Rousseau, 1762) el que constituye un acuerdo voluntario entre los miembros de una sociedad, quienes abandonan su libertad y se someten a las normas y autoridad, para su propio bienestar.

2.2.3.3. Teoría mixta

Teoría que intenta concertar la postura contractualista y jurisdiccional. Bajo la postura mixta, los árbitros ejecutan un acto jurisdiccional, sin poder judicial o estatal; por cuanto, se limitan a resolver en base a derecho un conflicto, en la que el árbitro desempeña el rol de un juez sin investidura ni poder público.

2.2.3.4. Teoría autónoma

Denominada también supranacional, por cuanto la autónoma, se aparta de la tesis jurisdiccional y contractual, sino le reconoce una categoría *per se*, como una “realidad práctica del comercio” (Salcedo, 2010, p.147).

2.2.4. Extensión del pacto arbitral a no signatarios

Es sabido, que el pacto arbitral, implica una consecuencia positiva y otra negativa, en la que en el primer caso, se establece una obligación de hacer, es decir, de acudir al arbitraje. En el caso de la segunda, se concreta un deber de abstención, que consiste en renunciar a resolver las

diferencias ante la justicia ordinaria del Estado, con las consecuencias que con ello deviene.

Por tanto, el consentimiento de las partes, es el elemento sustancial del arbitraje, lo que explica, por qué la legislación nacional ha sometido a los convenios arbitrales al requisito de validez formal de que tal consentimiento conste por escrito, sin que ello, quiera decir, que no exista la posibilidad de flexibilizar la posibilidad de evidenciar la voluntad de las partes de otro modo que no sea el escrito.

En tal sentido, la situación de extender el pacto arbitral a quienes no son signatarios, sin duda, constituye una cuestión problemática del arbitraje, adquiriendo la condición de partes.

La interpretación de la extensión del pacto arbitral, se aborda desde diferentes perspectivas:

- a) *Interpretación del pacto arbitral*: el convenio arbitral contiene la existencia y los límites de la competencia de los árbitros, en consecuencia, ante vacíos, silencios o ambigüedades en éste, se debe interpretar su contenido para determinar los alcances, entre otros, la extensión del pacto arbitral a no signatarios.
- b) *Perspectivas en el derecho societario trasnacional*: la extensión del no signatario, se “ventila en el ámbito de los grupos de sociedades” (Talero, 2011, p.80); por lo que, se comprende en el pacto arbitral a otra empresa no signataria, pero que pertenece al mismo grupo de sociedades de una de las partes de dicho negocio.

Debe tenerse en cuenta, que legalmente, la limitación del alcance de la responsabilidad y riesgo de los socios dentro del marco societario, ha fortalecido el nacimiento de las sociedades transnacionales.

En cuanto a los criterios para extender el convenio arbitral a no signatarios, se encuentra:

Aceptación tácita

Según Talero (2011) “La aceptación tácita del pacto arbitral, por parte de quienes no lo han suscrito, se deduce a partir de la participación de estos últimos en el negocio jurídico principal y de su efectiva vinculación, en el momento en que se suscribe el pacto arbitral, con la empresa que ha suscrito dicho pacto” (p. 71).

a) *Alter ego*

La teoría del *alter ego* o del rasgado del velo societario (*piercing the corporate veil*), establece que un accionista debe ser hecho responsable por los actos de su subsidiaria cuando ambas entidades sean parte de una misma realidad económica, es decir es una institución destinada a evitar que detrás de un formalismo jurídico, que cumple el rol de escudo, se desarrollen actividades que perjudican a ciertos accionistas de la sociedad o a terceros vinculados con algún tipo de contrato “(Trazegnies, 2004, párr.4).

b) *Teoría del grupo societario*

Para su aplicación se requiere que, del análisis del grupo de sociedades involucrado, se concluya que éstas actúan como una unidad económica en el respectivo negocio, lo cual posibilita su vinculación al pacto arbitral (Talero, 2011, p.87).

c) *Estipulación a favor de otro*

La institución *estipulación a favor de otro o contrato a favor de terceros*, consiste en que una de las partes de una determinada relación jurídica puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla ni haya intervenido en el negocio, sin embargo, solo este tercero podrá invocar el derecho adquirido en cualquier momento.

De acuerdo a estas definiciones, según Peña (s.f., p.1) el contrato interesa a tres categorías de personas diferentes:

- El estipulante, que es quien contrata a favor del tercero;
- El promitente quien se compromete a favor del tercero en la calidad de deudor de éste, y
- El beneficiario, que es el acreedor de la estipulación efectuada en su favor.

d) *Estoppel*

Según Bower y Turner (2004) el estoppel ha evolucionado, definiéndose de la siguiente manera:

Cuando una persona (representador) ha hecho una representación de los hechos a otra persona (representado) ya

sea por sus palabras o los actos de su conducta, o (encontrándose en el deber legal de hablar o actuar) por su silencio o inacción, con la intención (actual o presunta) y con el resultado de inducir al representado, en base a su [buena] fe en dicha representación, a alterar su posición en detrimento propio, el representador, en cualquier litigio que eventualmente tenga lugar entre él y el representado, [incurre en *estoppel*], está impedido, ante el representado, de hacer, o intentar establecer mediante evidencias, cualquier aseveración sustancialmente diferente de su representación previa, si el representado lo objeta en la ocasión oportuna y en la manera apropiada (párr.1.2.2).

En latín, se le conoce bajo el aforismo *venire contra factum proprium non valet* o doctrina de los actos propios, es decir la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos realizados con antelación.

2.3. Definición de términos

Arbitraje

Método de solución extrajudicial de controversias cuyo origen se sitúa en la voluntad de las partes, que, mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado “convenio arbitral”, confían la solución de un litigio a un tercero imparcial (árbitro) elegido, directa o indirectamente por ellas (si se someten a una institución arbitral) (Yúfera,2012,p.15).

Autonomía de la voluntad

Principio básico del derecho contractual. “El valor de este principio se evidencia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos” (Hernández y Guerra, 2012, párr.6). . El consenso o voluntad común, es una característica fundamental del arbitraje (Aguilar, 2011).

Convenio arbitral adhesivo

Aquel que viene formalizado como cláusula general de la contratación o no incorporada a un contrato de adhesión (Chamané y Verástegui, 2012)¹

Convenio arbitral por referencia

Convenio que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento independiente, pero se entiende incorporado al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo (Chamané y Verástegui, 2012)²

Convenio arbitral unidocumental

¹ Regulada por el artículo 15 inciso 1 de la Ley de Arbitraje:

² Regulada en el artículo 13 inciso 6 de la Ley de Arbitraje

Convenio formalizado en un único documento contractual, ya sea en términos de acuerdo independiente o cláusula incorporada al principal (Chamané y Verástegui, 2012).³

Demanda arbitral

Acto típico y ordinario de iniciación procesal o declaración de voluntad de una parte por la cual ésta solicita que se dé vida a un proceso y que comience su tramitación (Yúfera, 2012, p.525).

Laudo

“Etapa decisoria del proceso y consiste en la emisión de la decisión final que dirime la controversia, la cual debe estar debidamente fundamentada por el Tribunal o el Árbitro Único” (Verástegui, 2015, p.84).

Signatario

Representante con poder para firmar un acuerdo. También conocido como un oficial firmante (Diccionario de Leyes, 2016).

No signatario

Aquel que no tiene poder para firmar un acuerdo o contrato.

³ Regulada por el artículo 13, inciso 2 de la Ley de Arbitraje

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Diseño de la investigación

La presente investigación desde la perspectiva metodológica, es no experimental y de tipo descriptivo (Hernández, Fernández y Baptista, 1998).

Desde una perspectiva jurídica, se trató de un estudio dogmático jurídico, cuyo “objeto de estudio son las normas jurídicas que emanan de distintas fuentes del Derecho [...] y a que a su vez son fuentes de la investigación como la doctrina jurídica “(Fernández, Urteaga y Verona, 2015, p.17). También se le conoce como un diseño jurídico evaluativo, ya que según Aranzamendi (2013) “nos permite dar un juicio sobre el comportamiento de un determinado hecho, caso o fenómeno sea de índole jurisdiccional, social, económica o política de relevancia jurídica convertida en problema “(p.84). En el presente estudio, se pretende valorar los supuestos y los efectos jurídicos de la extensión del convenio arbitral a los no signatarios, a fin de adoptar posiciones y definir criterios.

3.2. **Ámbito y tiempo social del estudio**

Ámbito: extensión del convenio arbitral a no signatarios

Tiempo social: 2016

3.3. Identificación y clasificación de las variables

Variable independiente: Artículo 14 de la LAP

Variable dependiente: efectos jurídicos de la extensión del convenio arbitral a no signatarios

3.4. Operacionalización de las variables de estudio

Tabla 1. Operacionalización de variables

Variables	Definición conceptual	Dimensión	Indicadores	Unidad/ Categorías
VI Artículo 14 de LAP	Los supuestos y efectos jurídicos de la extensión del convenio arbitral a no signatarios sean personas naturales o jurídicas, se basan en los criterios e interpretación	Artículo 14 de la LAP	<ul style="list-style-type: none"> – Interpretación extensiva y favorable al arbitraje – Interpretación autónoma que determine la verdadera intención de las partes – Interpretación del pacto arbitral para determinar vinculación de no signatarios – Criterios de extensión de pacto arbitral a no signatarios 	SI No
VD Supuestos y efectos jurídicos de la Extensión del Convenio Arbitral	de los pactos arbitrales entre personas naturales y jurídicas	efectos jurídicos	<ul style="list-style-type: none"> -Laudo arbitral -Limitación del derecho del no signatario al juez natural 	

3.5. Población y muestra

- **Población**

Laudos arbitrales del periodo 2008 -2015

Criterios de inclusión: Arbitrajes nacionales e internacionales en los que se haya extendido el convenio a no signatarios.

- **Muestra**

- **Tamaño de la muestra**

La muestra para la investigación de campo, estuvo constituida por 21 juristas de ambos sexos de la Región Tacna en el 2016.

Criterios de inclusión: juristas de ambos sexos con mas de 10 años de experiencia.

Criterios de exclusión: juristas que manifestaron expresamente que no deseaban participar.

La muestra para la investigación dogmática, estuvo constituida por arbitrajes en los que se extendió la cláusula arbitral a un no signatario.

Criterios de exclusión: Arbitrajes sin extensión a no signatarios

Tipo de muestreo

El tipo de muestreo fue no probabilístico, intencional.

3.6. Métodos, técnicas e instrumento de recolección de datos

- **Métodos**

Teniendo en cuenta el carácter del estudio, se utilizarán los siguientes **métodos**:

- a. Método sistemático: es aquel que estudia la ley atendiendo a sus “principios básicos, su orientación doctrinal y en atención de las disposiciones relacionantes que se pretende esclarecer”(Ramos, 2008, p.444), en este caso los supuestos y efectos jurídicos de la extensión del convenio arbitral a los no signatarios, considerándose el carácter sistemático en cuanto supuesto de toda verdad científica. Este método permite “a) tipificar la institución jurídica a la cual debe ser referida la norma para su análisis e interpretación y b) determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece” (Álvarez, 2002, p.30).
- b. Método crítico: en tanto todo orden jurídico presenta dos elementos relevantes: a) los elementos concretos de un derecho determinado y los b) elementos generales comunes a todo derecho pero en forma no igual, pero si idéntica , lo que posibilita reducir a “unidad lógica todas las materias jurídicas”(Ramos ,2008,p.478).
- c. *Método exegético*: como razonamiento jurídico, ya que facilita una “dirección de análisis y razonamiento jurídico” (Aranzamendi, 2013, p.91).

- d. *Método del materialismo dialéctico e histórico*: epistemológicamente, el investigador “penetra en la esencia del fenómeno jurídico para descubrir sus regularidades y establecer nexos entre estructura y supraestructura (...)” (Aranzamendi, 2013, p.95).
- e. *Método hermenéutico*: en el derecho se aplica la interpretación como un método, pero también como técnica, para las “normas (textos legales), [...] reglas del derecho consuetudinario, principios, contratos, resoluciones judiciales, hechos empíricos o formales de relevancia jurídica”(Aranzamendi, 2013, p.101).
- f. *Método sintético*: se utiliza este método cuando se requiere de “ejecutar la acción, de combinar y unificar los datos e informaciones, que fueron aislados en el análisis” (Ramos, 2008, p.481) de los contenidos jurídicos.

- **Técnicas:**

En cuanto a las técnicas, se les define como “conjunto de reglas para hacer algo con menor esfuerzo y mejores resultados (...)” (Ponce, s.f., p.64). Se utilizarán las siguientes:

- a. *Técnica de análisis de contenido*: técnica de codificación, que permite reducir una cantidad grande de respuestas verbales a preguntas esenciales, que se presentan en categorías expresadas numéricamente (Muehl,s.f.).
- b. *Técnica de la entrevista*: se realizará a través de preguntas orales o escritas a las personas involucradas (juristas expertos) en el problema motivo de estudio (Chávez,s.f.).

- **Instrumentos**

Para la recolección de los datos se utilizará:

- Cuestionario estructurado de 6 items (Validación mediante prueba de expertos).
- Una guía de análisis de contenido, en la que las fuentes de observación fueron de naturaleza secundaria, como expedientes o *leading case*.
- La guía de análisis de contenido, permitió reducir y sistematizar de fuentes primarias y secundarias, información de diferente periodo de tiempo, a fin de esclarecer la situación problemática.
- Una Matriz tripartita de datos :

n/v	V₁	V₂ V_n
S ₁	D ₁₁	D ₁₂	V _{1n}
S ₂	D ₂₁	D ₂₂	V _{2n}
...			
S _n	D _n	D _n	V _{3n}

Fuente: Galtung J. (1966)

3.7. Procesamiento y análisis de la información

- **Procedimiento:**

Procedimiento de recolección de datos mediante la técnica de análisis de contenido:

- Se identificó la fuente de datos, previa verificación de la confiabilidad de la información.
- Se estableció un código maestro.

- Se diseñó la hoja de codificación para las unidades de análisis.
 - Se realizó un control de calidad de la información codificada.
 - A continuación, se procedió al recojo, sistematización, procesamiento y análisis de la información.
 - En cuanto a la entrevista, se aplicó mediante administración directa o autoadministrado, según la preferencia y disposición del informante.
 - El guion de la entrevista se sometió a juicio de expertos para la validación del contenido.
- **Presentación de los datos:**

Para la presentación de los datos se recurrió a la norma APA en cuanto a texto y expresiones numéricas.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Descripción del trabajo de campo

- a) Para lograr alcanzar los objetivos, se aplicó un cuestionario de cinco ítems cerrados, a inicios del 2017, a las unidades de análisis (21 juristas). Asimismo, se respetó los criterios éticos de anonimato y carácter voluntario para responder los cuestionarios.
- b) Asimismo, se realizó el análisis hermeneúutico de la jurisprudencia pertinente.
- c) Seguidamente se vació en una hoja de cálculo excell para obtener tablas y figuras estadísticas.
- d) Finalmente, se establecieron conclusiones y recomendaciones, y se estructuró el informe final de tesis, según los protocolos vigentes de la Escuela de Posgrado de la Universidad Privada de Tacna.

4.2. Diseño de la presentación de los resultados

En un primer apartado, los resultados del cuestionario aplicado a los/las juristas, se presentaron en tablas de frecuencia y figuras bidimensionales, con la descripción de los resultados estadísticos.

Asimismo, siendo el objeto de estudio el artículo 14° de la Ley de Arbitraje Peruana, difiere del derecho como objeto de estudio de una investigación empírica (Fix- Zamudio, 2004), por lo que el segundo

apartado de resultados se aparta de la investigación de campo, para identificar, analizar normas, jurisprudencia, fuentes u otros. En tal sentido, y siguiendo a Fernández, Urteaga y Verona (2015) los resultados “deben describir antes que explicar” (p.16), más aún si nuestro estudio es dogmático jurídico (documental).

4.3. Análisis e interpretación de resultados del cuestionario aplicado a los/las juristas.

Tabla 2

Juristas según si “*considera que la extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios, constituye realmente un problema de derecho de contratos*”, Tacna -2016

	N°	%
Si	10	47,6
No	11	52,4
Total	21	100,0

Fuente: cuestionario

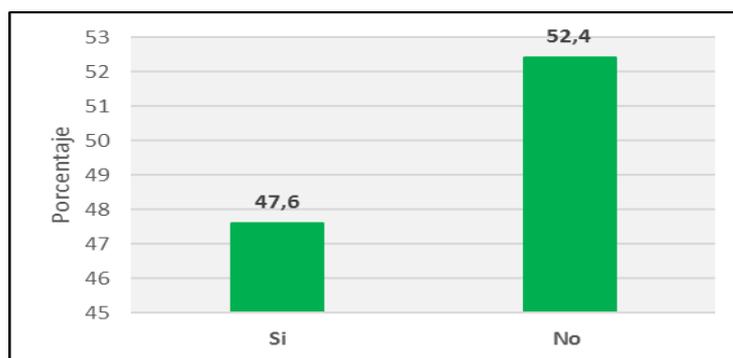


Figura 1. Juristas según si “*considera que la extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios, constituye realmente un problema de derecho de contratos*”, Tacna -2016

Interpretación

Según se observa en la Tabla 2 y Figura 1, la mayoría de los juristas encuestados (52,4%), consideran que la extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios, no constituye realmente un problema de derecho de contratos”, la diferencia (47,6%) si estima que existe un conflicto de derecho de contratos.

Tabla 3

Juristas según si “considera que el consentimiento de las partes, constituye un elemento fundamental de la formación del convenio arbitral, que debe existir para que sea posible extender los efectos de esto a los no signatarios del mismo”, Tacna -2016

	N°	%
Si	21	100,0
No	0	0,0
Total	21	100,0

Fuente: cuestionario

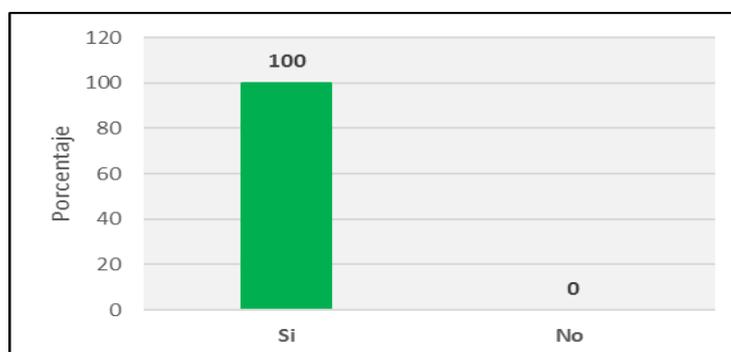


Figura 2. Juristas según si “considera que el consentimiento de las partes, constituye un elemento fundamental de la formación del convenio arbitral, que debe existir para que sea posible extender los efectos de esto a los no signatarios del mismo”, Tacna -2016

Interpretación

Según se observa en la Tabla 3 y Figura 2 , todos los juristas (100%) , consideran que el consentimiento de las partes, si constituye un elemento fundamental de la formación del convenio arbitral, que debe existir para que sea posible extender los efectos de esto a los no signatarios del mismo.

Tabla 4

Juristas según si “considera que la buena fe debe guiar la aplicación de los supuestos de hecho, contenidos en el artículo 14 de la LAP”, Tacna -2016

	N°	%
Si	21	100,0
No	0	0,0
Total	21	100,0

Fuente: cuestionario

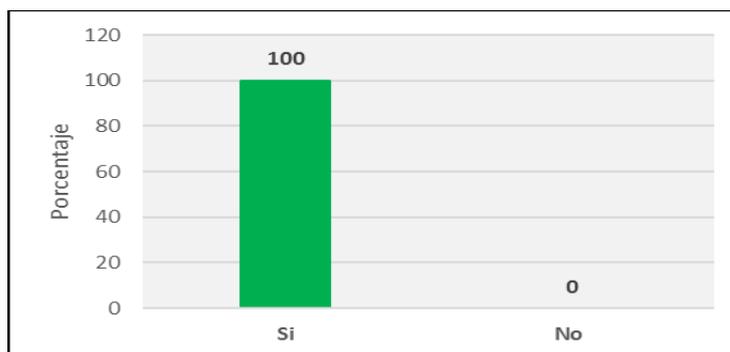


Figura 3. Juristas según si “considera que la buena fe debe guiar la aplicación de los supuestos de hecho, contenidos en el artículo 14 de la LAP”, Tacna -2016

Interpretación

Según se observa en la Tabla 4 y Figura 3, todos los juristas (100%), consideran que la buena fe debe guiar la aplicación de los supuestos de hecho, contenidos en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana.

Tabla 5

Juristas según si “considera que existe una distinción o no entre parte no signataria y tercero ajeno al convenio”, Tacna -2016

	N°	%
Si	18	85,7
No	3	14,3
Total	21	100,0

Fuente: cuestionario

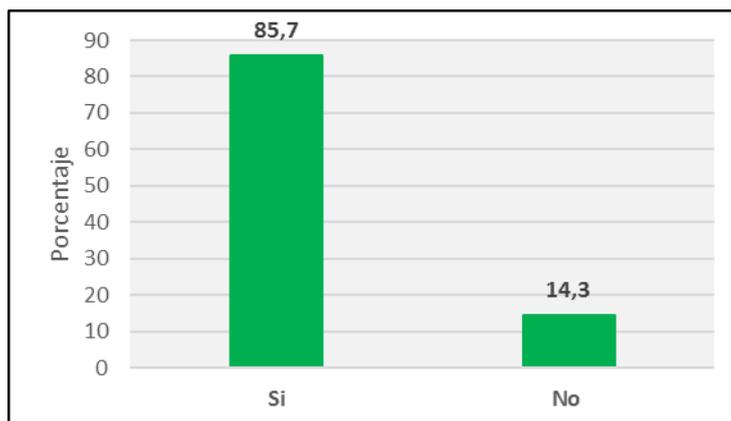


Figura 4. Juristas según si “considera que existe una distinción o no entre parte no signataria y tercero ajeno al convenio”, Tacna -2016

Interpretación

Según se observa en la Tabla 5 y Figura 4, la mayoría de los juristas (85,7%) discurren y afirman que, si existe una distinción o no entre parte no signataria y tercero ajeno al convenio, la diferencia indica que no (14,3%).

Tabla 6

Juristas según si “considera que la extensión de los efectos del convenio arbitral a un no signatario, vulnera el principio res inter alios acta”, Tacna - 2016

	N°	%
Si	8	38,1
No	13	61,9
Total	21	100,0

Fuente: cuestionario

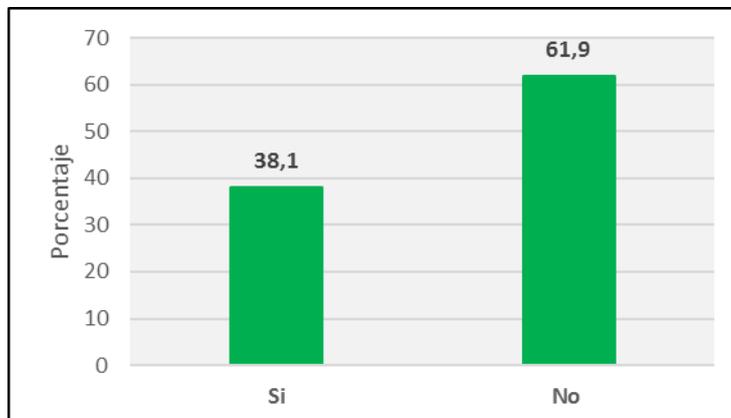


Figura 5. considera que la extensión de los efectos del convenio arbitral a un no signatario, vulnera el principio res inter alios acta, Tacna -2016

Interpretación

Se aprecia en la Tabla 6 y Figura 5, que prácticamente las dos terceras partes de los juristas encuestados (61,9%) *considera que la extensión de los efectos del convenio arbitral a un no signatario, no vulnera el principio res inter alios acta*, la diferencia manifiesta que si vulnera el principio citado (28,1%).

4.4. Sistema arbitral desde el ordenamiento jurídico peruano e internacional

- **Constitución Política 1993**

La Carta Magna de 1993, expresa taxativamente que no existe ni puede establecerse otra jurisdicción independiente, salvo la militar y la *arbitral*, garantizándose la libertad que tiene cualquier persona de recurrir a la vía judicial ordinaria o al arbitraje como forma alternativa para la solución de controversias patrimoniales de libre disposición en el ámbito nacional e internacional:

Constitución de 1933 vigente (numeral 1 del artículo 139:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación. [...].

Igualmente, la Constitución de 1979 abrogada en el inciso 1 del artículo 233, prescribió:

Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia: 1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación. [...].

No obstante, las actuaciones que se realicen dentro del marco de un proceso arbitral, no pueden prescindir de los principios consagrados

en la Constitución, lo cual garantiza el respeto de los derechos fundamentales, y se proyectan *erga omnes* en el ámbito de las relaciones entre particulares como también entre los particulares y el Estado.

- **Tratados Internacionales**

El Perú ha ratificado tres importantes Convenciones que conforman el ordenamiento jurídico peruano en materia de arbitraje. Cronológicamente se tiene:

1980: Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (8 de mayo de 1979 - Montevideo) y aprobada por el Perú a través Decreto Ley N° 22953, de fecha 26 de marzo de 1980, a continuación ratificada el 9 de abril de 1980 con entrada de vigencia el 14 de junio de 1980.

1988: Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, sancionada en Nueva York el 10 de junio de 1958; y aprobada por el Perú a través de la Resolución Legislativa N° 24810. Su publicación oficial fue el 25 de mayo de 1988, y con fecha de entrada de vigencia desde el 5 de octubre de 1988.

1989: Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, y ratificada por el gobierno peruano a través de la Resolución Legislativa N° 24924, publicada oficialmente el 10 de noviembre de 1988, y con fecha de entrada en vigencia desde el 21 de junio de 1989.

- **Leyes**

Abrogadas:

1992: Ley de Arbitraje. Decreto Ley N° 25935 promulgada el 9 de diciembre de 1992 (derogó articulado del Código Civil referido a la cláusula compromisoria y compromiso arbitral).

1996: Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 del 20 de diciembre de 1995, con fecha de entrada de vigencia del 6 de enero de 1996, basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo UNCITRAL) , cuya característica es su carácter dualista.

Vigente:

2008: Ley Peruana de Arbitraje regulada por el Decreto Legislativo N° 1071, publicada en el Diario Oficial el Peruano, el 28 de junio de 2008 y con fecha de entrada de vigencia desde el 1 de setiembre de 2008, cuya característica es su carácter monista, en cuanto ya que su ámbito de aplicación comprende el arbitraje nacional e internacional.

4.5. Premisas fundamentales del arbitraje

- **Jurisdicción del arbitraje**

La Carta Magna de 1993, ha establecido que el arbitraje es una jurisdicción de excepción:

Artículo 139.1 de la Constitución Política del Perú

Son principios y derechos de la función jurisdiccional, entre otros, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y no existe ni puede

establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

El máximo interprete de la Constitución, ha puntualizado que:

Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado “(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho.

Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad

de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso

(...)

Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional* (STC N° 6167-2005-HC/TC,2008).

- **Autonomía del arbitraje frente al contrato**

El convenio arbitral se basa íntegramente en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, principio que es aceptado por lo general en todas las legislaciones estatales (Soto, 2011), la que se interpreta de modo restrictivo, en el sentido, de que no debe asomar ninguna duda de la intención de las partes de someterse al arbitraje, condición *sine qua non* para poner en marcha el arbitraje.

En este punto, cabe mencionar que el numeral 1 del artículo 13 del Título II Convenio Arbitral de la Nueva Ley Peruana de Arbitraje 2008 (DL. N° 1071) literalmente prescribe:⁵

⁵ Artículo 13°.- Contenido y forma del convenio arbitral

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo

Artículo 13º.- Contenido y forma del convenio arbitral

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

En nuestra opinión, el artículo supra, jurídicamente se asienta en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad. El *principio de la autonomía de la voluntad*, sin lugar a dudas, “*configura el acto creador de la relación jurídica, siendo para ello necesario que se realice en plena libertad*” (Osterling, s.f., párr.3). , siendo un límite al principio de libertad contractual, que la conformación del negocio jurídico está supeditada a la legitimidad de su causa. A continuación, se presenta los requisitos de forma del convenio arbitral en veinte países:

Tabla 7. Requisitos de forma del convenio arbitral en el derecho comparado

País	Artículos*	Forma escrita	Canje de cartas, télex, fax u otro medio	E-mail	Firma	Soportes no escritos
Argentina	Artículo N° 739 CPCCN Artículo N° II § 2CNY Artículo N° 1§1cpA Artículo N° 6 Mercosur	X	X		X	

de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea firmada, por una parte, sin ser negada por la otra.

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

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

Bolivia	Artículo N° 10. §1	X	X			
Brasil	Artículo N° 4 § 2 Artículo N° 9 §2	X	X		X	
Chile	Artículo N° 7 § 2	X	X		X	
Colombia	Artículo N° 69	X	X	X		X
Costa Rica	Artículo N° 7§ 2 et 4	X	X	X		
Cuba	Artículo N° 14 D-Cub Artículo N° II § 2CNY	X	X		X	
Ecuador	Artículo N° 5 §1 Artículo N° 6	X	X		X	
El Salvador	Artículo N° 29 § 3	X	X		X	
Guatemala	Artículo N° 10 § 1	X	X		X	
Honduras	Artículo N° 38 § 1	X	X			X
México	Artículo N° 1423	X	X		X	
Nicaragua	Artículo N° 27 § 2	X	X	X	X	
Panamá	Artículo N° 9	X	X	X	X	
Paraguay	Artículo N° 10	X	X		X	
Perú	Artículo N° 13	X	X	X		X
República Dominicana	Artículo N° 10 § 2	X	X	X	X	X
Suiza	Artículo N° 178 § 1	X	X			
Uruguay	Artículo N° II § 2 CPY Artículo N° 1 § 1 CPa Artículo 6 Mercosur	X	X		X	
Venezuela	Artículo N° 6	X	X			

Nota: Cuando la abreviatura de la ley no es indicada, la disposición concernida se refiere a la ley nacional de arbitraje de país.

Fuente: Follonier A. (2013, p124)

- **Autonomía de la voluntad en el arbitraje**

Es sabido que el “requisito procesal *sine qua non* para que un tribunal arbitral sea competente para resolver sobre el fondo de la controversia” (Orellana, s.f., p.26), es la existencia del convenio arbitral. Por lo tanto, para que exista dicho convenio, es fundamental la concurrencia de manifestaciones de la voluntad real de las partes para someterse a arbitraje y de no existir ésta, el convenio adolece de la falta de compromiso de las partes que dejan por sentado su voluntad de acordar.

Asimismo, Herrera (2012) enfáticamente afirma que “la autonomía de la voluntad es el “principio en torno al que gira la institución del arbitraje [...] y se le

reconoce como el poder reconocido a toda persona para conformar libremente una relación jurídica (...)" (párr.1).

De igual modo, Rubio y Rodríguez (2009) también aseveran que el arbitraje para la resolución de los conflictos, está "basado en la autonomía de la voluntad de los litigantes , que libremente, deciden someter sus controversias a un instrumento de heterocomposición ajeno al sistema jurisdiccional que ejercen en exclusividad los Juzgados y Tribunales" (p.60), presupuesto consagrado en la jurisprudencia española STC (Pleno) del 23 de noviembre de 1995 que postula el siguiente fundamento jurídico: "Es por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes , como declaramos en nuestra STC 43/1988).

En el ámbito peruano, al igual que en el derecho español, el Tribunal Constitucional reconoce expresamente la naturaleza dispositiva sobre la que se funda el arbitraje, aspecto que constituye un supuesto fundamental y diferenciador del proceso judicial.

- **Principio competence – *competence***

En el sistema arbitral, pese a que las partes hayan expresado la voluntad de someterse al arbitraje, puede darse situaciones materiales de convenios arbitrales en los que existan cláusulas contradictorias, ambiguas o imprecisas, sea porque la realizaron del convenio se realizó al amparo de una normativa anterior o las propias cláusulas revelan una contradicción.

Por lo que los árbitros en todos los sistemas de arbitraje, bajo el amparo de justificación de su potestad, están facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la

validez del convenio arbitral o cualesquiera otras, cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. De ahí que según Fernández y Artuch (2011) el “principio competencia-competencia “se configura, junto al principio de la autonomía del convenio arbitral, como una de las instituciones fundamentales del derecho arbitral “(p.760).

Por tanto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las otras estipulaciones del mismo. En tal sentido, si la decisión de los árbitros declara la nulidad del contrato, no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral. (Stampa, Cañellas, Mullerat, Mantilla, Fernández, Alonso, Griñó y Silva, 2009, p.151).

En la nueva Ley Peruana de Arbitraje, el principio *kompetenz-Kompetenz* también pueden pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes, en cuanto se cuestione la existencia, alcances o validez del convenio arbitral:

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

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

juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

Según Llain (2014) el principio *competence –competence* , cumple una función trascendental, pues evita tácticas dilatorias de mala fe , aplicadas por las partes para menoscabar la validez del acuerdo arbitral y por ende la competencia del tribunal; ya que es el propio tribunal que decide sobre su competencia , aún a pesar de que la parte impugnante acuda a instancias jurisdiccionales.

- **Consentimiento implícito y desconocimiento de la personalidad jurídica**

El vocablo implícito deriva del latín *implicītus*, quiere decir “incluido en otra cosa sin que esta lo exprese “(RAE, 2014, párr.1) y en el ámbito del arbitraje constituye un fundamento de legalidad.

Según Park (2014) diferentes acuerdos pueden ser inferidos de la conducta, por ejemplo, “dos empresas pueden actuar de una manera que razonablemente observadas puedan interpretarse como un compromiso para arbitrar disputas” (p.22). De ahí que, se entendería que la jurisdicción arbitral fundamentada en el conocimiento implícito considera que un no signatario “podría esperar razonablemente verse obligado (o beneficiado) por un acuerdo de arbitraje firmado por otra persona, tal vez por una relacionada” (Park, 2014, p.23), situación que resulta plausible y desprovista de injusticia ya que tanto los derechos como las obligaciones dentro del marco jurídico arbitral, se han inferido indubitablemente del consentimiento implícito a través de una conducta manifiesta.

Silva (2011 citado por Orellana, 2014) afirma que el consentimiento implícito, da lugar a que se derive la “participación de una parte en la negociación, celebración, ejecución o resolución del contrato [o] su aquiescencia a someterse al convenio arbitral” (p.31)

Un ejemplo ilustrativo del consentimiento implícito, es la jurisprudencia francesa en materia de arbitraje internacional: la Corte de Apelaciones emitió un fallo paradigmático, del llamado caso Jaguar, en el que precisó de modo textual la extensión del no signatario en razón al consentimiento explícito, basado en la normativa de derecho del arbitraje internacional:

(...) los efectos de la cláusula compromisoria se extienden a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato cuando su situación y sus actividades hacen presumir que han tenido conocimiento de la existencia y del alcance de la cláusula, con el fin de que el árbitro pueda familiarizarse con todos los aspectos económicos y jurídicos de la controversia (Corte de Apelación de París, 1994).

De otro lado, en el mismo sentido, el Tribunal Federal Suizo en sentencia del 16 de octubre del 2003, desestimó un recurso de anulación, en contra de un laudo CCI, en el que se había extendido la cláusula compromisoria a un tercero no signatario, fundamentando su decisión en los usos del comercio internacional, en virtud de los cuales la regla determinante es la no participación de un no signatario en la negociación o ejecución de un convenio o contrato, sin embargo, se admite tal extensión bajo el “fundamento de la voluntad real de las partes, o en su defecto, bajo el principio de la buena fe” (Decisión del Tribunal Federal Suizo, 2003 citado por Orellana, 2014, p.32).

- **Desconocimiento de la personalidad jurídica**

El desconocimiento de la personalidad jurídica, se basa en las teorías del abuso de la personalidad jurídica (v.g. fraude o la infracapitalización). Pongamos por caso, que una empresa se creó con un propósito ilícito, por lo que estamos frente a una simulación, por consiguiente, al contrato de asociación se le podría desconocer la personalidad jurídica de la sociedad y establecer responsabilidades a las personas (jurídicas o naturales) que fundaron la empresa para fines ilícitos.

Al respecto Park (2014) ilustra la desestimación de la personalidad jurídica, a través del siguiente ejemplo:

Un empresario podría negociar activamente un contrato de compra que contiene una cláusula arbitral, pero a último momento hace que este sea firmado por una empresa de su propiedad y controlado por él. Una solicitud de extensión de la cláusula arbitral para que incluya al empresario podría fundamentarse en la noción que el comprador y el vendedor tenían la intención que el empresario fuese parte del acuerdo.

Ahora, supongamos que el empresario no tuvo ningún papel en la negociación y ejecución del contrato, pero se apropió indebidamente de activos de la empresa para su uso personal. Si dichas transacciones fraudulentas convierten a la sociedad en un cascarón, un árbitro podría justificar mirar más allá de la empresa, en dirección a su propietario, independientemente de lo que las partes habían deseado originalmente. Para efectos prácticos, la empresa simplemente dejaría de existir, dejando al empresario como parte de la cláusula arbitral. (p.23)

4.6. Jurisdicción arbitral y alcance subjetivo del acuerdo arbitral

Queda claro, que el arbitraje tiene naturaleza convencional, por tanto, resulta aplicable a su respecto la normatividad relativa a los contratos. En materia civil, el artículo 1363 del Código Civil, conforme al cual *los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles*. La razón fundamental, es que la fuerza obligatoria de los contratos tiene su fundamento esencial en la voluntad de las partes y por tanto no surte efectos ni tiene eficacia respecto de quienes no han prestado su consentimiento.

En el acuerdo arbitral, este principio evita que alguien, sin haber manifestado su consentimiento, sea obligado a ventilar la controversia mediante un arbitraje y de otro lado, resignar la competencia de un tribunal ordinario. No obstante, hay casos en que “se admite que sujetos que no han sido parte *stricto sensu* del acuerdo arbitral

- **Principio *pacta sunt servanda, lex inter partes y res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest* y relatividad de los contratos (arbitral)**

La primera locución latina *pacta sunt servanda*,¹⁰ significa que lo pactado obliga o “los pactos hay que guardarlos” (Enciclopedia jurídica, 2014, párr.1) lo cual tiene relación directa con la autonomía de la voluntad, y sobre el cual se asienta todo contrato (arbitral), es decir el acuerdo de la voluntad de las partes, en este caso, la manifiesta voluntad de renunciar al fuero judicial y someterse a un tribunal arbitral.

¹⁰ Locución latina que se le atribuye a Ulpiano en el Digesto

En consecuencia, en virtud del aforismo *pacta sunt servanda*, deviene que lo pactado es *lex inter partes* o ley entre las partes, la que debe ser respetada y cumplida.

El tercer aforismo, es el principio *Res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest* que significa que la “cosa que ha sido hecha por unos no perjudica en principio a otros” (Iglesias, s.f., párr.1). Igualmente Thirlway (2014) afirma que la locución latina *res inter alios acta* alude a:

Something done or agreed between other parties (from which therefore no benefit or burden arises: cf. pacta tertiis nec nocet nec prodest)

Mientras que *pacta tertiis ne nocet nec prodest*, significa que *No benefit is derived, and no injury suffered, something agreed between third parties.*

Es decir, no se deriva ningún beneficio ni lesión a terceros, que no han acordado.

En el ámbito del derecho civil, se conoce como *efecto relativo del contrato*, que obliga a reconocer que las consecuencias o efectos directos de un contrato recaen exclusivamente sobre la otra parte. Dentro del marco del convenio arbitral, esta derivación directa “garantiza el involucramiento de las partes en el arbitraje coincide con el efecto positivo del convenio arbitral que se traduce en el derecho que tiene cada una de las partes de exigir que las controversias se sometan a arbitraje “(Santisteban, 2009, p.30).

Siendo el convenio arbitral en esencia un contrato, el artículo 62° de la Constitución Política de 1993, establece:

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 sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente

De otro lado, el artículo 1363° del Código Civil, consagra también el Principio de Relatividad contractual:

Artículo 1363.- Efectos de contrato

Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.

El artículo en mención, prescribe alude a las excepciones al principio de relatividad, es decir, contrato en favor de tercero y la promesa de la obligación. En relación a este punto, por principio ningún contrato produce efectos frente a terceros, si éstos no han manifestado su voluntad de aceptación. Asimismo, no puede haber contrato a cargo de terceros, sino en favor de terceros. Torres (2012) afirma que si *el tercero*, que no ha intervenido en la celebración del contrato, acepta los derechos y obligaciones está aceptando el contrato, por lo que termina siendo parte de éste, y como tal le asiste el derecho de resolver el

contrato; en cambio, si solo acepta el derecho derivado de un contrato ajeno, no acepta el contrato, sino solamente el beneficio, por tanto no constituye parte contratante, consiguientemente no tiene la facultad de resolución.

El principio de *relatividad contractual*, tiene su fundamento en que un contrato constituye un *acto de ejercicio del poder de la autonomía privada*, en tal sentido, *contrario sensu*, extender su eficacia respecto de terceros, sería heteroeficacia (Diez, 1979) por tanto, quienes no participan en un contrato no tienen calidad de acreedores ni deudores, ni tampoco reciben la propiedad o los derechos reales, etc. (De la Cruz, s.f.) . Apreciación similar muestra Diez-Picazo (citado por Santistevan (2009), quien considera que “Un contrato con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas, no sería un acto de autonomía, sino que constituiría una invasión de la esfera jurídica ajena” (p.30).

El efecto relativo del contrato, implica que

(...) sólo puede reclamar la acreencia quien es el acreedor de la obligación contractual, y que sólo queda obligado a cumplir con su obligación el que es deudor de la obligación contractual. Ni la acreencia aprovecha a terceros, ni puede ser reclamada por terceros, ni tampoco la obligación puede ser exigida a terceros (De la Cruz,s.f.,párr.3).

En cuanto a las excepciones al principio de la relatividad, en nuestro ordenamiento jurídico, se ha previsto los siguientes supuestos: *el contrato en favor de terceros ; el contrato por persona que se designará , el contrato en daño a tercero, la promesa de hecho ajeno y todos los supuestos de acciones directas y de subcontratación.*

En suma, los contaros se producen entre las partes y no pueden ser oponibles a terceros ni invocados por éstos. En consecuencia, si se aplican estas reglas al arbitraje, es necesario, en primer lugar que para que el proceso arbitral sea viable, debe existir de por medio la manifestación de la voluntad de las partes, lo que determina la competencia de los árbitros.

Cómo se entiende entonces que una cláusula arbitral comprenda a aquellos que no figuran como signatarios de una convención arbitral, teniendo en cuenta que el convenio arbitral tiene como cimiento sólido el principio de autonomía de la voluntad de las partes, según el cual solo se afecta, a aquellos que de *modo formal* se han constituido como partes de un contrato y lo firman.

Farré (citado por snabogados, 2011, párr.1) “ la autonomía de las partes es esencial en el arbitraje. Es el eje en el que gira el arbitraje”, en el mismo sentido Trazegnies (2005) afirma que el “régimen jurídico contractual [...] es uno de los principales elementos de construcción de una sociedad libre, ya que constituye la expresión misma de esa libertad individual , que está - o debiera estar - en el origen del acuerdo social”(p.24), más aún, el Código Civil vigente reconoce la naturaleza esencialmente libre que tiene un contrato y privilegia su carácter consensual. Por tanto, un convenio o contrato es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden comprender o afectar a terceros no signatarios. Si es así, se produce realmente una colisión de principios, en tanto, el convenio arbitral no se interpreta en sentido restrictivo, al permitir

que se extienda el mismo a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar, ya sea mediante su suscripción o adhesión.

Ahora bien, si el convenio arbitral es un contrato, entonces se trata de un “acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica” (artículo 1351 del Código civil vigente), que requiere del consentimiento de las partes para perfeccionarse (Artículo 1352) y son las partes las que determinan libremente el contenido del contrato (artículo 1354 del Código Civil 1984), siendo supletorias de la voluntad de las partes las disposiciones de la ley sobre los contratos, a excepción de éstas sean imperativas (artículo 1356 del Código Civil 1984). Empero, de acuerdo con Caivano (2006) precisa que es certera la posibilidad de incorporar o extender al juicio arbitral , a aquella persona que ha sido signatario de la cláusula arbitral, toda vez que el hecho de no haber firmado el convenio no significa que no pueda verse obligado por sus efectos. Por tanto, siendo una piedra angular del arbitraje el consentimiento, el arbitraje se centra en determinar no si plasmó la firma sino más bien si existió acuerdo de voluntades, expresa o tácita, siendo los árbitros quienes deben establecer un juicio de valor para cada caso concreto y meritar la extensión o incorporación del alcance del convenio arbitral a no signatarios.

4.7. Aproximaciones interpretativas del pacto arbitral

Sin duda, el convenio arbitral contentivo determina no sólo la existencia sino también los límites de la competencia de un tribunal arbitral, para conocer y solucionar las diferencias entre las partes que se someten voluntariamente a este medio alternativo. Sin embargo, cuando existen silencios o ambigüedades

en los términos del pacto arbitral, es necesario interpretar que materias quedan comprendidas y/o excluidas e incluso a *quienes se extiende el convenio arbitral*, en situaciones concretas, desentrañando la genuina intención de las partes, sin vulnerar los principios contractuales.

En tal sentido, se consigna tres métodos de interpretación aplicables a las situaciones del pacto arbitral:

a) *Interpretación restrictiva*

La teoría de la interpretación restrictiva del convenio arbitral, se concreta en el hecho de soslayar la justicia ordinaria en cuanto se acuda al arbitraje. En tal sentido, el convenio arbitral no podría ser materia de una interpretación *lato sensu* favorable al arbitraje, toda vez que éste constituye un mecanismo alternativo de solución. De tal forma, que si se produce dudas respecto de algún tópico en el sentido si “encaja o no en el pacto arbitral, se prefiera una interpretación que excluya el asunto de la aplicación del pacto” (Talero, 2011, p.76) constituyendo por tanto, la justicia ordinaria la regla y el arbitraje la excepción.

b) *Interpretación extensiva*

La teoría extensiva del pacto arbitral, se afina en dos aspectos: la existencia de una política legislativa por parte de algunos Estados que favorece el arbitraje, como postulado de orden público, lo que favorecería una interpretación extensiva que posibilite efectivamente el arbitraje; y de otro lado, las razones tienen su origen en la economía y conveniencia procesal. En consecuencia, a diferencia de la interpretación restrictiva la duda si un asunto encaja o no en el ámbito arbitral, se prefiere una

interpretación que privilegie el arbitraje (Talero, 2011), en cuanto al *scope del pacto*, no así respecto de la validez del mismo.

c) *Interpretación autónoma*

De acuerdo con la interpretación autónoma, el convenio arbitral se interpreta como cualquier otro contrato, específicamente para develar la intención de las partes (Talero, 2011).

4.8. Teorías de la extensión del convenio arbitral a no signatarios

Una premisa necesaria de subrayar, es que la intervención voluntaria de un tercero no es posible sin que medie la aceptación de las dos partes en un convenio arbitral. Medina (2016) afirma que

No es posible que quien no haya sido objeto de una solicitud de arbitraje, pueda imponerse al demandante, alegando un interés o un derecho a accionar que no le corresponde ejercer. Debe entenderse que es el demandante quien limita el ámbito de su solicitud y, si el demandado no lo entiende así, tendrá siempre abierta la vía de la respuesta reconvenzional para tratar de forzar otro escenario. Si ninguna de las dos partes actuantes está de acuerdo en la intervención voluntaria, al aspirante a ella no le quedará otro remedio procesal que el de demandar a una o las dos de ellas y tratar entonces de fundamentar una fusión de los expedientes creados (párr.10).

Sin embargo, actualmente se admite que la cláusula arbitral puede extenderse a terceros o no signatarios, aunque algunos doctrinarios establecen el criterio de que los terceros en el contexto de la extensión

de los no signatarios son partes, aunque no formales. En tal sentido, la noción de tercero tiene una configuración particular de cara a la convención arbitral. Sin embargo, existen casos en que se admite que una persona natural o jurídica, que no han sido parte en estricto sentido del acuerdo arbitral, sea conminada a participar en un proceso arbitral. Al respecto Caivano (2006) señala que se trata de “personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de «terceros», que por alguna razón pueden considerarse «asimilados a las partes” (p.123) , es el caso de los sucesores universales de las partes (Caivano, 1999) o en ciertos casos fiadores de las partes (Chillón y Merino, 1991,p.697).

- **Teorías que vinculan a los no signatarios:**

En Norteamérica Laudo *Thomson CFC S.A.C. American Arbitration Association*, marcó un hito como jurisprudencia, ya que subrayó cinco teorías bajo las cuales los no signatarios resultarían comprendidos en el marco de un convenio arbitral en el sistema *common law*. Es decir, según la decisión *Thomson*, se reconoce sin dudas, la naturaleza contractual del arbitraje, sin embargo, ello no significa que la obligación de arbitrar solo atañe a aquellas personas que firmaron el convenio, sino que los no signatarios pueden estar sometidos, en cuanto los principios ordinarios del convenio y del agente así lo dicten.

- **Incorporación por referencia**

Existe consenso en el arbitraje que el acuerdo arbitral tiene autonomía, la cual tiene una doble vertiente: a) la primera, se deriva del *principio de*

separabilidad, que establece que el acuerdo arbitral es independiente del contrato principal en el que esté contenido, lo que determina la existencia y validez del acuerdo arbitral, por tanto, se rigen por una ley diferente de la que rige el contrato principal;¹⁵ b) la segunda vertiente, postula el carácter autónomo del acuerdo arbitral de las leyes nacionales que puedan serle aplicables, entendiéndose, que alude al mecanismo para determinar la normativa que le resulte aplicable (Gedvillo,2010).

Asimismo, la normativa sobre arbitraje, prescribe que el acuerdo conste por escrito, para otorgar certeza del consentimiento de las partes signatarias de un convenio arbitral, el cual, si está contenido en un contrato, telegrama, carta se considera cumplido el acuerdo por escrito. Dicho criterio es adoptado por la Convención de *New York* sobre Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (art. II, 2).

Por otra parte, la Ley Modelo CNUDMI, adopta un alcance más amplio de *acuerdo arbitraje escrito* según se colige de los artículos 3, 4, 5 y 6 del artículo 7, que se citan textualmente:

Capítulo II. Acuerdo de arbitraje

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

(...)

3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que

¹⁵ La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en su artículo 16(1) recoge el principio de la separabilidad.

el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

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

Empero, muchas veces se cuestiona la validez del acuerdo arbitral, cuando éste consta en documentos separados a los que se señalan en el contrato principal, esto es, *cuando el acuerdo arbitral es incorporado por referencia*.

Según *Black's Law Dictionary* (2004) la incorporación por referencia es el método que consiste en hacer que un documento se convierta en parte de un documento separado por medio de la referencia del primero en el segundo, como si estuviera íntegramente contenido en el primero.

En el Perú, la Ley de Arbitraje, sigue el criterio de la Ley Modelo de la CNUDMI, ya que estipula en el inciso 6 del artículo 13: “La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato” (DL. N°1071, 2008).

Chile, también considera expresamente en el artículo 2 del Capítulo II de la Ley Núm. 19.971 Sobre Arbitraje Comercial Internacional:

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

A su vez, según Martin (s.f.) existen dos situaciones precisas, en las que se incorpora al tercero en un proceso arbitral:

- i. Cuando, el tercero hace un acuerdo separado con una de las partes y en el acuerdo se incorpora una cláusula arbitral por referencia (p.162).
 - ii. Cuando, la cláusula arbitral haga una referencia al tercero o a un acuerdo secundario que tenga relación con él (p.162).
- Jurisprudencia francesa sobre incorporación por referencia del acuerdo arbitral

Caso Société d'études et représentations navales et industrielles (SOERNI) et autres vs. Société Air Sea Broker limited (ASB) del 8 de Julio de 2009, Caso No. 08-16025 (SOERNI c. ASB).

Siendo los fundamentos los siguientes:

- a) La Liga de estudios y representaciones navales e industriales (SOERNI) arguyó que antes de firmar el contrato no tenía conocimiento del contenido de la cláusula arbitral y que de conformidad con la ley francesa una cláusula arbitral incorporada por referencia no resulta vinculante, en tanto, cuando se suscribió el principal una de las partes desconocía su contenido. Añadió, que la firma del contrato precitado, había sido representada por una persona sin facultades para obligar a la sociedad (Cass., 1ère civ. 8 July 2009).
- b) En la decisión del 8 de julio de 2009, la Corte de Casación Francesa concluyó que la cláusula arbitral era válida, toda vez que la carta hacía referencia precisa de la cláusula arbitral; que el empleado que

firmó la carta de indemnidad en representación de SOERNI fue la única persona con la que contactó ABS durante las actuaciones del negocio jurídico y que SOERNI no notificó a la ABS que el empleado que actuaba en su representación no tenía facultades para obligar a SOERNI frente a terceros. En base a estos elementos la *Cour de cassation* francesa, dictó una nueva resolución sustancial que involucraba la buena fe:

[e]l consentimiento al arbitraje por una sociedad no es determinante conforme a alguna ley nacional, pero la implementación de una norma sustantiva deducida del principio de la validez del acuerdo de arbitraje basándose en la voluntad común de las partes, el requisito de buena fe y la expectativa legítima del representante del suscriptor para celebrar un acto de administración de jornada que vincule a la sociedad (Burrus, 2015, p.272).

Es previsible , que el Tribunal de alzada francés, concluya que la sociedad SOERNI, estaba obligada por la cláusula arbitral en cuestión, ya que dispuso que uno de sus empleados realizara todos los actos necesarios para concretar un contrato de transporte , entre los que se incluía una carta de exoneración de responsabilidad que específicamente aludía a un acuerdo arbitral en caso de discrepancias o conflictos posteriores, actuando hasta este momento buena fe de por medio y concordancia entre la representación de la realidad y la realidad misma, en la que cada parte actúa honesta y verazmente, no existiendo ninguna advertencia por parte de SOERNI de que su representante tenía

deficiencias en cuanto al alcance de su poder, más aún cuando el primero ratifica el contrato en cuanto solicita un monto económico para un seguro complementario.

- **La asunción (Assumption)**

Según la *teoría de la asunción* se puede extender el convenio arbitral a un no signatario, siempre que indubitablemente de su conducta se infiera que su intención es la de ser parte o cuando conociendo del convenio no se objetó éste (Restrepo, 2012) y asumir las obligaciones del arbitraje. Por ejemplo Restrepo (citado por Martín (s.f.) señala que un ejemplo de la aplicación de la teoría de la asunción, se presenta cuando “existe un acuerdo arbitral entre una empresa que es parte de otra principal, que hace presuponer que la subsidiaria conocía de tal acuerdo, pues nunca lo objetó y que por ende, válidamente, la vincula al proceso arbitral” (p. 162).

En este caso, se trata de contratos interrelacionados, en los cuales se alude directa y expresamente a otro contrato. Ejemplo: contratos de garantía, aquellos contratos interconectados como los de construcción e ingeniería, entre otros.

- **El mandato o agencia**

Teoría que se basa en el contrato de mandato en mérito al cual, el mandante confiere al mandatario la:

(...) capacidad de realizar algunos actos o negocios en representación del primero, de tal forma, que el mandatario que firme un acuerdo arbitral en representación de su mandante quedará vinculado, solo si o revela a la otra parte que el pacto arbitral ha sido firmado en representación del mandante (Restrepo, citado por Martin, s.f. , p.162)

Es decir, entre el signatario y no signatario, “existe una relación de representación o agencia” (Santisteban, 2008, p.38).

- **Levantamiento de velo societario/*alter ego***

Restrepo (citado por Martin, s.f.), precisa que esta teoría comprende la posibilidad de acoger a una persona al proceso arbitral, sin el requisito de haber firmado el convenio, en razón a una interrelación dada entre el no signatario y una compañía signataria del pacto arbitral. Según Conejero e Irra (2013) no existe consenso en la aplicación del velo societario, pues los criterios que definen su adopción por parte de los tribunales arbitrales son disímiles según cada jurisdicción.

Al respecto, de la jurisprudencia arbitral peruana, se consigna un *leading case* de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el Perú, referido al conflicto generado entre las demandadas TSG Perú S.A.C., (*Technology Service Group, en adelante TSG*) contra Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C. Cabe precisar, que en el Perú es el primer laudo arbitral revisado en sede judicial en relación a la extensión del convenio arbitral a un no signatario (extensión *rationae personae*).

Los hechos materia de controversia se resumen en los siguientes párrafos:

- a) En el 2002 TSG, Caleta Dorada y Harinas Especiales celebraron un contrato de prestación de servicios, mediante el cual Harinas Especiales se obligaba a producir harina de pescado, con pescado entregado por TSG. Asimismo, Harinas Especiales (HE) manifestó ser arrendataria de infraestructura – plantas – destinada a la fabricación de harina de pescado, en un terreno de propiedad de Caleta Dorada (CD) quien declaró su conformidad con el acuerdo.
- b) Más adelante, la empresa Harinas Especiales, declinó su posición contractual a Pesquera Industrial Chicama (PICH) y los terrenos donde se ubicaban las plantas las dio en garantía a favor de TGS.
- c) Posteriormente, previas modificaciones del contrato, Pesquera Industrial Chicama resolvió el contrato, aduciendo que TSG no le había pagado una factura. Por su lado, TSG de igual modo, resolvió el contrato y argumentó que más bien Pesquera Industrial Chicama no había cumplido con una obligación cuyo valor monetario ascendía aproximadamente a más de un millón de dólares americanos.
- d) TSG Perú S.A.C. solicitó un arbitraje ante el incumplimiento de parte de Harinas Especiales S.A.C.
- e) El tribunal arbitral, incorporó como partes a Langostinera Caleta Dorada SAC , Pesquera Industrial Chicama SAC ,

Pesquera Libertad SAC, Procesadora del Campo SAC y Pesquera Industrial Katamarán SAC, por entender que existe vinculación y un ánimo fraudulento entre las empresas demandadas, debiéndose entender que la empresa signataria del convenio arbitral y las restantes involucradas, constituyen una sola y misma parte, en tal sentido, el/los árbitro/s “tienen competencia para pronunciarse frente a la signataria como frente a las no signatarias” (Cantuarias, 2014,p. 175)

- f) Las demandadas que no habían firmado el contrato arbitral (Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C. y Pesquera Industrial Chicama SAC) impugnaron la competencia de los árbitros, argumentando inexistencia del convenio arbitral, vulneración al debido proceso ya que al incorporarlas al convenio arbitral, vulneraron su derecho al fuero judicial ordinario.
- g) El Laudo 246, emitido el 2009, basado en la determinación que las demandadas se encontraban relacionadas con el arbitraje según la doctrina y la jurisprudencia internacional, que reconoce la extensión del convenio arbitral a no signatarios, declaró que las demandadas eran parte del arbitraje y que tenían responsabilidad solidaria frente TSG. Los árbitros, precisaron en el fundamento del LAUDO 246:

Existe amplia doctrina y jurisprudencia de Tribunales Arbitrales, que acepta la inclusión en el arbitraje de personas o

empresas que, si bien no suscribieron el Convenio Arbitral, por la vinculación que tienen con la(s) demandada(s) principales – que sí firmaron el Convenio – sí pueden ser incluidas en un arbitraje, y posteriormente ser incluidas como partes demandadas a las que les alcanzarán los efectos del Laudo Arbitral. (Cantuarias, 2014, p.175)

Y además consideró pertinente la aplicación del develamiento del velo societario:

“Habiéndose concluido que sí existen indicios suficientes para acreditar la vinculación entre las empresas emplazadas, CHICAMA, CALETA DORADA, PROCESADORA DEL CAMPO, KATAMARÁN y LIBERTAD, este colegiado concluye también que, de conformidad con lo establecido en el Marco Conceptual desarrollado previamente, sí resulta de aplicación al presente proceso arbitral la teoría del develamiento del velo societario”. (Laudo 246, parágrafo 588).

h) De otro lado, la Corte peruana sostuvo:

Cuando un árbitro decide incorporar a un sujeto determinado a un proceso arbitral, lo somete necesariamente al régimen procesal que él implica. Dentro de ese proceso, el sujeto deberá respetar las atribuciones del árbitro o árbitros que lo dirigen, colaborar con su tramitación, cumplir los mandatos que se le impongan durante la tramitación, afrontar los honorarios arbitrales y, en general, entrar a un estado de colaboración y

sujeción frente a las disposiciones que dentro del litigio lo involucren. Sin embargo, la imposición de este régimen procesal sólo puede verse justificada cuando es la propia persona la que se ha sometido a él. Aun cuando luego de [sic] esa decisión pretenda eludir la jurisdicción arbitral, quien haya suscrito el convenio arbitral estará indefectiblemente obligado a ser parte del arbitraje. Pero si eso no se da, entonces no existe posibilidad alguna de imponer válidamente este régimen a quien nunca quiso ser parte de él. Para el tercero, el árbitro no es más que otro particular, incapaz de someterlo a su decisión ni a un proceso que él haya por alguna causa iniciado. Nadie puede hacerse por sí mismo juez de nadie. (Córdova, 2015, p.67). Asimismo, la Corte Superior, afirma que “los árbitros al decidir incorporar a las tres empresas citadas al arbitraje, no han justificado su posición en norma legal alguna de nuestro ordenamiento jurídico» (Tribunal Constitucional 2009: F. Décimo Noveno) (citado por Córdova, 2015, p.67).¹⁶

En esta estación, es menester resaltar que la Corte equipara un tercero con un no signatario, ya que sin duda, si se trata de un tercero, efectivamente no podría ser compelido bajo ninguna circunstancia al arbitraje, pero cabe distinguir que un no signatario es en realidad, una parte del contrato, pero por razones diversas no ha firmado dicho contrato, o bien ha manifestado su consentimiento implícito en la relación

¹⁶ Antes del DL. 1071, no existía ninguna norma arbitral que permitiera extender a un no signatario a un arbitraje. Excepcionalmente, en caso de convenio arbitral estatutario y convenio arbitral en un testamento.

sustantiva específica, lo que debe ser valorado de las circunstancias y determinado inequívocamente. En consecuencia, la Corte declara por sí mismo nulos todos los actos realizados por los árbitros, en cuanto decidieron comprender en el proceso arbitral a *terceras personas que nunca suscribieron el contrato*.

Por consiguiente el laudo fue anulado, ya que el juez consideró que atraer a las partes no signatarias haciéndoles extensivo el arbitraje, constituía una vulneración del régimen constitucional. Gonzales (2013) en relación al razonamiento del juez, dice

(...) si lo que quiso decir el juzgador es que es imposible anclar jurisdicción *vis-à-vis* terceros en base al artículo 14, me pregunto si no se está perdiendo de vista el *quid*. El precepto sí exige consentimiento, pero determinado de una manera distinta a la clásica: por escrito y firmado. Al hacerlo, posibilita un análisis sofisticado y comprensivo que tome en cuenta todas las circunstancias del caso –no solo un análisis formal (firma plasmada en un documento escrito). Se trataría del tipo de consentimiento que el derecho de las obligaciones tilda como tácito: mediante actos que lo presupongan (p.107-108).

En Estados Unidos, algunos tribunales federales consideran cuatro criterios para determinar las circunstancias que ameritan penetrar el velo societario:

- (a) Gran infra-capitalización de la sociedad en el momento de su formación y durante su vida;
- (b) Incumplimiento de formalidades propias de las sociedades, tales como carecer de gerentes o directores, de archivos o registros, o no pagar dividendos;
- (c)

Desvíos de fondos de la subsidiaria hacia la matriz o sus accionistas;
y (d) Cuando reconocer la personalidad diferenciada puede violar el orden público o proteger a alguien de responsabilidad criminal (US Court of Appeals for the Fifth Circuit, 1985 citado por ,Caivano, 2006, p.134).

Asimismo, otra situación fáctica la constituye la teoría del grupo de sociedades, que se basa en la extensión del convenio arbitral , firmado por una o más compañías, pero que cubre a las subsidiarias o sociedades no signatarias por cuanto pertenece al mismo grupo de compañías.

En el derecho comparado, se menciona una jurisprudencia de un caso paradigmático:

La extensión del convenio arbitral a no signatarios (*joining non-signatories*), tiene como referente importante a la controversia suscitada entre Dow Chemical *versus* Isover Saint Gobain (1982) , cuyo arbitraje fue realizado por la Cámara de Comercio Internacional. El tribunal arbitral aceptó la legitimación para participar en el juicio arbitral en calidad de demandantes a dos compañías del Grupo Dow no signatarias del convenio arbitral: Dow Chemical (Estados Unidos) y a la subsidiaria Dow Chemical (Francia) contra Isover Saint Gobain; ya que el pacto arbitral se había suscrito con una subsidiaria en Suiza. El argumento del Tribunal se centró en el hecho que la correspondencia entre la sociedad demandante y la casa matriz como también con la subsidiaria francesa, fue fluida y sin inconvenientes, por lo que el Tribunal arguyó que independiente de la personalidad jurídica de las empresas de un *holding*:

(...) una cláusula arbitral expresamente aceptada por ciertas compañías del grupo debe considerarse vinculante para otras compañías cuando, en

razón de su rol en la suscripción, ejecución o terminación de los contratos conteniendo tales cláusulas y de conformidad con la intención común de las partes del procedimiento, aparecen como las verdaderas partes del contrato o como involucradas de manera principal por estos y las disputas que de estos resultan (Kluwer, 1998)¹⁷

Por tanto, resultaba evidente que *Dow Chemical Co.* matriz, tenía un control directo y absoluto sobre sus subsidiarias, y que ambas compañías estuvieron comprometidas con la terminación del contrato, por tanto, conformaban una misma unidad económica, elemento que determinó la extensión del convenio arbitral.

- ***Estoppel* o doctrina de los actos propios**

La figura del *estoppel*, nace como un instituto del *common law*, y fue acogido por el Derecho Internacional a través de laudos de árbitros norteamericanos y británicos, aproximadamente en los siglos XIX y XX. (Vasallo, 2013).

En el ámbito anglosajón, el *estoppel* se define así:

Cuando una persona (representador) ha hecho una representación de los hechos a otra persona (representado) ya sea por sus palabras o los actos de su conducta, o (encontrándose en el deber legal de hablar o actuar) por su silencio o inacción, con la intención (actual o presunta) y con el resultado de inducir al representado, en base a su [buena] fe en

¹⁷ CCI N° 4131, laudo de 23 de septiembre de 1982, Recueil de sentences arbitrales de la CCI 1974- 1985, Kluwer, 1998, pp. 464 y ss.

dicha representación, a alterar su posición en detrimento propio, el representante, en cualquier litigio que eventualmente tenga lugar entre él y el representado, [incurrir en estoppel], está impedido, ante el representado, de hacer, o intentar establecer mediante evidencias, cualquier aseveración sustancialmente diferente de su representación previa, si el representado lo objeta en la ocasión oportuna y en la manera apropiada (Bower y Turner,2004, párr. 1.2.2.)

Según Ortega y Quezada (2014) la doctrina de los actos propios se apoya en el principio de la buena fe (*bona fides*) que exige una conducta honrada, recta y honesta, es decir un comportamiento consecuente con su primera actuación, en relación con una situación jurídica creada con anterioridad por la conducta del propio sujeto, para evitar un acometimiento de un interés ajeno y el daño subsecuente. Es decir, una persona no puede ir contra su propio comportamiento mostrado con anterioridad para limitar los derechos de otra persona, que había actuado de tal modo en virtud de la buena fe de aquella.

Según Restrepo (citado por Martin, 2012) la teoría admite dos situaciones:

- (i) Cuando el tercero invoca a una parte del convenio para que ingrese al proceso arbitral; y,
- (ii) Cuando la parte del convenio llama al proceso al tercero. (p.163)

Un ejemplo pertinente se tiene en la jurisprudencia norteamericana, en el caso *Deloitte Noraudit A/S c. Deloitte Haskins & Sells International*, el cual fue sometido a la Corte de Apelaciones del Segundo

Circuito de Norteamérica (N° 165, Docket 93-7271)¹⁸. El punto crucial de la demandada *Deloitte Nouradit* es su afirmación que tiene derecho a utilizar el nombre de *Deloitte*, en relación con su práctica contable en Noruega, ya que recibió de *Haskins & Sells* un contrato firmado que establecía que las afiliadas de *Deloitte Haskins & Sells* debía prestar servicios de contaduría bajo el nombre de *Deloitte*. Siendo la única cuestión en apelación si *Noraudit* está obligado a presentar esta reclamación a arbitraje.

Entre los principales antecedentes, se tiene:

- a) En 1976 la firma contable *Deloitte US* y sus filiales de todos los países, formaron una asociación denominada *Deloitte Haskins & Sells International* (DHSI). Más adelante, en julio de 1989 la DHSI decidió fusionarse globalmente (incluyó a todas sus filiales) con otra firma de contaduría internacional llamada *Touche Rooss International* (TRI)
- b) Sin embargo, la filial regional de DHSI en Reino Unido decidió a su vez fusionarse con la firma *Coopers & Librand* (DHS-UK) en mérito al cual mediante un Memorándum de Acuerdo de 1988, todos los derechos sobre el uso de la marca *Deloitte* le correspondía de pleno derecho a DHS –UK, lo que derivó en conflictos y desacuerdos, solucionados con un *acuerdo en 1990*, mediante el cual la marca *Deloitte* sería de uso limitado por DHSI, lo que le permitió a éste consumir la fusión global con la TRI.
- c) El *acuerdo de 1990*, fue firmado por el acusado apelante Cook, en ese momento Presidente del Comité Ejecutivo del DHSI en nombre de todas

¹⁸ Argumentación el 30 de agosto de 1993. Decidido el 22 de noviembre de 1993, siendo Feinberg el Juez de Circuito

las firmas filiales, aprobado por más del 75% de votos de las firmas miembros de DHSI, *incluyendo a Nouradit, quien no objetó el Acuerdo de 1990.*

- d) A pesar de haberse firmado el Acuerdo de 1990, Nouradit tenía conflictos con la fusión global entre DHSI y el TRI, ya que en el proceso de fusiones locales, *Nouradit no negoció con éxito un acuerdo con la filial de Noruega de TRI (Forum Touche Ross).*
- e) Empero, a pesar de los conflictos, Nouradit siguió utilizando el nombre Deloitte en relación con su práctica de contaduría en Noruega; y en mayo de 1991, Nouradit interpuso un litigio en el Distrito Sur, *en el que solicita medidas monetarias contra los acusados por incumplimiento de contrato e interferencia en las negociaciones contractuales y una declaración del derecho de Nouradit a usar la marca o nombre Deloitte en Noruega, alegando que el acuerdo de 1990, se limitó a resolver litigios previos y que Nouradit no era parte en esos litigios ni firmante al Acuerdo de 1990, por lo que no estaría vinculado por la cláusula compromisoria.*

La Corte de Apelaciones, resolvió que *Nouradit* no podía sustraerse ni desconocer la cláusula arbitral, pues su actuación estaría contradiciendo sus propios actos, que consistían justamente en la ejecución del contrato (*Nouradit* había recibido los beneficios garantizados para todas las empresas miembros por los representantes elegidos por el DHSI en la negociación del Acuerdo de 1990, a sabiendas aceptó los beneficios del Acuerdo a través del uso permanente de la marca *Deloitte*).

Cabe precisar que los apelantes basaron sus argumentos, especialmente en el *estoppel*. Por tanto, la Corte de Apelaciones, determinó que Nouradit está vinculada por la sección de arbitraje del Acuerdo de 1990 (Open Jurist, s.f.).

Caivano (2000, p. 139) indica que:

1. Que la parte haya desempeñado un papel activo en las negociaciones de las cuales surgió el contrato en el que se incluyó la cláusula arbitral;
2. Que la parte esté involucrada, activa o pasivamente, ¿en la ejecución del contrato; y
3. Que la parte haya estado representada, efectiva o implícitamente, en el negocio jurídico

Sin duda, que la figura jurídica del *estoppel*, en determinadas situaciones fácticas, evita que actos contrarios a la buena fe prosperen, por tanto, la primacía de la realidad sobre la formalidad prevalece, siendo necesaria en estos casos, la inclusión del no signatario en el arbitraje.

4.9. Límites en la aplicación de la extensión de los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias

Sin duda, el Perú como “Estado Constitucional y Democrático de Derecho” (Mac Pherson y Asecios, 2009, p.86) , mediante la Constitución Política establece los principios que garantizan la estabilidad del sistema jurídico en el ámbito del Derecho Público y Privado. En tal sentido, el arbitraje como fuero jurisdiccional está consagrado en la Constitución Política 1993, para fines de resolver pacíficamente los conflictos de

carácter disponible, siendo un elemento fundamental la autonomía de la voluntad expresada por las partes para someter sus controversias a la decisión de un/os árbitro/s. Sin embargo, el principio de libertad y autonomía de la voluntad, que da curso al arbitraje, no puede sustraerse de los principios constitucionales, en cuanto la supremacía jurídica y la tutela de los derechos fundamentales, constituyen no solo su origen, sino los límites derivados justamente de la fuerza normativa de la Carta Magna.

CAPÍTULO VI

DISCUSIÓN

Respecto a los hallazgos empíricos, existe una disonancia de pareceres cuando se trata de definir **si realmente es un problema de derecho de contratos la extensión de los efectos del convenio arbitral establecida en el artículo 14° de la LAP**, ya que el 47,6 % opina que si constituye un problema ya *que solo puede alcanzar a quienes firman el acuerdo*, sin embargo, otros opinan que *realmente no es un problema del derechos de contratos, ya que el convenio arbitral se basa íntegramente en el principio de autonomía de las partes y por excepción se permite que en un arbitraje nacional o internacional una persona distinta, diferente a la que suscribieron el contrato, pueda ser parte de un proceso arbitral, por lo que les alcanza los efectos del convenio arbitral. La ley sobre contratos es supletoria de la voluntad de las partes, salvo que éstas sean imperativas.*

Igualmente, cuando se pregunta si **considera que existe o no distinción entre parte signataria y tercero ajeno al convenio**, el 85,7 % considera que si existe una distinción real, por cuanto afirmaron los encuestados que *en la relación contractual ocupan diferentes niveles*; sin embargo, otros opinan que *el no signatario es en realidad una parte del contrato, que por diversas razones no ha signado dicho contrato, o hay un consentimiento implícito en la relación sustantiva específica, lo que debe ser valorado, en cambio los terceros ajenos al convenio, no pueden ser parte del proceso arbitral, es incompatible con el*

arbitraje, teniendo en cuenta su naturaleza jurisdiccional, el tercero puede incorporarse previo consentimiento de las partes.

De otro lado, cuando se inquiriere sobre si **la extensión del convenio arbitral a un no signatario vulnera el principio inter alios acta**, tampoco existe consenso. Unos opinan que *los no signatarios, efectivamente son terceros y otros, responden que no es así, ya que el no signatario pese a no estar comprendido en el proceso arbitral, requiere tener un vínculo jurídico real, que le otorgue la condición de parte no signataria.*

Contrario sensu, existe un acuerdo unánime en aceptar que tanto el **consentimiento de las partes es un elemento fundamental para la formación del convenio arbitral** (100% respondió que sí), ya que los encuestados opinaron que resulta *fundamental el consentimiento de las partes, para la formación del convenio arbitral, sin embargo el hecho de no haber firmado el convenio, no significa que no puede ser obligado por sus efectos, el arbitraje no se centra en determinar si firmó o no el consentimiento del arbitraje, sino tendrá que determinar si en forma expresa o tácita hubo acuerdo de voluntades, debería establecerse un juicio de valor para cada caso concreto*; otros manifestaron que *, entiéndase el artículo 1351 del Código Civil.*

De igual modo, cuando se les pregunta si **consideran que la buena fe debe guiar la aplicación de los supuestos de hecho** (100% respondió afirmativamente), los argumentos de los encuestados coinciden en cuanto a que resulta imprescindible *que la buena fe debe guiar la aplicación de los supuestos de hecho, para aquellas personas que no son signatarias en la cláusula arbitral,*

por ello, la doctrina de los actos propios se apoya en el principio de la buena fe; otros lo consideraron un principio del derecho .

En cuanto a los *hallazgos que devienen de la investigación dogmática*, se tiene que:

En primer lugar, la Constitución Política del Perú de 1993 y también la Constitución Política 1979 abrogada, consideran al arbitraje como jurisdicción, ya que reconoce a la institución arbitral como excepción de la unidad de jurisdicción en la administración de justicia ordinaria. En efecto, el artículo 62°, no solo garantiza la libertad contractual, sino que alude a la vía arbitral en los siguientes términos:

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 sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades.

(...)

Asimismo, la legislación específica en materia arbitral, se encuentra actualmente regulada por el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje_ vigente desde el 1 de setiembre del 2008, en la que taxativamente establece en el artículo 13 inciso 1. que el “convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias

que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual (...)” . Por tanto, el consentimiento de las partes constituye el principio base, siendo el convenio arbitral la materialización física de la expresión de dicha voluntad que habilita a los árbitros para actuar y se produce la consecuencia negativa del pacto arbitral, que consiste en renunciar o abstenerse de acudir a un tribunal ordinario para resolver las diferencias. Además, la decisión someter la solución de las controversias entre las partes exclusivamente al tribunal arbitral, exige un requisito de validez formar en muchas legislaciones y en la nuestra, por lo que el artículo 13 inciso 2 de la norma precitada, prescribe que el convenio arbitral “(...) deberá constar por escrito “, como garantía de certeza y transparencia.

De otro lado, el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071, se refiere a la extensión del convenio arbitral:

(...) 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.

Por tanto, enfáticamente consideramos que un tercero ¿no puede ser parte de un convenio arbitral? ¹⁹. En esta cuestión, nos preguntamos ¿Cómo explicar que una persona natural o jurídica, que no ha manifestado expresamente renunciar a la vía jurisdiccional ordinaria y por tanto no ha signado un convenio

¹⁹ *res inter alios acta* : locución latina que expresa que un contrato o acuerdo *inter partes* no puede afectar a un tercero que no ha sido parte del mismo.

arbitral, quede comprendido o cobijado como parte/s en dicho convenio? Dicha interrogante, genera una segunda cuestión ¿La firma es un requisito *ad solemnitatem* dentro la materia arbitral? , si es así, entonces no sería posible extender o incorporar a un no signatario a un acuerdo arbitral. Adoptando en este recorrido de la búsqueda de prismas subyacentes el método socrático o método de Elenchus, cabe un tercer cuestionamiento ¿Se presume que la ausencia de firma en una cláusula arbitral por parte de aquel o aquella, lo coloca en situación efectivamente de tercero frente al contrato? La doctrina y la jurisprudencia, demuestran que no constituye un *stricto sensu* tercero, por lo que si se le puede convocar a formar parte del cláusula arbitral, aunque según Graham (s.f.) debe verificarse dos premisas: “que la firma del acuerdo arbitral no sea un requisito de fondo (I); que el no firmante no sea un tercero al acuerdo arbitral (II)” (p.380).

Por tanto, referirse a la extensión del convenio a no signatarios, pareciera contradictorio con los principios sobre los que se basa el arbitraje (autonomía de la voluntad, libertad de contratar y relatividad de los contratos); sin embargo, justamente las teorías que explican y dan fundamento a la extensión del convenio arbitral a los no signatarios, se hincan en el *principio de la autonomía de la voluntad* , referido a aquellas personas naturales o jurídicas a quienes le son extensibles la cláusula arbitral , que no son terceros, sino partes que no poseen la formalidad o como afirma Graham (s.f.) se trata de un “falso” tercero (p.386) ; lo que explica que se le considere en todos sus extremos parte tan igual como aquel que suscribió el convenio arbitral.

En este punto controvertido , debemos tener en cuenta que la *New York Convention* la firma simplemente se requiere *ad probationem* (Graham, s.f.) en

concordancia con el principio de libertad de forma, según el cual “las partes pueden decidir la forma que crean conveniente para manifestar su voluntad”(Castillo y Cortez, s.f., p.1). Es así que el Código Civil de 1984, recoge las dos formalidades: *ad probationem* (no es requisito de validez del acto jurídico, se puede apartar de ella, sin menoscabar la validez y eficacia del acto)²⁰ y *ad solemnitatem* (requisito de validez del acto jurídico, *contrario sensu* invalida éste)²¹. A partir de ello, se colige que la cláusula arbitral no tiene un carácter solemne, sino eminentemente consensual, lo que justamente da lugar a la consideración del consentimiento implícito.

De allí que la extensión del convenio, no se aleja ni desconoce el principio de relatividad contractual, sino por el contrario, confirma la atracción a los no signatarios o partes informales, por constituir realmente partes verdaderas, amparados en los criterios doctrinarios y jurisprudenciales. El artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana, favorece la incorporación o extensión ²²de la cláusula arbitral de las partes informales, en tanto la firma no es una condición sine qua non para la validez del acuerdo arbitral, sino constituye un medio probatorio.

Debe tenerse en cuenta, que en muchos países en la materia arbitral, *el canon es el consensualismo*, que da lugar a que el consentimiento se exprese sin formalidad alguna. Es el caso de países como Francia, Estados Unidos, México, Chile, etc. en que la circunstancia de que una persona no haya sido signataria del acuerdo arbitral, no impide que sea parte del arbitraje, en posición de demandada o demandante. Por lo que bajo ciertas consideraciones, un falso

²⁰ Regulada en el artículo 144 del Código Civil 1984.

²¹ Regulado en el artículo 219 inciso 6 del Código Civil 1984

²² En el sistema civil law se le denomina extensión de la cláusula arbitral, mientras que en el sistema del common law se indica como incorporación del no signatario.

tercero en el acuerdo o contrato que dio origen al arbitraje, puede invocar el acuerdo y por tanto serle oponible.

En la misma línea de pensamiento, en el sistema jurídico peruano, la Figura del tercero²⁵, como se conoce en el derecho procesal civil peruano, resultaría extraña e incompatible con el arbitraje, teniendo en cuenta su naturaleza jurisdiccional. Por tanto, no sería posible de que terceros materiales, impropios o ajenos a la relación contractual o al proceso arbitral, puedan incorporarse al margen de consentimiento de las partes, empero, el *consentimiento, incluso implícito de las circunstancias*, sigue siendo el pilar angular sobre el que se basa el arbitraje. Al respecto, Soto (2009) afirma que en la nueva Ley de Arbitraje, se advierte una prelación de las reglas aplicables a las actuaciones arbitrales, ya que debe aplicarse en primer orden, *el acuerdo de las partes*, en segundo lugar, *el reglamento arbitral o las que reglas que considere pertinentes el Tribunal Arbitral*.

A modo de colofón, nos remitimos al refrán anglosajón que pregona *el diablo está en los detalles, lo que* significa que el arbitraje enfrenta actualmente complejidades emergentes, propios de un mundo globalizado, siendo el contenido del artículo 14 de la Nueva Ley de Arbitraje Peruana, un punto de confluencia no solo fenomenológico sino de un estándar interpretativo e inequívoco, que garantice que un *tercero* sea comprendido en el proceso arbitral, sin que realmente tenga un vínculo jurídico real que le otorgue la condición de *parte* no signataria, y justamente *ese detalle* no ponga en riesgo la validez del laudo arbitral.

²⁵ En Derecho romanista, la obligación se creaba y producía sus efectos entre *primus* y *secundos*; *tertius* (tercero) era una persona extraña a la obligación, la que no se podía beneficiar ni perjudicar.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

Primera

La percepción de los juristas respecto a los supuestos y efectos jurídicos del artículo 14°, es de consenso en cuanto que el consentimiento de las partes es un elemento fundamental de la formación del convenio arbitral, así como que la buena fe debe guiar la aplicación del supuesto de hecho (100%), y es disímil respecto a si la extensión de los efectos es un problema de derecho de contratos, si existe una real distinción entre parte no signataria y tercero ajeno al convenio y si el artículo 14° viola el principio *res inter alios acta*.

Segunda

En el sistema normativo peruano, el sistema arbitral es una institución jurídica de carácter monista cuyo origen y límites están en el artículo 139° de la Constitución Política de 1993, para la solución de un conflicto con carácter de excepcionalidad, en virtud del cual las partes deciden sustraerse de la jurisdicción ordinaria, lo cual concreta el efecto negativo derivado del principio *ubi partes sunt concordēs nihil abjudicem* (No se necesita juez, donde hay acuerdo de partes); el que a su vez permite la concreción del efecto positivo (otorgar competencia al/los árbitro/s), su fundamento esencial es la autonomía de la voluntad y tiene una dimensión dual: subjetiva por cuanto vela por los intereses de las partes dado su carácter privado, y objetiva porque está obligada

a respetar la supremacía normativa de la Constitución Política del Perú y los derechos fundamentales.

Tercera

Las premisas fundamentales del arbitraje son esencialmente, la autonomía de la voluntad y el consentimiento de las partes, anclados en los principios *pacta sunt servanda*, *lex inter partes* y *res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest* - relatividad de los contratos-.

Cuarta

La jurisdicción arbitral es una jurisdicción de excepción amparada en la Constitución Política de 1993 y reconocida por el Tribunal Constitucional, y se basa en la autonomía privada y la libertad de contratar de las partes, siendo suficiente la celebración del convenio arbitral, bajo la fórmula de una cláusula comprendida en un contrato o un acuerdo independiente.

El alcance subjetivo relacionado a quienes están vinculados por el convenio arbitral, comprende a los signatarios bajo los términos del artículo 13° y a los no signatarios según lo prescrito por el artículo 14° del Decreto Legislativo 1071, por lo que se exige el consentimiento de someterse al arbitraje, asentado en el principio de la buena fe, inferido por su participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que cobija al convenio arbitral e incluso al contrato que el convenio esté vinculado, lo que determina una complejidad jurídica dado el carácter contractual del convenio arbitral.

Quinta

En cuanto a las aproximaciones interpretativas aplicables al pacto arbitral, específicamente en lo que toca a la extensión del convenio al no signatario, se colige que la teoría restrictiva resulta pertinente, por cuanto se requiere determinar su vinculación en mérito a su comportamiento contractual que evidencie su voluntad o consentimiento, por lo que aplicar una *interpretación extensiva* a favor del arbitraje o de una *interpretación autónoma* que se aparte del principio que el arbitraje solo se pone en marcha cuando existe voluntad de las partes de resolver sus conflictos en vía arbitral, renunciando al fuero ordinario, se pondría en riesgo la validez del laudo arbitral.

Sexta

Dentro del marco del artículo 14° las teorías que fundamentan la extensión o incorporación de los efectos del convenio arbitral a las partes no signatarias, son la teoría de los actos propios, incorporación a favor de tercero, levantamiento del velo societario/alter ego, agencia y asunción.

Séptima

La extensión del convenio arbitral tiene eminentemente naturaleza sustancial y no procedimental (proceso civil); por cuanto comprende o recae indubitablemente sobre la parte sustancial o aquella que es titular de los intereses contractuales, que no necesariamente es la persona signataria sino aquellas que conforman el foco de intereses del negocio jurídico (circunstancias económicas subyacentes), aunque no hayan firmado el convenio, lo que no impediría que los efectos jurídicos del convenio arbitral se anclen en la primera, como si hubiese intervenido de modo formal.

RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta los hallazgos empíricos y dogmáticos, se sugiere:

Primera. En el ámbito académico, se recomienda a los juristas investigadores de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, continuar los estudios sobre el arbitraje en los diferentes aspectos que plantean problemáticas, como excepciones que a veces impiden una clara armonización.

Segunda. A los árbitros ahondar en el estudio científico de las fuentes jurisprudenciales y doctrina que se renuevan conforme afrontan desafíos propios de un mundo empresarial cambiante, que plantea situaciones desafiantes en el ámbito del arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar F. (2011). *Manual práctico de arbitraje privado*, Buenos Aires: Editorial Heliasta. S.R.L.
- Álvarez G. (2002). *Metodología de la investigación jurídica: hacia una nueva perspectiva*, Santiago: Universidad Central de Chile.
- Aranzamendi L. (2013). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*, Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Arias (2016) *El Convenio arbitral y los terceros no signatarios* (Tesis de titulación) Universidad Católica de Santiago de Guayaquil [En línea] Recuperado de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/7109/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-81.pdf>.
- Black's Law Dictionary (2004) Incorporación por referencia, 8ava edición, USA.
- Bower, G.S. y Turner, S.K. (2004). *The Law Relating to Estoppel by Representation*, 4ed., Lord Hailsham of St. Marylebone.
- Burrus L.(2015).Circulación de la cláusula arbitral internacional:Caso francés y suizo. En Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional / Latin American Journal of International Trade Law Volumen 3, Número 2, Año 2015 ISSN: 2007-7440.Universidad Nacional Autónoma de México [en línea] Recuperado de <http://132.248.9.34/hevila/Revistalatinoamericanadederechocomercialinternacional/2015/vol3/no2/6.pdf>.
- Caivano J. (1999) El arbitraje y el fuero de atracción del sucesorio. Rev. El Derecho (Tomo 182-812, Buenos Aires.
- Caivano R. (2000). Arbitraje, AD HOC : Buenos Aires.

Cantuarias F. (2014). El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG En Lima Arbitration N° 6-2014 [En línea] Recuperado de http://www.limaarbitration.net/LAR6/Fernando_Cantuarias.pdf.

Cass., 1ère civ. 8 July 2009, n° 08-16025, Sté de droit français Société d'études et représentations navales industrielles (Soerni) vs. Sté de droit Suisse Air Sea Broker Ltd (ASB), somm. Rev. arb. 2008.829; Cah. Arb. N°2008/3, p. 33; Rev. arb. 2009.529, note D. Cohen; D. 2009.2959, obs. Th. Clay; ibid, p. 2384, obs. L. d'Avout; JCP G 2009, I, 462, obs. J. Ortscheidt. En Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 juillet 2009, 08-16.025, Publié au bulletin [En línea] Recuperado de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000020837816>.

Castillo M. y Vásquez R. (2006) Arbitraje: naturaleza y definición [En línea] Recuperado de revistas.pucp.edu.pe › Inicio › Núm. 59 (2006) › Castillo Freyre.

Castillo M. y Vásquez R. (2007). Arbitraje. El Juicio privado: La verdadera reforma de la justicia, Lima: Palestra Editoriales S.A.C.

Castillo M., Cortez C.(s.f.). La forma del contrato [En Línea] Recuperado de http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/147_La_forma_en_lo_s_contratos.pdf.

Castillo M., Vásquez R. (2007). Arbitraje. *El Juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

CCI N° 4131, laudo de 23 de septiembre de 1982, Recueil de sentences arbitrales de la CCI 1974- 1985, Kluwer, 1998, pp. 464 y ss.

- Chamané R. y Verástegui S. (2012). El proceso de arbitraje en el Perú. En Arbitraje y Constitución, Lima: Palestra.
- Chávez D. (s.f.). Conceptos y técnicas de recolección de datos en la investigación jurídico social [En línea] Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_56.pdf.
- Chillón J. y Merino J. (1991). Tratado de arbitraje Privado Interno e Internacional, 2da edición, Madrid: Edit. Civitas.
- Conejero C. e Irra R. (2013). La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado [En línea] Recuperado de http://limaarbitration.net/LAR5/Cristian_Conejero_Roos_Rene_Irra_de_la_Cruz.pdf.
- Córdova J. (2013). ¿Arbitrar o no arbitrar? He ahí el dilema: la vinculación del Convenio Arbitral a los no signatarios. (Tesis de titulación] Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Córdova J. (2015) La vinculación del convenio arbitral a los no signatarios. ¿Sustancia o procedimiento? En Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014 Las instituciones jurídicas en debate , Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De Trazegnies F. (2005). El Código Civil de 1984: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre. En Theis Revista de Derecho N| 49.2015 , PUCP:Lima
- De la Cruz Y. (s.f.) El principio de relatividad contractual en el Código Civil Peruano [En línea] Recuperado de

<http://articulosdeinteresjuridico.blogspot.pe/2008/06/el-principio-de-relatividad-contractual.html>.

De la Puente y Lavalle , M. (1999).La Doctrina de los Actos Propios . “La Doctrina de los Actos Propios”, en: Anuario de la Academia Peruana de Derecho, Lima.

Diccionario de Leyes (2016) Diccionario de Black Leyes [En línea] Recuperado de <http://espanol.thelawdictionary.org/signatario-autorizado/>.

Diez -Picaso L. (1979). Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial , Madrid :Editorial Tecnos.

Dow Chemical France, The Dow Chemical Company and others c. ISOVER Saint Gobain, Interim Award, ICC Case No. 4131, 23 September 1982. En: Pieter Sanders (ed), Yearbook Commercial Arbitration 1984 - Volume IX, Kluwer Law International, 1984, pp. 131 – 137.

Enciclopedia Jurídica (2014) .Pacta sunt servanda [En línea] Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/pacta-sunt-servanda/pacta-sunt-servanda.htm>.

Fernández J. , Artuch E. (2011). Validez y eficacia del Convenio Arbitral Internacional. En Soto C. (2009). Nueva Ley Peruana de Arbitraje 2008 [En línea] Recuperada de <https://asadip.wordpress.com/2009/01/30/nueva-ley-de-arbitraje-peruano/>

Fernández M. , Urteaga P. , Verona A. (2015). Guía de investigación – En Derecho - . Lima: Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fernández M. , Urteaga P. , Verona A. (2015). Guía de investigación – En Derecho - . Lima: Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Fix –Zamudio H.(2004). Metodología, docencia e investigación jurídicas. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Follonier A. (2013).La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y en Suiza .En Lima Arbitration N° 5-2012-2013,Lima.
- Forseti. Revista de Derecho (2014) RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL, Expediente 451-2009. Arbitraje Internacional [En línea] Recuperado de <http://www.forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/recurso-de-anulacion-de-laudo-arbitral>.
- Fouchard P. Gaillard E., Goldman (1999). Fouchard,Gaillard, Goldman on international commercial arbitration, London: Kluwer Law International.
- Fried D. (2008). Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. Perspectivas y prácticas. Buenos Aires : Granica.
- Galtung J. (1966) Teoría y métodos de investigación social. Buenos Aires:Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Gedvillo I.(2010). Acuerdo arbitral por referencia [En línea] Recuperado de http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/acuerdo_arbitral/acuerdo_arbitral.asp?CodSeccion=1.
- Gonzales F. (2006). El principio competence-competence, revisitado [En línea] Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/36/pr/pr9.pdf>.
- Gonzáles F. (s.f.). Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a Don Raúl Medina Mora [En línea]Recuperado de <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.

- González F. (s.f.). La escurridiza noción de arbitraje: un ejercicio de definición tan arduo como importante [En línea] Recuperado de <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/DEFINICION%20DE%20ARBITRAJE.pdf>
- Graham J. (s.f.). La atracción de los no firmantes de la cláusula compromisoria en los procedimientos arbitrales.[En línea] Recuperado de
- Hernández K. y Guerra D. (2012) El principio de la autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones [En línea] Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf>
- Hernández, R. Fernández, C. y Baptista, P. (1.998) “Metodología de la Investigación” México: Editorial Mc Graw Hill.
- Herrera R. (2012). La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo. Revista de Derecho Vol. XXXV-Nº 1-Julio 2012, Universidad de Almería.
- Herrera, R. (2012). La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación: Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo. Revista de derecho (Valdivia), 25(1), 175-193. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-0950201200010000>
- Iglesias A. (S.f.). Res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest [En línea] Recuperado de http://www.derecho.com/c/Res_inter_alios_acta_aliiis_nec_nocet_nec_prodest.
- Landa C. (2007) El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Themis Revista de Derecho, Nº 53.

Laudo 246, parágrafo 588

Ledesma M. (2007) Jurisdicción y arbitraje, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ley Núm. 19.971 Sobre Arbitraje Comercial Internacional- aprobada el 26 de agosto de 2004 Chile [En línea] Recuperado de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=230697>

Llain , S., El rol del principio de “competence-competence” en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional, 24 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, PÁGPÁG (2014). [En línea] Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/viewFile/8543/6867>.

López (2014). Cláusulas patológicas en el arbitraje comercial internacional (Tesis de titulación) Universidad Rafael Landívar [En línea] Recuperado de <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesisjcem/2014/07/01/Lopez-Victor.pdf>

Maluquer, C., (2001) Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral", en Estudios sobre consumo N° 59, Madrid, 2001, p. 182.

Martin R. (s.f.). La extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje administrativo [En línea] Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/13552/14177>.

Mc Pherson H. , Asencios Y. (2009). Arbitraje y Constitución , Lima: Universidad de San Martín de Porres.

- Medina F. (2016). Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje [En línea] Recuperado de <http://www.mga.com.do/extension-del-convenio-arbitral-a-partes-no-signatarias-y-la-intervencion-de-terceros-en-el-arbitraje/>.
- Morello A.(2005). *El arbitraje. Sus desafíos*. Buenos Aires: Gráfica Sur Editora S.R.L.
- Muehl D. (s.f.).Análisis de contenido en el Centro de Investigaciones. Michigan: Universidad de Michigan.
- Open Jurist (s.f.) 9 F. 3d.1060 – Deloitte Noraudit A/s contra Deloitte Haskins & Sells US J & J [En línea] Recuperado de <https://translate.google.com.pe/translate?hl=es&sl=en&u=http://openjurist.org/9/f3d/1060/deloitte-noraudit-as-v-deloitte-haskins-and-sells-us-j-and-and-j&prev=search>.
- Ortega M. , Quezada T. (2014). *Venire contra factum proprium not valet*. Teoría de los actos propios en el derecho de familia.(Tesis titulación) Universidad de Chile [En línea] Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/130189?show=full>.
- Osterling F. (s.f.) El principio de la autonomía de la voluntad [En línea] Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Principales%20principios%20contractuales.pdf>.
- Panduro (2011) Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje (Tesis de titulación) Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

- Park W. (2014). No signatarios y el Arbitraje Internacional:El Dilema del Árbitro [En línea] Recuperado de http://www.forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/8.pdf.
- Peña F. (s.f.). Estipulación en favor de otro [En línea] Recuperado de <http://www.monografias.com/trabajos84/estipulacion-afavor-otro/estipulacion-afavor-otro.shtml#requisitoa>.
- Ponce de León L. (s.f.).La metodología de la investigación científica del derecho [En línea] Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/205/dtr/dtr4.pdf>
- Ramos J. (2008). Elabore su tesis en Derecho, Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Real Academia Española (2014). Diccionario de la lengua española .Vigésimo tercera edición [En línea] Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=L4n4aln>.
- Restrepo D. (2012). Vinculación de terceros al proceso arbitral. En Ensayos Arbitrales. Bogotá: Cámara de Comercio.
- Rousseau. (1762). Contrato Social. Madrid: Espasa Calpe.
- Rubio P., Rodríguez P. (2009). La discutida exigencia del presupuesto de la *inequívoca voluntad* de sumisión en materia de arbitraje de transportes: posible infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho de acceso a la jurisdicción, de la presunción legal de sumisión a arbitraje de transportes[En línea] Recuperado de <http://es.ontier.net/ia/articulo-de-la-revista-del-club-espanol-del-arbitraje-6-2009.pdf>.

- Savage J. , Gaillard E. (1999). Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International
- Salcedo A. (2010) En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. En Revista Análisis Internacional, ISSN: 2215-7190
- Sánquiz S. (2005). El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Santistevan J. (2009). Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje. En Revista Peruana de Arbitraje 8/2008. Lima: MAGNA ediciones.
- Snabogados (2015). Arbitraje voluntad de las partes y flexibilidad del arbitraje [En línea] Recuperado de <http://www.snabogados.com/blog/arbitraje-voluntad-de-las-partes-y-flexibilidad-del-arbitraje/>.
- Société V 2000 c. Société Project XJ 220 Ltd. Corte de Apelación de París. 7 de diciembre de 1994
- Soto C. (2009). Nueva Ley Peruana de Arbitraje 2008 [En línea] Recuperada de <https://asadip.wordpress.com/2009/01/30/nueva-ley-de-arbitraje-peruano/>
- Soto C. (2009). Nueva Ley Peruana de Arbitraje 2008 [En línea] Recuperada de <https://asadip.wordpress.com/2009/01/30/nueva-ley-de-arbitraje-peruano/>.
- Soto C. (2011). Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral. Tomo I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Stampa G., Cañellas F., Mullerat R., Mantilla F., Fernández J., Alonso J., Griñó M. y Silva E. (2009). El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad, Barcelona: Librería Bosch, S.L.
- STC N° 6167-2005-HC/TC de fecha 28 de febrero de 2006, Caso Fernando Cantuarias Salaverry.

- Suárez E. y Barca F. (1868) Diccionario General de Política y Administración, Madrid: Imprenta de la Biblioteca Universal Económica.
- Talero S. (2011). Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje [En línea] Recuperado de http://limaarbitration.net/LAR4/Santiago_Talero_Rueda.pdf.
- Thirlway H. (2014). The sources of Internacional Law . Oxford: Oxford University Press
- Torres A. (2012). Teoría general de los contratos (Tomo I y II), Lima :Pacífico Editores.
- Trazegnies F. (2004) El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje [En línea] Recuperado de <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm>.
- Vasallo F. (2013). El Estoppel: dificultades para definir una regla en derecho internacional y el rol deslucido de la Corte Internacional de Justicia . En Lecciones y Ensayos, Nro. 91, 2013 [En línea] Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/91/el-estoppel-dificultades-para-definir-una-regla-en-derecho-internacional-y-el-rol-deslucido-de-la-corte-internacional-de-justicia.pdf>.
- Vásquez M. (2013). La extensión del contrato arbitral a terceros: un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Revista N° 19 Jul-Dic.2013. [En línea] Recuperado legal.legis.com.co/document?obra=rarbitraje&document=rarbitraje.
- Verástegui A. (2015). Arbitraje. Buscando la justicia en la vía privada, Lima: Editorial Summa.

Yúfera P. (2012). El arbitraje y la Ley de Propiedad Horizontal: una nueva oportunidad [En línea] Recuperado de http://www.yuferaabogados.com/content/news/arbitraje_y_lph_6344.pdf.

ANEXOS

Anexo 1. Cuestionario

CUESTIONARIO

Estimado/a Jurista

Nos encontramos realizando un estudio eminentemente argumentativo sobre la *extensión del convenio arbitral a no signatarios* (Art. 14 LAP). En tal sentido, nos interesa conocer su opinión jurídica sobre el particular.

En relación al artículo 14° de la Nueva Ley Peruana de Arbitraje, hay quienes consideran que existe una tensión entre la flexibilidad propia de los procesos arbitrales y el debate si las extensiones de los efectos del convenio arbitral deben alcanzar o no a las partes que no la han suscrito (extensión del convenio arbitral a no signatarios).

Anteladamente, le agradezco su valioso aporte.

INSTRUCCIONES:

Seleccione la opción y marcar con un aspa (X) en la opción **SI o No**. Asimismo, le pedimos agregar un breve fundamento. El cuestionario tiene carácter de ANÓNIMO y su procesamiento será reservado. Le agradeceremos mucho, responder todas las preguntas

Muchas gracias

- 1) ¿Considera Ud.? Que la extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios, constituye realmente un problema del derecho de contratos**

Si () No ()

Porqué:

2) ¿Considera Ud.? Que el consentimiento de las partes, constituye un elemento fundamental de la formación del convenio arbitral, que debe existir para que sea posible extender los efectos de éste a los no signatarios del mismo

Si () No ()

Porqué:

3) ¿Considera Ud.? Que la buena fe debe guiar la aplicación de los supuestos de hecho, contenidos en el artículo 14 de la LAP.

Si () No ()

Porqué:

4) ¿Considera Ud.? Que existe una distinción o no entre parte no signataria y tercero ajeno al convenio

Si () No ()

Porqué:

5) ¿Considera Ud.? Que la extensión de los efectos del convenio arbitral a un no signatario vulnera el principio *res inter alios acta* (Los efectos se producen hacia quienes han realizado determinados actos jurídicos, los demás son terceros.)

Si () No ()

Porqué:

Anexo 2. *Leading case*: Expediente 451-2009 (Forseti. Revista de Derecho, 2014).

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRIMERA SALA CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

RESOLUCIÓN NÚMERO: VEINTINUEVE

Miraflores, cinco de marzo de dos mil trece.-

VISTOS

Mediante resolución número doce expedida el nueve de junio del año dos mil diez, obrante de fojas dos mil novecientos ochenta a dos mil novecientos ochenta y uno (tomo V), **se dispuso acumular al presente proceso los expedientes judiciales tramitados ante esta Sala Superior signados con los números 674-2009, 675-2009 y 676-2009**, por cuanto en todos éstos las pretensiones propuestas se orientan a obtener la declaración de nulidad del laudo arbitral de derecho contenido en la resolución número ciento sesenta y cuatro, expedido el dieciocho de marzo de dos mil nueve por el Tribunal Arbitral conformado por los señores árbitros Alfredo Bullard González (Presidente), Rafael Montoya Alvarez y Alberto Montezuma Chirinos en la controversia surgida entre TSG Perú S.A.C. de una parte y Pesquera Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamaran de la otra; incorporándose todo lo actuado en dichos expedientes judiciales a los presentes autos y ordenándose su refoliación.

En tal sentido, tenemos que mediante escrito presentado el once de mayo de dos mil nueve, obrante a fojas cuatrocientos ochenta y ocho y siguientes (tomo I, expediente acumulado N° 674-2009), **Langostinera Caleta Dorada S.A.C.** interpone recurso de anulación contra el referido laudo arbitral de derecho contenido en la resolución número ciento sesenta y cuatro, expedido el dieciocho de marzo de dos mil nueve, siendo admitido a trámite mediante resolución número dos de fecha

treinta de julio de dos mil nueve, obrante de fojas quinientos siete a quinientos ocho; corrido el traslado respectivo, mediante escrito de fojas 576 y siguientes TSG Perú S.A.C. contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos según los términos que allí constan.

Mediante escrito presentado el once de mayo de dos mil nueve, obrante a fojas mil ciento veintisiete y siguientes (tomo II, expediente acumulado N° 675-2009) **Procesadora del Campo S.A.C.** interpone recurso de anulación contra el referido laudo arbitral de derecho contenido en la resolución número ciento sesenta y cuatro, expedido el dieciocho de marzo de dos mil nueve, siendo admitido a trámite mediante la resolución número dos de fecha treinta de julio de dos mil nueve, obrante de fojas mil ciento cuarenta y dos a mil ciento cuarenta y tres; corrido el traslado respectivo, mediante escrito de fojas mil ciento setenta y cinco y siguientes la demandada TSG Perú S.A.C. contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos según los términos que allí constan.

Mediante escrito presentado el doce de mayo de dos mil nueve, obrante a fojas mil setecientos veinticinco y siguientes (tomo III, expediente acumulado N° 676-2009), **Pesquera Chicama S.A.C.** interpone recurso de anulación contra el referido laudo arbitral de derecho contenido en la resolución número ciento sesenta y cuatro, expedido el dieciocho de marzo de dos mil nueve, y su aclaratoria contenida en la resolución número ciento sesenta y seis de fecha veintiuno de abril de dos mil nueve, siendo admitido a trámite mediante resolución número dos de fecha treinta de julio de dos mil nueve, obrante de fojas mil setecientos setenta y dos a mil setecientos setenta y tres; corrido el traslado respectivo, mediante escrito de fojas mil setecientos noventa y dos y siguientes la demandada TSG Perú S.A.C. contesta la demanda negándola y

contradiciéndola en todos sus extremos según los términos que allí constan.

Mediante escrito presentado el seis de abril de dos mil nueve, obrante a fojas dos mil doscientos cincuenta y seis y siguientes (tomo IV), Empresa **Pesquera Libertad S.A.C.** interpone recurso de anulación de laudo arbitral al amparo del artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071 contra el laudo arbitral de derecho tantas veces referido, siendo admitido a trámite mediante resolución número dos de fecha dieciocho de mayo de dos mil nueve, obrante de fojas dos mil ochocientos once a dos mil ochocientos doce; y corrido el traslado respectivo, mediante escrito presentado el treinta de julio dos mil nueve inserto a fojas dos mil ochocientos ochenta y ocho y siguientes (tomo V), la demandada TSG Perú S.A.C. contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos según los términos que allí constan.

Mediante resolución número catorce de fecha diez de agosto de dos mil diez, obrante de fojas dos mil novecientos noventa y seis a fojas tres mil treinta y cinco, este Órgano Superior emitió sentencia declarando Fundados los recursos de anulación de laudo arbitral interpuestos por Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Libertad S.A.C. por la causal contenida en el literal a. del inciso 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071; y, en consecuencia, Nulo el laudo arbitral de derecho cuestionado; omitiendo emitir pronunciamiento por carecer de objeto respecto al recurso de anulación formulado por Pesquera Industrial Chicama S.A.C., así como sobre los argumentos invocados por Caleta Dorada S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Libertad S.A.C. en relación a las causales de anulación distintas a aquella por la cual se declaró la nulidad del laudo arbitral; sentencia que fue declara nula mediante Ejecutoria Suprema de fecha diecinueve de diciembre de dos mil once, obrante de fojas tres mil ciento cincuenta y ocho a tres mil ciento cincuenta y nueve, ordenando que esta

Sala Superior expida una nueva resolución con arreglo a los fundamentos que la sustentan.

Siendo ello así, realizada la vista de la causa en la fecha corresponde emitir el pronunciamiento respectivo de conformidad con lo ordenado por el Superior Jerárquico.

Interviniendo como ponente el Señor Juez Superior **Wong Abad**; y,

CONSIDERANDO

PRIMERO.- De la demanda presentada por Langostinera Caleta Dorada S.A.C.: Los fundamentos de la demanda interpuesta por Langostinera Caleta Dorada S.A.C. en el expediente acumulado N° 674-2009 (Tomo I) son los siguientes:

a. "...nuestra representada fue ajena a la celebración del contrato de servicio de fabricación, secado, cocido, movilización interna, arrumaje, almacenamiento y otros celebrado por TSG Perú S.A.C y Harinas Especiales S.A.C. con fecha 28 de enero del 2002, contrato en el que pactaron los contratantes el sometimiento al Tribunal Arbitral para dilucidar sus controversias, vale decir que este contrato existieron (sic) 10 meses antes de nuestro nacimiento -constitución de la empresa- entonces es absurdo sostener que nosotros también estamos inmersos en dicho contrato". (véase a fojas 489)

b. "La interpretación que le da el Tribunal al laudo cuya nulidad estamos solicitando, al artículo 14 del Decreto Legislativo acotado (Decreto Legislativo 1071), es que no obstante que nuestra empresa y otras que no suscribieron el contrato de convenio arbitral, están vinculadas sin necesidad de suscribir y deben responder todas ellas por la deuda de TSG Perú S.A.C. la introducción de este artículo no obstante la prohibición expresa del artículo d2° (sic) de las disposiciones transitorias,

constituye una parcialización expresa y cubre el Laudo con vicio de nulidad insalvable”. (Véase a fojas 490)

c. “...el Convenio Arbitral tiene naturaleza eminentemente contractual, de manera que en principio se aplica sólo a los signatarios, esto conforme con el artículo 1363 del Código Civil...” (Véase a fojas 488)

d. El artículo 14 del Decreto Legislativo 1071 que sustenta la decisión contenida en el punto resolutivo décimo sexto del Laudo respecto a la vinculación entre empresas no resulta aplicable al procedimiento arbitral porque no estuvo vigente según lo dispuesto en el artículo segundo de las disposiciones transitorias del mencionado decreto.

e. El punto resolutivo segundo del Laudo declara Infundada la oposición al arbitraje interpuesta por Procesadora del Campo S.A.C. con fecha 29 de agosto de 2006, lo cual resulta contradictorio con lo dispuesto mediante la Resolución N° 0112-2005-CSA-CCNI-CCL dictada por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

SEGUNDO.- Frente a dichos argumentos, a fojas 576 (Tomo I) TSG Perú S.A.C. contesta la demanda en los siguientes términos:

a. “...tal como lo demuestra el mismo laudo arbitral, el convenio arbitral que lo legitima no está contenido en el contrato de fecha 28 de enero de 2002 como afirma tendenciosamente la demandante sino que está contenido en el contrato de fecha 15 de junio del 2003 que sí suscribe Langostinera Caleta Dorada.” (Véase a fojas 584)

b. “...en la resolución N° 49 expedida por el Tribunal Arbitral, se aprecia que en realidad el recurso de oposición presentado por esa empresa no era uno de ‘inexistencia de convenio arbitral’ como quiere hacernos creer ahora sino uno que señalaba que ‘el arbitraje no estaba

pactado para resolver las materias que nosotros propusimos en nuestra demanda arbitral'..." (Véase a fojas 585)

c. La norma aplicable al presente proceso es el Decreto Legislativo N° 1071 y no la Ley N° 26752 como afirma la empresa demandante, no obstante ello cabe señalar que las decisiones a que el Tribunal Arbitral arriba no se desprenden de la aplicación retroactiva del Decreto Legislativo N° 1071 sino de la aplicación de las modernas doctrinas del derecho empresarial.

TERCERO.- De la demanda presentada por Empresa Procesadora del Campo S.A.C.: Los fundamentos de la demanda interpuesta por Empresa Procesadora del Campo S.A.C. en el expediente acumulado N° 675-2009 (Tomo II) son los siguientes:

a. "Nuestra empresa no fue demandada para intervenir en el Laudo Arbitral que estamos impugnando, sin embargo el Tribunal Arbitral nos han incluido como parte demanda, violando de este modo el principio del debido proceso..." (Véase a fojas 1127)

b. "...nuestra representada fue ajena a la celebración del contrato de servicio de fabricación, secado, cocido, movilización interna, arrumaje, almacenamiento y otros celebrado por TSG Perú S.A.C. y Harinas Especiales S.A.C. con fecha 28 de enero del 2002, contrato en el que pactaron los contratantes el sometimiento al Tribunal Arbitral para dilucidar sus controversias, vale decir que este contrato existieron 10 meses antes de nuestro nacimiento –constitución de la empresa– entonces es absurdo sostener que nosotros también estamos inmersos en dicho contrato." (Véase a fojas 1130)

c. "El tribunal arbitral totalmente parcializado a favor de TSG Perú S.A.C. con la finalidad de justificar su actitud y considerar la vinculación de nuestra empresa con las demás empresas como son: Harinas

Especiales S.A.C., Pesquera Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Industrial Catamarán S.A.C. y Pesquera Libertad S.A.C., ha invocado como sustento legal de su decisión el artículo 14 del Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje como una nueva Ley (...) violando de este modo con esta interpretación lo dispuesto por el artículo 2° de la Disposición Transitoria de dicho Decreto Legislativo...” (Véase a fojas 1131)

d. El punto resolutivo segundo del Laudo declara Infundada la oposición al arbitraje interpuesta por nuestra representada con fecha 29 de agosto de 2006, lo cual resulta contradictorio con lo dispuesto mediante la Resolución N° 0112-2005-CSA-CCNI-CCL dictada por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

CUARTO.- Frente a dichos argumento, a fojas 1175 (Tomo II), TSG Perú S.A.C. contradice la demanda en los siguientes términos:

a. “...El convenio arbitral existe y consta en la cláusula décimo primera del contrato de fecha 15 de agosto del 2003 suscrito entre Pesquera Harinas Especiales S.A.C. (que luego cedió su posición contractual a Pesquera Chicama S.A.C.), Langostinera Caleta Dorada S.A.C. y TSG Perú S.A.C. tal como lo señala el laudo en su considerando N° 11.

Y es precisamente este convenio arbitral el que motivó la existencia del proceso arbitral y son los efectos de este mismo convenio arbitral los que se extendieron para ser vinculantes también a las empresas Procesadora del Campo S.A.C., Pesquera Industrial Katamarán S.A.C. y Pesquera Libertad S.A.C.” (Véase a fojas 1185)

b. “...si bien es cierto que Procesadora del Campo S.A.C. no suscribió el contrato que contiene el convenio arbitral (...), el Tribunal Arbitral ha logrado demostrar a través de las pruebas actuadas y el razonamiento

valorativo que utilizó que tanto ésta empresa como las otras cuatro emplazadas son empresas totalmente vinculadas y cuya actuación coordinada se realizó con la finalidad de cometer fraude a su acreedor, la recurrente TSG Perú S.A.C.” (Véase a fojas 1184)

c. “...lejos de haber inexistencia de convenio arbitral, lo que hubo fue una aplicación de vanguardia del derecho que justificó la extensión de los efectos de este convenio.” (Véase a fojas 1187)

d. En ese sentido la afirmación de la demandante (...) respecto a que el arbitraje sólo tiene validez entre las partes contratantes constituye una visión limitada y anacrónica de lo que es en la actualidad la institución del arbitraje así como de los efectos y la extensión del Convenio Arbitral.” (Véase a fojas 1183)

e. “Asimismo, queda claro que esta extensión y esta inclusión no se han hecho en vulneración de los derechos de la demandante sino que durante todo el proceso se observaron los procedimientos legales del debido proceso y la decisión final fue fundamentada en derecho ya que, como lo señala la teoría general del derecho, la doctrina y la jurisprudencia son también fuentes del derecho peruano.” (Véase a fojas 1187)

QUINTO.- De la demanda presentada por Pesquera Chicama S.A.C.: Los fundamentos de la demanda interpuesta por Pesquera Chicama S.A.C. en el expediente acumulado N° 676-2009 (Tomo III) son los siguientes:

a. La demandante afirma que no firmó convenio arbitral alguno para las pretensiones que TSG Perú S.A.C. describe en su solicitud y demanda arbitral como son las señaladas de fojas 485 a 487 en el escrito de demanda.

b. La pretensión accesoria y por ende el pedido de TSG Perú S.A.C., en el proceso arbitral fue la determinación de obligación de dar suma de dinero producto del saldo deudor derivado de la ejecución del extremo del suministro. Sin embargo el Tribunal a (sic) analizado y ordenado un pago, basándose en los importes que TSG Perú S.A.C. nos entregó en calidad del mutuo celebrado el 01 de enero del 2004, incurriendo en un fallo *extrapetita* el laudo sobre un tema no sometido ni solicitado en ninguna de las pretensiones de TSG Perú S.A.C.” (Véase a fojas 1729)

c. “Nuestra empresa formuló oposición al arbitraje señalando que no hemos firmado ningún convenio arbitral para las controversias pretensiones que describe en su escrito de solicitud de petición arbitral y el escrito de demanda indicado líneas arriba; pues conforme es de verse en el contenido del contrato de servicios de fabricación ensacado cosido movilización interna, arrumaje y almacenamiento hasta la entrega formal de harina de pescado en exclusividad de fecha 28 de enero del 2002, contrato modificado y aclarado con fecha 23 de enero del 2003; y modificado a un contrato de compra venta de harina de pescado con carácter de exclusividad según escritura pública de fecha 23 de julio de 2004 por ante Notario Leonardo Bartra Valdivieso, no existe convenio arbitral firmado para dichas materias.

Así hicimos notar entre otros que el contrato donde se encuentra expresado el convenio arbitral, no contempla o prevé el mutuo o línea de crédito y demás materias controvertidas, solicitando por ello se declare fundada nuestra oposición total al arbitraje.” (Véase a de fojas 1730 a 1731)

d. “... el mutuo del contrato de fecha 01 de enero del 2004 no fue materia de convenio arbitral, ni un tema sometido ni solicitado en ninguna de las pretensiones de la demanda arbitral de TSG Perú S.A.C.” (Véase a fojas 1734)

e. “Entre TSG Perú S.A. y Pesquera Chicama S.A. no sólo existió una relación contractual derivada del suministro celebrado; paralelamente existieron otras dos relaciones contractuales que no han sido materia de proceso arbitral.

Nos referimos a la celebración por un lado, del contrato de mutuo por US\$ 2'000,0000.00 dólares americanos que TSG Perú S.A. suscribió inicialmente con Pesqueras Harinas Especiales S.A., cuya posición fue luego cedida a Pesquera Chicama S.A. (según contratos en escritura públicas de fechas 15 de agosto del 2003 y 03 de marzo del 2004) y por otro, al contrato de mutuo que el 01 de enero del 2004, celebró pesquera Chicama S.A con TSG Perú S.A. (...) el mismo que en ningún momento fue para hacer viable el suministro.” (Véase a fojas 1735)

f. La pretensión accesoria y por ende el pedido de TSG Perú S.A.C., en el proceso arbitral fue la determinación de obligación de dar suma de dinero producto del saldo deudor derivado de la ejecución del extremo del suministro.

Nótese que en ninguno de los extremos de la petición de demanda arbitral se encontraba la determinación de pago del Contrato de mutuo con línea de crédito superior al millón de dólares americanos, celebrado con fecha 01 de enero de 2004.

Sin embargo al expedir el laudo de derecho el tribunal arbitral se ha pronunciado sobre aspectos distintos a los solicitados por las partes, incurriendo en un fallo *ultrapetita* afectando el derecho de defensa de nuestra empresa y el debido proceso. (Véase a fojas 1737)

g. “La determinación de pago o devolución de dinero del contrato de fecha 1 de enero de 2004 no fue materia del petitorio de la demanda arbitral interpuesta por TSG Peru S.A.C. sin embargo se ha analizado los montos entregados por concepto de este contrato, como reiteramos no

fue materia de la petición de demanda incurriendo en fallo *extrapetita*. (Véase a fojas 1744)

h. "...el Tribunal ha basado su decisión en hechos no alegados ni acreditados por las partes realizando una motivación aparente (inexistente en términos formales) y, por tanto, ha efectuado en forma arbitraria.

Además, no ha fundamentado jurídicamente en que ha basado su decisión, existiendo en el laudo falta de congruencia entre lo pedido y lo resuelto." (Véase a fojas 1752)

i. La demandante señala que el Tribunal Arbitral ha declarado la vinculación entre las empresas Pesquera Chicama, Caleta Dorada, Procesadora del Campo, Katamaran y Libertad, ordenando el pago de US\$ 1,361,552.27 más los intereses legales hasta el día efectivo de pago de manera solidaria por parte de las citadas empresas basado en hechos que no habrían sido acreditados ni alegados por las partes como son los referidos en los puntos 414, 460, 476, 477, 575, 576, 578 y 584 del laudo arbitral cuestionado.

j. Señala también que los Árbitros no habrían valorado las pruebas existentes en el expediente arbitral de forma conjunta y razonada pues han soslayado las cartas de fechas 9 y 20 de julio del 2004 y el contrato de mutuo de fecha 1 de enero del 2004 con el cual se acredita que no existía ningún saldo deudor derivado del suministro ni del mutuo derivado de dicho contrato, vulnerando de esta forma su derecho a un debido proceso.

k. Al expedirse el laudo arbitral basándose en hechos no alegados ni probados así como en suposiciones y medios probatorios no ofrecidos por las partes el Tribunal Arbitral:

"A (sic) afectado nuestro derecho de defensa por cuanto el punto controvertido fue la resolución del contrato de suministro y el saldo

derivado del suministro ocurrido en el año 2005 por ende los medios probatorios y cualquier alegación se circunscribían a dichas fechas, sin embargo el Tribunal en forma arbitraria para resolver se ha basado en pruebas como son transferencias de precios licencias y ventas realizadas en el año 1998 y 2000 por empresas que no forman parte del proceso y con quienes no tenemos ningún vínculo es decir anteriores inclusive a nuestra existencia como persona jurídica, y lo más grave dichos medios probatorios que no han sido admitidos ni corrido traslado a fin de poder ejercer el derecho de contradicción afectando así gravemente nuestro derecho de defensa” (véase a fojas 1756)

l. “Estando en controversia que la suma de dinero deriva del mutuo de fecha de (sic) enero del 2004 y no del saldo deudor del suministro (sic) Tribunal debió ordenar una pericia o liquidación” (véase a fojas mil setecientos cincuenta y seis).

m. “El tribunal arbitral prosiguiendo con la afectación al debido proceso ha vulnerado el artículo 1183 del código civil...” (Véase a fojas 1757)

SEXTO.- Frente a dichos argumentos, a fojas 1798 (Tomo III), TSG Perú S.A.C. contesta la demanda en los siguientes términos:

1. La demanda no cumple con el requisito de admisibilidad que establece el segundo párrafo del artículo 63 del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ello de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 65 de la antigua ley de arbitraje.
2. Las únicas causales de anulación del laudo arbitral son las establecidas taxativamente en el artículo 63 del Decreto Legislativo 1071, en consecuencia la Sala debe rechazar los argumentos de la demandante referidos a temas constitucionales como son la alegada afectación de sus derechos fundamentales al debido proceso y la tutela procesal efectiva,

los cuales estarían dirigidos a que la Sala revise el fondo de la controversia.

3. La empresa demandante comete un error al sugerir que el Tribunal Arbitral se habría pronunciado sobre la relación obligatoria nacida del contrato de fecha 01 de enero de 2004 “...ya que el mismo tribunal señala en sus considerandos 819 al 823 que la liquidación de todos los montos que Pesquera Chicama S.A.C. nos adeuda corresponde al contrato de suministro y no a cualquier otro contrato. (véase de fojas 1808 a 1809)
4. El cuestionamiento de la demandante referido a que no existía convenio arbitral para conocer las pretensiones que incluimos en nuestra demanda arbitral han sido objeto de pronunciamiento expreso en los considerandos 622 al 653 del Laudo al declarar Infundada la oposición al arbitraje, lo que demuestra que la demandante pretende que la Sala termine pronunciándose sobre los criterios utilizados por el Tribunal, lo cual está prohibido por ley.
5. El proceso arbitral se condujo bajo las reglas de la derogada ley 26572, Ley General de Arbitraje, cuyo artículo 39 señalaba que el tribunal arbitral era el único que podía determinar su competencia, por lo cual la Sala no tiene facultad legal para cuestionar la decisión del Tribunal Arbitral al resolver la oposición al arbitraje de Pesquera Chicama S.A.C.
6. No es cierto que el Tribunal Arbitral no haya meritado el Contrato de Mutuo de fecha 01 de enero del 2004 “Por el contrario, tal como se desprende de los considerandos 819 al 824, el Tribunal si merituo ese contrato (así como las cartas que menciona Pesquera Chicama en su demanda) y, en la apreciación razonada que hace, se pronuncia descartándolo ya que no le genero al tribunal ninguna certeza que implique una modificación en el estado de los hechos probados hasta ese momento.” (véase de fojas 1811 a 1812)

7. La vulneración a la debida motivación de las resoluciones “...es una causal que no se encuentra taxativamente señalada en el artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071 y, como tal, no debe ser tomada en cuenta por la sala sino, por el contrario, rechazada laminarmente. (véase de fojas 1812 a 1813).
8. “...se debe destacar la total falta de criterio de la empresa demandante que cuestiona no los criterios resolutivos sino la narración de los hechos que el Tribunal realizó en base a las pruebas (tanto las ofrecidas por las partes como las de oficio) que se actuaron en el proceso. Todo lo que afirmamos toma mayor consistencia cuando nos damos cuenta que esos supuestos ‘hechos no alegados ni probados’ que señala la demandante se encuentran descritos en la sección II del mismo titulada: ‘De la historia de las transferencias de propiedad, derechos y licencias de las UIP Malabrigo y Huacho’ .” (véase a fojas 573)
9. “...la parte demandante porfía en señalar, casi tozudamente, que no existe una fundamentación jurídica de las resoluciones, entendiendo como ‘jurídica’ una simple remisión a alguna norma legal vigente como si el derecho se agotara en las normas positivas vigentes a la fecha.” (véase a fojas 1814)
10. “...lo que busca Pesquera Chicama es -nuevamente- que la Sala cometa prevaricato pronunciándose sobre los criterios del Tribunal en clara contravención a las reglas imperativas que regulan el presente proceso.” (véase a fojas 1815).
11. “...la argumentación del Tribunal no solo es jurídica en tanto utiliza efectivamente el derecho y lo desarrolla a través de una cabal argumentación jurídica sino que, sobre todo, es una motivación suficiente ya que -más allá de su extensión- cumple con señalar, paso a paso, el razonamiento seguido para arribar a las conclusiones que establece” . (véase a fojas 1817)

12. El Tribunal Arbitral tenía la facultad de actuar medios probatorios de oficio y en todas las ocasiones en que lo hizo “...las partes demandadas (sic) tuvieron la posibilidad (y en efecto lo hicieron) de cuestionar esa decisión” . (véase a fojas 1820)
13. La supuesta causal de inaplicación del artículo 1183 del Código Civil demuestra que la demandante cuestiona el laudo arbitral simplemente porque no acogió la interpretación del derecho que esa empresa sustentaba, habiendo señalado el Tribunal Arbitral en el considerando 210 y siguientes de la resolución N° 166 de Aclaración de Laudo Arbitral de Derecho que “...en este caso no se puede hablar de inaplicación del artículo 1183 del Código Civil ya que la solidaridad dispuesta por el Tribunal no se desprende de ese ordenamiento sino que es consecuencia del levantamiento del velo societario que llevó a cabo. Este razonamiento se encuentra plasmado en el considerando 301 del laudo arbitral” . (véase a fojas 1822)

SÉTIMO.-De la demanda presentada por Pesquera Libertad S.A.C: Los fundamentos de la demanda interpuesta por Pesquera Libertad S.A.C. en el expediente acumulado N° 451-2009 (Tomo IV) son los siguientes:

1. “El Tribunal Arbitral también desconociendo la resolución del Consejo Superior de Arbitraje que declaraba fundada la oposición al arbitraje por inexistencia al convenio arbitral (N° 112-2005/CSA-CCANI-CCL de fecha 22 de noviembre de 2005) mediante resolución número dos de fecha 16 de agosto del 2006 ordenó incluir a nuestra empresa en calidad de demandada accediendo así a la petición de TSG Perú S.A.C.” (véase a fojas 2260)
2. “Nuestra empresa nunca ha firmado convenio arbitral alguno con la empresa TSG Perú S.A.C. ni existe documento alguno al respecto,

tampoco hemos suscrito contrato alguno, ni hemos mantenido relación de ningún tipo con TSG (demandante arbitral)” . (véase a fojas 2260)

3. “...mientras que el Juez en tanto que ejerce una función jurisdiccional publica puede involucrar a cualquiera en un juicio a pedido de la parte contraria si considera que hay razones suficientes, el árbitro se limita a ejercer una jurisdicción delegada por las partes que lo invistieron con el poder de juzgar y por tanto, puede pensarse que no podría rasgar el velo societario para incluir dentro del arbitraje a quienes no otorgaron el convenio arbitral.” (véase a fojas 2261)
4. “Por su origen y por su naturaleza, el convenio arbitral es un contrato. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no-signatarios.” (véase a fojas 2261)
5. “El tribunal nos ha sometido compulsivamente al arbitraje sin causa alguna que justifique pese a que la ampliación de la competencia del Tribunal Arbitral y el uso de la institución de la litis consorcio, no son aceptables dentro de los términos de la ley peruana de arbitraje por cuanto ésta en su artículo 10 exige que el convenio arbitral se celebre por escrito, bajo sanción de nulidad. (Aplicable al presente proceso arbitral)

En consecuencia, quienes no hemos suscrito el convenio no somos partes del mismo y no pueden ser sometidos a la jurisdicción arbitral.

Sin embargo pese a ello el Tribunal Arbitral nos ha obligado y sometido a participar en un arbitraje que no hemos aceptado desviándonos del Juez natural y vulnerando el inciso 3° del artículo 139 de la Constitución...” (véase a fojas 2262)

1. La demandante señala que ninguna decisión emitida por el Tribunal Arbitral habría sido motivada jurídicamente, señalando específicamente como ejemplos lo expresado en el numeral 589 del laudo referido a la presencia de los elementos objetivos y subjetivos que demostrarían la

vinculación existente entre las empresas demandadas requeridos por la doctrina y la jurisprudencia internacional, por cuanto no señala cuál sería la norma jurídica que ampara dicha doctrina y jurisprudencia internacional; así como lo expresado en el numeral 561 del mismo por cuanto no tendría ningún sustento fáctico ni jurídico según indica; y lo dispuesto en el décimo sexto punto resolutivo del laudo que ordena el pago solidario de las empresas demandadas a favor de TSG vulnerando lo dispuesto en el artículo 1183 del Código Civil.

2. “...el Tribunal Arbitral basa sus considerandos en el laudo arbitral en hechos no alegados por las partes así tenemos que señala hechos y fraudes supuestamente efectuados por las empresas Harinas Especiales, Pesquera Capitán S.A.C., Western Pacific Corporation, Comercializadora Oleadas del Mar Embarcación San Martín 10, hechos que no han sido alegados ni probados, por ninguna de las partes ni estas últimas empresas y embarcación forman parte del proceso arbitral.” (véase a fojas 395)
3. “...en ninguno de sus considerandos ni en ningún extremo del laudo arbitral el Tribunal Arbitral ha citado la ley sustantiva y la ley procesal aplicable que ampare la decisión tomada, vulnerando así el derecho fundamental que tiene todo justiciable a la debidamente (sic) motivación de las resoluciones” . (véase a fojas 2267)
4. “En el laudo arbitral también se ha vulnerado el derecho constitucional a la libertad de empresa por cuanto está desconociendo el tipo de sociedad y responsabilidad limitada de nuestra empresa.

Así tenemos que uno de los considerandos en el laudo arbitral ha determinado sin prueba ni sustento jurídico en el numeral 615 del laudo arbitral lo siguientes:

615.- Ello dado que la consecuencia de levantar el velo societario implica desconocer la responsabilidad limitada de cada sociedad y por el

contrario implica desconocer la responsabilidad limitada de cada sociedad y por el contrario obliga a que todas las sociedades del grupo respondan ilimitadamente por las deudas de una de ellas puesto que se entiende que han actuado bajo una voluntad común.” (véase de fojas 2269 a 2270)

1. “En ninguna de las normas indicadas ni en ninguna otra norma del ordenamiento peruano, se regula la aplicación de la doctrina referente a la Teoría del develamiento del velo societario o del desconocimiento de la responsabilidad limitada.” (véase a fojas 2270)
2. “Finalmente se debe tener en cuenta que el año 2002 fecha en que las empresas Harinas Especiales y TSG Perú S.A.C. firman el convenio arbitral según hace referencia el Tribunal Arbitral nuestra empresa ni siquiera existía, situación que ni siquiera ha sido tomado en cuenta por los árbitros. (véase a fojas 2272).

OCTAVO.- Frente a dichos argumentos, a fojas 384 (2256) [Tomo V], TSG Perú S.A.C. contesta la demanda en los siguientes términos:

1. La demanda no cumple con el requisito de admisibilidad que establece el segundo párrafo del artículo 63 del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ello de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 65 de la antigua ley de arbitraje.
2. “...la sala debe rechazar la intención del demandante de convertir el presente recurso en una suerte de proceso de amparo ‘camuflado’ y, en esa idea, rechazar todos los argumentos que ésta presenta y que no se refieren a las causales establecidas en el artículo 63 limitándose a resolver y merituar los argumentos que presente respecto a estas causales taxativamente señaladas por la ley” . (véase a fojas 2894)
3. “...la demandante está buscando -al hacer esa referencia innecesaria a los derechos constitucionales- que la Sala termine pronunciándose sobre

el fondo de la controversia (...) lo que está expresamente prohibido por el numeral 2 del artículo 62 del Decreto Legislativo 1071” . (véase a fojas 2895)

4. La demanda no contiene la indicación precisa de las causales de anulación de laudo invocadas conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 64 del Decreto Legislativo N° 1071, siendo la única causal que indica la demandante y que pertenece a la lista cerrada que contiene el numeral 1 del artículo 63 del mismo la relativa a la inexistencia de convenio arbitral.

“Esta falta de corrección se torna más que evidente cuando la demandante señala como causales de anulación ‘la vulneración a la libertad de empresa’ y la supuesta ‘imposición compulsiva y unilateral de la jurisdicción arbitral’...” (véase a fojas 2897)

1. “La demandante Pesquera Libertad S.A.C. fundamenta su causal de inexistencia de convenio arbitral con el mismo argumento que presentó ante el Tribunal Arbitral mediante recurso de reposición de fecha 28 de agosto del 2006 y que éste en decisión fundamentada contenida en la resolución N° 49 declaró infundado” . (véase a fojas 2897)
2. “...en ese sentido, la sala debe tener especial cuidado de resolver sin terminar pronunciándose sobre el contenido de esa decisión o termine calificando los criterios, motivaciones o interpretaciones realizadas por el Tribunal Arbitral, o que está expresamente prohibido por el numeral 2 del artículo 62 del Decreto Legislativo” . (véase a fojas 2898)
3. “El principal fundamento que la demandante esgrimió en esa oportunidad y que actualmente esgrime en su escrito de demanda es que la resolución N° 02, de fecha 16 de agosto del 2006, expedida por el Tribunal Arbitral -que dispuso correr traslado de nuestra demanda arbitral a la demandante- estaría, presuntamente, desconociendo lo que señala la

resolución N° 112-2005/CSA-CCANI-CCL, su fecha 22 de noviembre del 2005, expedida por el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima” . (véase a fojas 2898)

La empresa demandada sostiene que con este argumento, la demandante “...intenta presentar una Resolución Administrativa como si fuera una Resolución Judicial con calidad de cosa juzgada como las que efectivamente protege el artículo 139 de la Constitución Política del Perú”. (véase a fojas 2899)

1. Mediante resolución N° 49 de fecha 26 de junio de 2007, el Tribunal Arbitral se pronunció sobre el recurso de reposición que presentó la demandante y cuyos argumentos se reproducen en la presente demanda, indicando específicamente en sus considerandos 74 y 75 que, “...lejos de lo que señala Pesquera Libertad S.A.C., su inclusión al proceso no se hizo vulnerando sus derechos sino precisamente para defenderlos. (...)

Por su parte, el laudo arbitral materia del presente recurso también se pronuncia en sus considerandos 591 al 604 respecto al efecto y consecuencias que tiene la citada resolución administrativa del Consejo.” (véase a fojas 2902)

“Ante todos estos elementos, mal podría pretenderse que un argumento que fue desestimado con tal contundencia dentro del proceso arbitral sea ‘reexaminado’ por la Sala.” (véase a fojas 2903).

1. Con lo expresado en el considerando 67 de la citada resolución número 49 expedida por el Tribunal Arbitral se desvirtúa el supuesto sometimiento compulsivo al arbitraje de la demandante Pesquera Libertad S.A.C.

“Fue recién en el laudo, y a la vista de los argumentos que llevaron al Tribunal Arbitral a declarar la existencia de vinculación entre todas las

empresas emplazadas, cuando se dispuso que los efectos del mismo deberían ser aplicables también a la empresa demandante”. (véase a fojas 2905)

1. “...la afirmación que señala que es imposible seguir un proceso arbitral contra una persona que no ha suscrito el convenio es una afirmación falsa ya que; como lo demuestran la ley, la doctrina y la jurisprudencia, existen supuestos -excepcionales pero no por ello menos reales- en los que los efectos de un convenio arbitral se pueden extender válidamente frente a personas que no lo suscribieron” . (véase a fojas 2907)
2. “...si bien es cierto que Pesquera Libertad S.A.C. no suscribió el contrato que contiene el convenio arbitral (...) el Tribunal Arbitral ha logrado demostrar a través de las pruebas actuadas y el razonamiento valorativo que utilizó que tanto ésta empresa como las otras cuatro emplazadas son empresas totalmente vinculadas y cuya actuación coordinada se realizó con la finalidad de cometer fraude a su acreedor, la recurrente TSG Perú S.A.C.

Es por esta situación que el Tribunal dispuso recurrir a la teoría del ‘levantamiento del velo societario’ y en virtud de esa teoría pronunciarse por la extensión de los efectos del convenio arbitral a todas las empresas emplazadas incluyendo a la demandante Pesquera Libertad”. (véase de fojas 2907 a 2908)

1. “...El convenio arbitral existe y consta en la cláusula décimo primera del contrato de fecha 15 de agosto del 2003 suscrito entre Pesquera Harinas Especiales S.A.C. (que luego cedió su posición contractual a Pesquera Chicama S.A.C.), Langostinera Caleta Dorada y TSG Perú S.A.C. tal como lo señala el laudo en su considerando N° 11.” (véase de fojas 2908 a 2909)

2. “...lejos de haber inexistencia de convenio arbitral, lo que hubo fue una aplicación de vanguardia del derecho que justificó la extensión de los efectos de éste convenio.” (véase de fojas 2910 a 2911)
3. “Asimismo, queda claro que esta extensión y esta inclusión no se han hecho en vulneración de los derechos de la demandante sino que durante todo el proceso se observaron los procedimientos legales del debido proceso y la decisión final fue fundamentada en derecho ya que, como lo señala la teoría general del derecho, la doctrina y la jurisprudencia son también fuentes del derecho peruano.” (véase a fojas 2911)
4. “Durante todo el proceso arbitral Pesquera Libertad no sólo tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa sino que efectivamente lo hizo tal como ella misma reconoce mediante la interposición de recursos de reposición, oposición al arbitraje, y demás pedidos detallados en el mismo laudo materia de recurso.” (véase de fojas 2913 a 2914)
5. La empresa demandante “...entiende que sólo cuando se cita un artículo expreso de alguna ley peruana se puede hablar de la existencia de una real fundamentación jurídica. Es por ello que rechaza la fundamentación basada en doctrina y jurisprudencia” . (véase a fojas 2914)
6. “...la argumentación del Tribunal no sólo es jurídica en tanto utiliza efectivamente el derecho y lo desarrolla a través de una cabal argumentación jurídica sino que, sobre todo, es una motivación suficiente ya que -mas allá de su extensión- cumple con señalar, paso a paso, el razonamiento seguido para arribar a las conclusiones que establece” . (véase a fojas 2916)
7. No hay forma de que el principio procesal de congruencia pueda entenderse como un límite al poder del Tribunal Arbitral de actuar medios probatorios de oficio.

“Porque eso es lo que está cuestionando, a fin de cuentas, la parte demandante. El hecho de que el Tribunal haya recurrido a la actuación de

pruebas de oficio que le permitan tener mayor conocimiento del historial comercial de las empresas demandadas así como de las personas que están detrás de ellas.” (véase a fojas 2917)

1. “Todo lo que afirmamos toma mayor consistencia cuando nos damos cuenta que esos supuestos ‘hechos no alegados ni probados’ que señala la demandante se encuentran descritos en los considerandos 144 y siguientes del laudo arbitral los mismos que se refieren a la sección II del mismo titulada: ‘de la historia de las transferencias de propiedad, derechos y licencias de las UIP Malabrigo y Huacho’ .” (véase a fojas 2918)
2. La Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4972-2006-PA/TC citada por la parte demandante para fundamentar la supuesta imposición compulsiva y unilateral del convenio arbitral no resulta aplicable al caso por cuanto conforme a lo señalado por el Tribunal Arbitral en el considerando 39 de la resolución N° 166-Aclaracion del Laudo Arbitral de Derecho- el presente caso versa sobre la aplicación del levantamiento del velo societario ante empresas vinculadas y la jurisprudencia citada no contempla ese supuesto.
3. “La teoría del levantamiento del velo societario no es una figura extraña a nuestro sistema jurídico. Es una figura novedosa que ha tenido desarrollo doctrinario y, como tal, su aplicación no genera una irregularidad.

Desde el momento en que hablamos de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario, no podemos afirmar que existe desconocimiento de categorías como la responsabilidad limitada o la personalidad jurídica”. (véase a fojas 2921).

1. “Dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de la empresa (···) no se encuentra el beneficio de la

responsabilidad limitada ni de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas. Mucho menos la extensión constitucional cuando esas categorías se utilizan con la finalidad de cometer fraude” . (véase a fojas 2922)

NOVENO.- Antes de iniciar el análisis de las específicas razones que sustentan las demandas interpuestas es necesario referirnos a la posibilidad que tienen los señores árbitros para aplicar la figura jurídica del “levantamiento del velo societario”. Como ha sido señalado esta posibilidad fue negada por la Sala Superior en una oportunidad anterior y, aunque nuestra Corte Suprema ha desechado las razones que sustentaron ese pronunciamiento, no ha señalado a su vez cuáles serían los fundamentos jurídicos que sustentarían tal posición.

En tal sentido, debemos fundar la potestad de los árbitros para resolver sobre estos temas en el principio del Competence-Competence, previsto en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, pues, como se aprecia inmediatamente, la determinación de las personas que se encontrarán sujetas al proceso arbitral exige el establecimiento de la competencia subjetiva de los árbitros.

Asimismo, actualmente no resulta un obstáculo para el ejercicio de esta potestad que los árbitros hagan referencia o apliquen normas imperativas o de orden público pues, como refiere la doctrina, los árbitros:

“...pueden examinar la validez de un convenio arbitral aun cuando se alegue fraude u otra violación del orden público en aplicación del principio “competente-competence”[1].

En efecto, la atribución legal que tienen los árbitros de juzgar sobre su propia competencia no debe encontrar límite en la eventual aplicación de normas de orden público, pues considerar lo contrario implicaría presumir

una inadecuada o errónea utilización de esas disposiciones por los tribunales arbitrales[2].

Esta posibilidad se encuentra, en nuestra opinión, confirmada por el hecho que sobre este pronunciamiento arbitral las Salas Superiores que tramitan los procesos de nulidad que eventualmente se inicien tienen la más amplia capacidad de revisión pues, como también resulta claro, estas materias no son de libre disposición de las partes y tampoco corresponden a materias referidas al fondo de la controversia.

En efecto, si bien en el artículo 39 de la Ley, ya citado, se establece que los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, más adelante se señala, asimismo, que cualquier decisión sobre las objeciones que se realicen contra esa competencia podrá ser impugnada mediante el recurso de anulación contra dicho laudo, si hubiera sido desestimada.

Esta solución, como señala mayoritariamente la doctrina se fundamenta en que el competence-competence atribuido a los árbitros solo los faculta a ser los primeros jueces de su competencia, pero esta precedencia cronológica no impide la subsecuente revisión por las Cortes[3].

A lo anterior debe agregarse que, en casos como el presente, donde la competencia subjetiva del Tribunal Arbitral se ha resuelto después de establecer la existencia de un concierto fraudulento que ha justificado la extensión de los efectos del convenio arbitral a empresas que formalmente no lo suscribieron, la revisión de la decisión arbitral debe ser completa, es decir, deberá, si así lo plantea la parte demandante, alcanzar no solo a los aspectos formales del Convenio Arbitral sino también a los fundamentos sustantivos y fácticos que han servido de sustento a la decisión del tribunal.

Si no se realizara esta revisión integral, que como es obvio, no se encuentra prohibida por lo señalado por el artículo 62 de la Ley, debido a

que como resulta evidente no es una cuestión de fondo de la controversia sino, por el contrario, es una que impediría un pronunciamiento respecto de él, se estaría permitiendo que un convenio arbitral ineficaz, en tanto *res inter alios acta*, sea oponible y obligatorio frente a quien no lo ha suscrito.

Esta conclusión es constatada por la doctrina que refiere que toda decisión arbitral bajo el principio competente-competence es provisional en el sentido de que cualquiera de las partes tiene el derecho de solicitar a las Cortes reabrir y reconsiderar en su totalidad el asunto ahí decidido[4].

Por consiguiente, debemos concluir que si las demandantes cuestionaran los fundamentos de hecho y de derecho que han servido al Tribunal Arbitral para considerarlas sujetas al convenio arbitral, estas razones podrán ser revisadas por esta Sala Superior en su integridad tal y como si de una apelación se tratara.

DÉCIMO.- La situación particular que esta Sala Superior ha constatado, la posibilidad de revisión completa que tiene el órgano judicial sobre la decisión de un tribunal arbitral que se pronuncia sobre cuestiones que impiden la resolución del fondo de la controversia, origina otras consecuencias que es necesario explicitar.

En primer lugar, dado que la revisión de las decisiones descritas en el párrafo anterior puede ser completa, corresponderá a la parte que las impugna plantear los específicos temas que deberán ser materia de pronunciamiento por la Sala Civil revisora pues, en efecto, como en cualquier otro recurso que involucra consecuencias sobre derechos disponibles, el órgano revisor no puede “adivinar” cuáles son los agravios que afectan el derecho del impugnante y, por tanto, corresponde a este la carga de señalarlos en forma adecuada.

Esta exigencia se deduce, en nuestra opinión del carácter dispositivo de los procesos jurisdiccionales en materia civil, de los cuales el proceso arbitral forma parte.

Del mismo modo, en situaciones como la presente, en las que se manifiesta en forma patente la tensión entre la celeridad que el arbitraje promete y la defensa material del debido proceso en esta sede, se hace necesario requerir a quien pretende la nulidad de un laudo el señalamiento de los específicos poderes procesales que no pudo ejercitar como consecuencia de los vicios que denuncia[5]; es decir, no bastará en estos casos que se constate un defecto formal en las actuaciones arbitrales que llevaron a la decisión sobre las cuestiones que impiden entrar al fondo de la controversia sino que, además, deberá comprobarse que esos vicios tuvieron en la práctica una efectiva incidencia en el resultado del proceso.

Esto quiere decir que también en el proceso arbitral, por lo menos dentro de las cuestiones que en este proceso se discuten, no podemos hablar de una nulidad por la nulidad sino que debe exigirse también, por lo menos en las circunstancias anotadas, un agravio efectivo a la posición de la parte impugnante.

Si arribáramos a una conclusión contraria perjudicaríamos un valor trascendental para las partes como la celeridad para proteger formalidades cuyo incumplimiento no logra acreditar, por sí solo, una lesión efectiva a los poderes procesales de aquellas[6].

Argumentos de Langostinera Caleta Dorada

UNDÉCIMO.- Respecto al argumento glosado en el apartado a) debemos señalar que la afirmación referida a que la empresa Langostinera Caleta Dorada es ajena al contrato celebrado entre TSG Perú S.A.C. y Harinas Especiales S.A.C., por cuanto fue constituida diez meses después de celebrado el acto jurídico mencionado, no basta para estimar la demanda

interpuesta pues no cumple con desvirtuar las razones de hecho y de derecho que han servido al Tribunal Arbitral para concluir que la constitución de la demandante, y su posterior actuación en las operaciones que motivaron el litigio arbitral, respondieron a un propósito común suficiente, a juicio de los árbitros, para considerarla obligada por el convenio arbitral celebrado.

DUODÉCIMO.- En cuanto a la supuesta parcialización en la que habrían incurrido los árbitros por aplicar el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1071, a pesar de la expresa prohibición contenida en la Segunda Disposición Transitoria de la misma norma citada, tampoco puede ser analizada como causal de nulidad del laudo pues, como resulta evidente, las interpretaciones o razonamientos jurídicos que realice un Tribunal Arbitral no pueden considerarse por sí solos como parciales o arbitrarios sino se acusan y prueban también los específicos hechos que acreditarían una lesión al derecho a la igualdad de trato de que gozan las partes en aplicación del artículo 33 de la Ley.

DÉCIMO TERCERO.- Del mismo modo debemos señalar que tampoco la simple referencia a la supuesta “naturaleza eminentemente contractual” del convenio arbitral puede justificar una declaración de nulidad del laudo pues, como se desprende de la lectura del mismo, tal afirmación no ha sido negada por el Tribunal Arbitral. Muy por el contrario, los árbitros acusan a la ahora demandante de pertenecer a un grupo de sociedades que respondiendo a una voluntad común han pretendido perjudicar fraudulentamente a sus acreedores cargo que, sin embargo, ni siquiera es contestado mediante la presente demanda.

DÉCIMO CUARTO.- En cuanto a la alegación de que se habría producido una indebida aplicación del artículo 14 de la Ley debemos referir que, como se expresa en el apartado número 242 del Laudo Arbitral, figuras como el levantamiento del velo societario:

“...si bien están reguladas actualmente por la Nueva Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, el DLA), que ha regulado expresamente la extensión de la cláusula arbitral, estaban ya reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia arbitrales...”.

Es decir, los señores árbitros, si bien reconocen que las situaciones que han sido puestas a su consideración no se encuentran previstas en la Ley General de Arbitraje consideran que la doctrina y jurisprudencia arbitrales sí las contempla razón por la cual se sienten autorizados a utilizarlas a pesar de que no tienen específico reconocimiento legislativo.

Dado que en este caso la impugnante no discute la veracidad de la afirmación del Tribunal referida al reconocimiento que tendría la figura aludida en la doctrina y jurisprudencia arbitral, es necesario rechazar el argumento glosado.

DÉCIMO QUINTO.- Finalmente, en cuanto a los argumentos de esta parte, debe expresarse que el pronunciamiento administrativo de una Institución Arbitral respecto a la determinación de las personas que se encuentran comprendidas dentro del ámbito subjetivo del convenio arbitral no puede ser opuesto a la decisión jurisdiccional que sobre ese punto expidan finalmente los árbitros, estando a lo expresamente previsto en el artículo 39 de la Ley.

Argumentos de Empresa Procesadora del Campo S.A.C.

DÉCIMO SEXTO.- Dado que los argumentos deducidos por esta empresa son sustancialmente los mismos que los expresados por la empresa Langostinera Caleta Dorada S.A.C. las razones de la Sala para rechazarlos deben considerarse transcritos en este apartado.

Argumentos de Pesquera Chicama S.A.C.

DÉCIMO SÉPTIMO.- En cuanto a la primera de las razones esgrimida por la recurrente debemos repetir los razonamientos expresados en el Fundamento Undécimo.

En cuanto a los argumentos glosados en los apartados b), d) e), f) y g) del quinto fundamento de la presente resolución debemos señalar que, a pesar de que la demandante acusa un pronunciamiento extrapetita debido a que el Tribunal Arbitral habría analizado y ordenado un pago:

“...basándose en los importes que TSG Perú S.A.C. nos entregó en calidad de mutuo...”.

Tal afirmación no se corrobora con el examen del laudo pues, como puede comprobarse de su lectura, el mismo Tribunal Arbitral ha señalado expresamente respecto a este argumento que:

“...es necesario precisar que en el presente proceso arbitral no se está resolviendo ninguna controversia relacionada al referido mutuo supuestamente impago. Por el contrario, como se recordará mediante Resolución N° 117, de fecha 23 de abril de 2008 este colegiado resolvió declarar improcedente la solicitud de ampliación de cuantía deducida por TSG, que pretendió incluir a este proceso dicha controversia. Sin embargo en la referida Resolución el Tribunal Arbitral determinó que la misma no había sido demandada y que además en el Poder Judicial se encontraba vigente aún la acción deducida por TSG relacionada y vinculada precisamente a dicho mutuo garantizado, motivos por los cuales este Tribunal rechazó la solicitud de TSG” (Fundamento N° 627 del laudo).

Más aún, como se desprende de la lectura de la parte resolutive del mismo laudo, no existe en la decisión del Tribunal Arbitral ninguna referencia o condena fundada en el contrato de mutuo aludido por la

ahora demandante, razones por las cuales estos argumentos también deben ser rechazados.

En lo referente a la tesis contenida en el apartado c) del quinto fundamento debemos expresar las mismas razones ya expuestas, es decir, que la misma no desvirtúa en modo alguno las conclusiones del Tribunal Arbitral respecto a que la recurrente ha formado parte de un concierto fraudulento para burlar el convenio arbitral celebrado por una sus empresas vinculadas con la empresa TSG.

También respecto al argumento glosado en el apartado g) es necesario mencionar que el análisis de los pagos supuestamente realizados con relación al contrato de mutuo de 01 de enero de 2004 fue un argumento incorporado al proceso por la propia Pesquera Chicama, tal como se desprende de su escrito de alegatos presentado en el proceso arbitral el día 16 de septiembre de 2008, el cual se sostiene:

“Por el contrario, el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta que además del mutuo contenido en el Contrato de Suministro y Mutuo, existía entre Pesquera Chicama S.A.C y TSG Perú S.A.C. otro contrato (distinto) de mutuo celebrado el 1 de enero de 2004 y, en tal sentido, TSG Perú S.A.C. debería probar que todas las sumas de dinero sin excepción entregadas a Pesquera Chicama S.A.C. y que se mencionan en la curiosa Liquidación de Deuda de Suministro acompañada en la demanda como anexo 1-G, no lo fueron realizada (sic) en su totalidad o en parte en virtud de dicho contrato de mutuo (del 01 de enero del 2004), el cual es independiente” (folio seis mil novecientos dieciocho del expediente arbitral).

Por consiguiente, sus ahora contradictorias alegaciones respecto a un indebido tratamiento de estos temas en el laudo no pueden ser amparadas.

En los apartados h) y j) hemos glosado los argumentos de la demandante que sostienen que la vinculación declarada por el Tribunal se habría basado en hechos que no fueron acreditados ni alegados por las partes. Sin embargo, estos razonamientos no fueron propuestos al Tribunal Arbitral arbitral para que fueran considerados en primer lugar por ese colegiado, tal como lo exigía el inciso 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje motivo por el cual tampoco pueden ser estimados por esta Sala Superior.

A pesar de este defecto formal debemos relevar igualmente que la demandante sostiene específicamente que las alegaciones respecto a:

“Las disminución (sic) de las transferencias de precios de los inmuebles ocurridas en el año 1998 a 2000, no fueron realizadas por ninguna de las partes emplazadas ni fueron hechos alegados por ninguna de las partes ni materia de discusión” (fojas mil setecientos cincuenta y cinco del presente expediente acumulado).

Sin embargo, es necesario resaltar que, como consta en el Acta de Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, obrante de folios cuatro mil ciento ochenta y siete a folios cuatro mil doscientos veintidós, el Tribunal Arbitral consideró que la investigación de la vinculación entre las empresas demandadas era una “cuestión previa de oficio”, de acuerdo a lo establecido en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje y el artículo 41 del Reglamento Procesal del Centro.

Del mismo modo, al iniciar el desarrollo de las transferencias realizadas el Tribunal cuidó de señalar que:

“...el recuento de hechos en cuestión, en relación a la transferencia de los referidos derechos y licencias ha sido elaborado teniendo en cuenta, principalmente los siguientes documentos:

(i) Las disposiciones administrativas emitidas por distintas dependencias del Ministerio de la Producción –las mismas que son de público conocimiento al haber sido publicadas tanto en el Diario Oficial El Peruano como en el portal web del Referido Ministerio- y que además fueron incorporadas al expediente mediante Resolución N° 163 de fecha 03 de marzo de 2009.

(ii) Los documentos presentados por el Ministerio de la Producción, anexados al Oficio N° 4520-2007-PRODUCE/DGEPP-Dchi, presentado a este proceso arbitral con fecha 10 de diciembre de 2007; y

(iii) Las distintas fichas registrales que obran en autos, presentadas por las empresas involucradas en el presente proceso” (a fojas siete mil quinientos cuarenta y cuatro).

Es decir, la expresa reserva del Tribunal Arbitral respecto a que realizaría un examen oficioso de las relaciones existentes entre las empresas demandadas en el proceso arbitral, fue finalmente ejercido sustentándose en documentos existentes en el expediente y, por consiguiente, sujetos a la revisión y cuestionamiento de la empresa demandante.

A todo lo anterior debemos agregar que la reserva realizada por los señores árbitros respecto al examen de oficio de las cuestiones que hemos detallado no fue impugnada por ninguna de las empresas demandantes[7], motivo por el cual no puede servir como fundamento para cuestionar el laudo expedido.

Adicionalmente debemos relevar que la demandante de la nulidad del laudo tampoco señala cuáles serían los cuestionamientos u observaciones que habría realizado a las conclusiones del Tribunal Arbitral pues, por el contrario, no niega que las conclusiones de los señores árbitros sean correctas. Es decir, la empresa Pesquera Chicama pretende desvirtuar las acusaciones de fraude que habrían sido comprobadas por el Tribunal Arbitral recurriendo a argumentos formales

que no atacan, como debieran hacerlo en estos casos, la conclusión misma a la que arriba el laudo.

Por consiguiente, este argumento también debe ser rechazado.

La misma suerte debe correr el argumento descrito en el apartado l) por cuanto se refiere a una cuestión que afecta el fondo de la materia controvertida en el proceso arbitral y, por consiguiente, fuera del control judicial que esta Sala Superior puede ejercer. A pesar de ello, debemos remarcar además que la falta de ejercicio de la potestad arbitral de ordenar la actuación de pruebas de oficio no puede causar una afectación al debido proceso de la demandante pues, por el contrario, lo que en realidad pretende esconder este argumento en este caso particular es la falta de diligencia de la ahora demandante para ofrecer oportunamente los medios probatorios necesarios para acreditar su derecho.

En cuanto respecta al argumento glosado en el apartado m) debemos señalar que dado que el Tribunal Arbitral ha considerado que las empresas emplazadas en el proceso llevado en esa sede se han comportado respondiendo a una sola voluntad deben responder por las obligaciones demandadas también como una sola empresa.

En efecto, el Tribunal sostiene que:

“...más que la llamada solidaridad citada por la jurisprudencia analizada es en realidad una consecuencia natural del levantamiento del velo. Al perforarse la personalidad jurídica se perfora también la limitación de responsabilidad. La consecuencia del develamiento es tratar a todas las empresas, formalmente distintas, como una sola” (véase a fojas siete mil setecientos veintiuno).

Por tanto, no existe una indebida aplicación del artículo 1183 del Código Civil sino la constatación de un efecto natural del levantamiento del velo societario.

Argumentos de Pesquera Libertad S.A.C.

DÉCIMO OCTAVO.- En cuanto a los argumentos de esta empresa demandante debemos señalar que el descrito en el apartado a) ha sido contestado en el fundamento décimo quinto de la presente resolución, mientras que el identificado con la letra b) fue analizado en el fundamento undécimo de la misma.

En cuanto a los argumentos glosados en los apartado c), d) y e) debemos señalar que el arbitraje en nuestro sistema jurídico es ejercicio de función jurisdiccional sustentada en el acuerdo político^[8] de las partes, y que, dentro de los límites de ese acuerdo, los árbitros cuentan con todos los poderes jurisdiccionales que les confieren nuestra Constitución y la ley.

Por tanto, desde este horizonte conceptual y normativo lo que el Tribunal Arbitral ha hecho no es someter compulsivamente a un tercero a un proceso arbitral sino, muy por el contrario, ha evitado que la parte signataria de un convenio arbitral, mediante la utilización fraudulenta de otras empresas que responden a una sola voluntad empresarial, burle la efectividad de dicho acuerdo.

Esta potestad arbitral, sin embargo, no solo está sustentada en el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción sino también, y tal vez principalmente, en los principios generales de buena fe^[9] y prohibición de abuso del derecho^[10] que resultan plenamente aplicables a un acto de autonomía privada como es el convenio arbitral.

Por tanto, en opinión de este Colegiado la referencia a estos principios, dada la abundante prueba que certifica su violación, basta para sustentar la aparente extensión del convenio arbitral, máxime si, como hemos

referido anteriormente, dicha prueba no ha sido discutida adecuadamente por las ahora demandantes en el presente proceso de nulidad.

Por consiguiente, los argumentos descritos en los apartados f), g) y h) deben ser desestimados.

Finalmente, debemos señalar que los fundamentos contenidos en los apartados i), j) y k) han sido absueltos al responder las demandas de las otras co demandantes.

Por tanto;

SE RESUELVE

Declarar **INFUNDADOS los recursos de anulación del laudo** formulados mediante las demandas interpuestas por Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Empresa Procesadora del Campo S.A.C., Pesquera Chicama S.A.C. y Pesquera Libertad S.A.C. contra TSG Perú S.A.C., a fin que se anule el Laudo emitido con fecha 18 de marzo de 2009; y, en consecuencia, **VÁLIDO el laudo arbitral** de fecha 18 de marzo de 2009. En los autos seguidos por Langostinera Caleta Dorada S.A.C. y otras contra TSG Perú S.A.C., sobre Anulación de Laudo Arbitral. **Notificándose.-**

SS.

Anexo 2. *Caso Société d'études et représentations navales et industrielles (SOERNI) et autres vs. Société Air Sea Broker limited (ASB)* del 8 de Julio de 2009, Caso No. 08-16025 (SOERNI c. ASB).

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS (ORIGINAL IN FRENCH)

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu que la Société d'études et représentations navales et industrielles (Soerni) a confié le transport d'une vedette de Libreville à Pointe Noire à la société suisse Air sea broker limited (ASB) ; qu'elles ont conclu une lettre de décharge de responsabilité faisant référence, pour tout litige, aux règles d'arbitrage prévues à la clause 16 - arbitrage - du connaissement CLS ; que, la vedette ayant coulé, la procédure d'arbitrage a été mise en oeuvre et, par sentence rendue à Londres le 27 février 2006, la clause d'arbitrage du connaissement CLS étant déclarée applicable, la société Soerni a été condamnée à indemniser la société ASB ; qu'après avoir déposé plainte avec constitution de partie civile pour faux et usage de faux, la société Soerni a, le 20 décembre 2006, fait appel de l'ordonnance ayant déclaré la sentence exécutoire en France ; qu'elle a demandé à la cour d'appel de surseoir à statuer en l'attente de la décision pénale à intervenir ;

Sur le premier moyen :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 15 mai 2008) d'avoir rejeté la demande de sursis à statuer de la société Soerni, alors, selon le moyen, que le principe du contradictoire impose que le juge invite les parties à se prononcer sur la règle soulevée d'office ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a appliqué d'office l'article 4 du code de procédure pénale issu de la loi du 5 mars 2007 sans provoquer de débat contradictoire sur son application alors même qu'au moment de la saisine de la cour d'appel, ce texte n'était pas applicable et qu'aucune des parties n'en a demandé l'application ; que ce faisant, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'article 4, alinéa 3, du code de procédure pénale, issu de la loi du 5 mars 2007, est un texte de procédure, immédiatement applicable aux instances en cours ; que les parties, dans leurs écritures devant la cour d'appel, postérieures à l'entrée en vigueur de cette loi, ont conclu de manière générale sur le sursis à statuer sans revendiquer expressément l'application de ses anciennes dispositions ; que la cour d'appel n'avait pas en conséquence à solliciter les observations des parties ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen, pris en ses quatre branches :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé l'ordonnance d'exequatur de la sentence, alors, selon le moyen :

1°/ que la loi applicable à la question du pouvoir de représentation de la société est la loi de la société ; que la société Soerni est une société de

droit français ; que pour dire qu'il y avait accord de la société Soerni à la clause compromissoire à laquelle il était fait référence dans la « Hold Harmless Letter » signée par M. X..., employé subalterne de la société Soerni, la cour d'appel a retenu que M. X... avait le pouvoir de représenter la société Soerni, si bien que la « Hold Harmless Letter » était opposable à ladite société, en vertu d'un « principe de capacité », sans rechercher si, en application du droit français, M. X... avait bien un tel pouvoir ; ce faisant, la cour d'appel a violé l'article 1502-1°) du code de procédure civile et l'article L. 225-35 du code de commerce ;

2°/ que, quand bien même il existerait un tel principe de capacité en droit international de l'arbitrage, ce principe est limité par l'obligation qui est faite au cocontractant de démontrer qu'il a pu, sans faute, légitimement croire en l'existence du pouvoir de représentation du signataire de l'acte ; qu'en disant que M. X... avait un tel pouvoir aux seuls motifs que la société ASB avait été en contact avec M. X... seul, que celui-ci, employé subalterne et inexpérimenté, n'avait pas été correctement supervisé par ses employeurs et qu'après la signature de l'acte, les représentants légitimes de la société se seraient sentis liés et n'auraient pas informé la société ASB de l'absence de pouvoir de M. X..., la cour d'appel a manqué de base légale au regard des principes de validité et de capacité du droit international de l'arbitrage, ensemble l'article 1502-1°) du code de procédure civile et l'article L. 225-35 du code de commerce ;

3°/ qu'en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire, par référence écrite à un document qui la contient et à défaut de mention dans le document principal, n'est opposable au cocontractant que si ce cocontractant a pu avoir connaissance de la teneur de ce document au

moment de la conclusion du contrat et en a accepté l'incorporation ; que pour dire qu'il y avait accord de la société Soerni à la clause compromissoire à laquelle il était fait référence dans la « Hold Harmless Letter » signée par M. X..., employé subalterne de la société Soerni, la cour d'appel a retenu que mention du connaissance CLS était faite dans cette lettre alors que le contrat de transport signé par la société Soerni faisait mention d'un connaissance différent ne mentionnant pas ladite clause et que ledit connaissance CLS n'a pas été transmis à la société Soerni avant la conclusion du contrat de transport, la cour d'appel a manqué de base légale au regard du principe de validité de la clause compromissoire, ensemble l'article 1502-1° du code de procédure civile ;

4°/ que l'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale est ouvert si cette reconnaissance ou exécution est contraire à l'ordre public international ; qu'il était fait valoir par la société Soerni dans ses conclusions que le connaissance (CLS) sur lequel s'appuyait la société ASB pour prétendre à l'application de la clause d'arbitrage n'était pas celui qui avait été remis au mandataire de la société Soerni, le chantier naval SDV (Groupe Bolloré) - connaissance Conlinebill (Liner bill of lading) - par la société ASB (v. conclusions signifiées le 25 mars 2008 p. 8 et 9 et p. 14) ; que la preuve était rapportée de ce dernier connaissance par sa production par la société Soerni ainsi que de la lettre du mandataire de la société Soerni du 3 janvier 2005 accompagnant ledit connaissance (pièces 38 à 40 des productions en appel) ; que la production par la société ASB d'un connaissance autre que celui réellement remis par le transporteur au mandataire de la société Soerni pour arguer d'une clause compromissoire est en soi contraire à l'ordre public international ; que la société Soerni a ainsi remis les seuls éléments de preuve en sa possession dès lors que sa demande de sursis à statuer a été rejetée ; qu'en rejetant la demande de la société Soerni au seul motif que cette société « tenterait de draper

les insuffisances de sa défense dans la violation de l'ordre public international, dont elle ne rapporte nullement la preuve » sans rechercher si la production par la société ASB d'un connaissance non effectivement remis à son cocontractant n'était pas en soi contraire à l'ordre public international, la cour d'appel a manqué de base légale au regard de l'article 1502-5°) du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en oeuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société ; que l'arrêt retient exactement, d'abord, que la lettre d'exonération de responsabilité, faisant expressément référence aux "règles d'arbitrage du connaissance CLS", a été signée, pour la société Soerni, par M. X..., seul contact de la société ASB pendant les négociations, cette dernière n'ayant été mise en garde, ni avant ni après la signature de la lettre, sur un éventuel défaut de pouvoir de ce salarié par les dirigeants de la société Soerni qui avaient au contraire tacitement ratifié l'opération en demandant un devis pour une assurance complémentaire ; puis que la volonté d'arbitrer de la société Soerni résulte de sa connaissance de l'existence d'une référence claire à la convention d'arbitrage dans la lettre d'exonération de responsabilité ; que la cour d'appel a décidé à bon droit que la société Soerni était engagée par la clause compromissoire ; que le moyen n'est pas fondé dans ses trois premières branches ;

Et attendu que la société Soerni, qui n'établit pas que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence soit contraire à l'ordre public international, tente de remettre en cause la décision de la cour d'appel qui a souverainement dit qu'il n'y avait pas de fraude procédurale de la société

ASB ; que le moyen doit être rejeté ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Soerni aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Soerni à payer à la société ASB une somme de 3 000 euros ; rejette la demande de la société Soerni ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du huit juillet deux mille neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Tiffreau, avocat aux Conseils pour la Société d'études et représentations navales et industrielles, exerçant sous l'enseigne Soerni, la SCP Vallio Le Guerneve Abitbol, ès qualités, et la SCP Becheret Thierry Senechal Gorias, ès qualités.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de sursis à statuer de la Société SOERNI ;

AUX MOTIFS QUE « la société SOERNI demande de surseoir à statuer sur son appel dans l'attente de la procédure pénale ouverte sur sa plainte avec constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de PARIS pour faux et usage, escroquerie et tentative ; que toutefois l'article 4 du Code procédure pénale d'après lequel la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil, qu'il n'y a pas de motif de suivre la Société SOERNI dont la demande de surséance est repoussée »

ALORS QUE le principe du contradictoire impose que le juge invite les parties à se prononcer sur la règle soulevée d'office ; qu'en l'espèce la Cour d'appel a appliqué d'office l'article 4 du Code de procédure pénale issu de la loi du 5 mars 2007 sans provoquer de débat contradictoire sur son application alors même qu'au moment de la saisine de la Cour d'appel ce texte n'était pas applicable et qu'aucune des parties n'en a demandé l'application ; que ce faisant la Cour d'appel a violé l'article 16 du Code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé l'ordonnance

d'exequatur de la sentence rendue à LONDRES le 21 février 2006 par
Monsieur Z... ;

AUX MOTIFS QUE « Sur l'absence de convention d'arbitrage (article 1502-1° du Code de procédure civile) ; que la société SOERNI dit que la clause compromissoire était contenue dans un document postérieur à la conclusion du contrat de transport de la vedette hydrographique dont elle était le concepteur pour le Port Autonome de Pointe Noire et qui a été signé par un employé subalterne, la Société ASB, affréteur du navire qui effectuait le remorquage de la vedette, ayant le devoir de s'assurer du pouvoir du signataire ; que la Société SOERNI ajoute que son consentement a été vicié puisque la clause compromissoire du connaissement ne lui a jamais été remise avant la conclusion du contrat de transport ; que la Société SOERNI, une Société d'ingénierie navale et portuaire à qui le Port Autonome de Pointe Noire au CONGO avait attribué la conception et la réalisation d'une vedette hydrographique auquel elle devait la livrer, en a confié le transport à la Société ASB ; qu'une lettre d'exonération de responsabilité a en outre été conclue le 1er décembre 2004 entre les parties pour effectuer le remorquage de la vedette en raison des risques encourus pour ce type de transport, laquelle précise que "tout litige avec ce contrat sera finalement résolu avec les règles d'arbitrage du connaissement CLS, Clause 16-Arbitrage" envisageant un arbitrage à LONDRES ; que cette lettre d'exonération a été signée par Monsieur X..., un employé de la Société SOERNI, laquelle dit qu'il n'avait aucun pouvoir pour signer de tels engagements ; que l'arbitre unique, examinant sa compétence a notamment jugé que le Président et le directeur général de la Société SOERNI savaient que M. X... négociait avec un tiers, la Société ABS, mais qu'aucun d'entre eux ne lui a donné pour autant l'ordre d'informer ce tiers qu'il n'avait aucun pouvoir, "aucun d'eux", ajoute-t-il "n'a pris contact avec la société ASB pour l'informer que toute décision prise par M. X... était soumise à l'approbation d'un supérieur

hiérarchique au sein de la société SOERNI ; il aurait été très simple pour les dirigeants de la Société SOERNI de prendre leur téléphone ou d'envoyer une copie ou un e-mail à la Société ASB et de clarifier la situation ; il s'agissait après tout d'un aspect important d'une opération majeure dans laquelle la Société SOERNI était impliquée. Il est clair au vu des pièces produites que M. X... était en réalité le contact exclusif entre la Société ASB et la Société SOERNI" (§ 31 de la sentence) ; que l'arbitre unique a ensuite conclu que, si M. X... était, comme le prétend la Société SOERNI, un salarié inexpérimenté, ses employeurs ne l'ont pas supervisé correctement, l'employeur étant lié en droit français au titre d'un mandat tacite vis-à-vis des tiers par les actes d'un salarié qui agit raisonnablement bien qu'au-delà de son pouvoir (§ 35 de la sentence) et qu'il était également possible, au regard de la situation factuelle de l'espèce, de conclure à l'existence en droit anglais d'un pouvoir apparent ou ostensible (§ 38 de la sentence) ; que l'arbitre unique a ensuite déduit des circonstances de l'affaire que les dirigeants de la Société SOERNI avaient eu connaissance de la lettre d'exonération de responsabilité dès le 3 décembre 2004, mais qu'ils n'ont à aucun moment désavoué M. X..., se considérant tout au contraire liés par son acte puisqu'ayant connaissance de la lettre d'exonération de responsabilité, ils lui ont demandé un devis pour le coût d'une assurance complémentaire, ce dont l'arbitre conclut que l'attitude de la Société SOERNI équivalait à une ratification tacite (§ 47 à 49 de la sentence) ; que le principe de capacité, selon lequel il est impossible de refuser l'accord d'arbitrer auquel on a consenti repose sur la bonne foi, singulièrement absente de l'attitude de la Société SOERNI et de ses dirigeants et s'inscrit dans le contexte du principe de validité de la clause d'arbitrage qui a pour fondement la commune volonté des parties ; que précisément en la cause, la volonté d'arbitrer de la société SOERNI résulte de sa connaissance de l'existence d'une référence claire à la convention d'arbitrage dans la lettre d'exonération de responsabilité dont les mentions ont été rappelées plus haut, connaissance qui fait à son tour

présumer de son acceptation, la présence d'une clause d'arbitrage dans un connaissance étant par ailleurs un usage largement répandu pour ce type de contrat qui n'est pas étranger aux activités de la société SOERNI ; que le premier moyen, infondé, est rejeté ; Sur la contrariété de l'exécution de la sentence à l'ordre public international (article 1502-5° du Code de procédure civile) : la Société SOERNI affirme maintenant que la production au cours de la procédure d'arbitrage d'un connaissance contenant le clause compromissoire à la place du connaissance réellement émis qui ne comportait pas de clause d'arbitrage ainsi que d'une attestation prétendument signée par son employé à PARIS alors qu'il se trouvait en NOUVELLE-ZELANDE constitue une fraude procédurale qui mène à la violation de l'ordre public international ; que la Société SOERNI tente maintenant de draper les insuffisances de sa défense dans la violation de l'ordre public international, dont elle ne rapporte nullement la preuve étant observé en passant que l'arbitre unique a d'ailleurs écarté des débats la déposition attribuée à Monsieur X... visée par la requérante en raison de l'incertitude sur l'identité du déposant, qu'en l'absence de toute fraude procédurale démontrée, le second moyen est également rejeté avec le recours »

ALORS QUE 1°) la loi applicable à la question du pouvoir de représentation de la société est la loi de la société ; que la Société SOERNI est une société de droit français ; que pour dire qu'il y avait accord de la Société SOERNI à la clause compromissoire à laquelle il était fait référence dans la « Hold Harmless Letter » signée par Monsieur X..., employé subalterne de la Société SOERNI, la Cour d'appel a retenu que Monsieur X... avait le pouvoir de représenter la Société SOERNI si bien que la « Hold Harmless Letter » était opposable à ladite société, en vertu d'un « Principe de capacité », sans rechercher si en application du droit français Monsieur X... avait bien un tel pouvoir ; ce faisant la Cour d'appel a violé l'article 1502-1°) du Code de procédure civile et l'article L. 225-35

ALORS QUE 2°) quand bien même il existerait un tel principe de capacité en droit international de l'arbitrage, ce principe est limité par l'obligation qui est faite au cocontractant de démontrer qu'il a pu, sans faute, légitimement croire en l'existence du pouvoir de représentation du signataire de l'acte ; qu'en disant que Monsieur X... avait un tel pouvoir aux seuls motifs que la Société ASB avait été en contact avec Monsieur X... seul, que celui-ci, employé subalterne et inexpérimenté, n'avait pas été correctement supervisé par ses employeurs et qu'après la signature de l'acte, les représentants légitimes de la société se seraient sentis liés et n'auraient pas informé la Société ASB de l'absence de pouvoir de Monsieur X..., la Cour d'appel a manqué de base légale au regard des principes de validité et de capacité du droit international de l'arbitrage, ensemble l'article 1502-1°) du Code de procédure civile et l'article L. 225-35 du Code de commerce

ALORS QUE 3°) en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient et à défaut de mention dans le document principal, n'est opposable au cocontractant que si ce cocontractant a pu avoir connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et en a accepté l'incorporation; que pour dire qu'il y avait accord de la Société SOERNI à la clause compromissoire à laquelle il était fait référence dans la « Hold Harmless Letter » signée par Monsieur X..., employé subalterne de la Société SOERNI, la Cour d'appel a retenu que mention du connaissance CLS était faite dans cette lettre alors que le contrat de transport signé par la Société SOERNI faisait mention d'un connaissance différent ne mentionnant pas ladite clause et que ledit connaissance CLS n'a pas été transmis à la Société SOERNI avant la conclusion du contrat de transport, la Cour d'appel a manqué de base légale au regard du

principe de validité de la clause compromissoire ensemble l'article 1502-1°) du Code de procédure civile

ALORS QUE 4°) l'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale est ouvert si cette reconnaissance ou exécution est contraire à l'ordre public international ; qu'il était fait valoir par la Société SOERNI dans ses conclusions que le connaissement (CLS) sur lequel s'appuyait la Société ASB pour prétendre à l'application de la clause d'arbitrage n'était pas celui qui avait été remis au mandataire de la Société SOERNI, le chantier naval SDV (Groupe BOLLORE) - connaissement Conlinebill (Liner Bill of Lading) - par la Société ASB (v. conclusions signifiées le 25 mars 2008 p. 8 et 9 et p. 14) ; que la preuve était rapportée de ce dernier connaissement par sa production par la Société SOERNI ainsi que de la lettre du mandataire de la Société SOERNI du 3 janvier 2005 accompagnant ledit connaissement (pièces 38 à 40 des productions en appel) ; que le production par la Société ASB d'un connaissement autre que celui réellement remis par le transporteur au mandataire de la Société SOERNI pour arguer d'une clause compromissoire est en soi contraire à l'ordre public international ; que la Société SOERNI a ainsi remis les seuls éléments de preuve en sa possession dès lors que sa demande de sursis à statuer a été rejetée ; qu'en rejetant la demande de la Société SOERNI au seul motif que cette société « tenterait de draper les insuffisances de sa défense dans la violation de l'ordre public international, dont elle ne rapporte nullement la preuve » sans rechercher si la production par la Société ASB d'un connaissement non effectivement remis à son cocontractant n'était pas en soi contraire à l'ordre public international, la Cour d'appel a manqué de base légale au regard de l'article 1502-5°) du Code de procédure civile.

Publication: Bulletin 2009, I, n° 165

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris , du 15 mai 2008

- Cour d'appel de Paris, 15 mai 2008, 06/22308

Titrages et résumés :

PROCEDURE CIVILE - Droits de la défense - Principe de la contradiction
- Violation - Défaut - Cas - Application immédiate d'une loi de procédure -
Condition

Ne viole pas le principe de la contradiction une cour d'appel qui se fonde sur l'article 4, alinéa 3, du code de procédure pénale dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2007, immédiatement applicable aux instances en cours, pour rejeter une demande de sursis à statuer dès lors que les parties, dans leurs écritures postérieures à l'entrée en vigueur de cette loi, avaient conclu de manière générale sur le sursis à statuer sans revendiquer l'application de ses anciennes dispositions

LOIS ET REGLEMENTS - Applications dans le temps - Loi de forme ou de procédure - Application immédiate – Portée

ARBITRAGE - Arbitrage international - Convention d'arbitrage - Principe de validité - Portée

L'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en oeuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société.

Par suite, c'est à bon droit qu'une cour d'appel décide qu'une société est engagée par une clause compromissaire dès lors qu'elle a laissé un de ses employés négocier seul un contrat de transport et signer une lettre d'exonération de responsabilité faisant référence à une convention d'arbitrage, sans mettre en garde le cocontractant sur un éventuel défaut de pouvoir de ce salarié et a tacitement ratifié l'opération en demandant un devis pour une assurance complémentaire

Anexo 3: Caso Dow Chemical v. Isover Saint Gobain

ICC Award No. 4131, YCA 1984, at 131 et seq. (also published in: Clunet 1983, at 899 et seq.)

Excerpts from this document are included in TransLex by kind permission of the ICCA.

Interim Award of September 23, 1982 in No. 4131
Note General Editor
FACTSEXTRACT"II. On the Objection to Jurisdiction"
C. The Termination of the Contracts"
D. The Group of Companies

Interim Award of September 23, 1982 in No. 4131

(ORIGINAL IN FRENCH)

Arbitrators: Prof. Pieter Sanders (Pres.), Prof. Berthold Goldman, Prof. Michel Vasseur

Parties: Claimants: 1. Dow Chemical France (France)

2. The Dow Chemical Company (USA)

3. Dow Chemical A.G. (Swiss)

4. Dow Chemical Europe (Swiss)

Defendant: ISOVER SAINT GOBAIN (France)

Published in: 110 Journal du droit international (Clunet) 1983, pp. 899-905, with note Y. Derains, pp. 905-907.

Subject matters: - group of companies

- is arbitration clause in a contract binding upon other companies of the group which did not sign

the contract but participated in its formation, performance and termination?

- competence of arbitrators to decide upon their jurisdiction

- law applicable to the arbitration agreement

Note General Editor

This interim award was the subject of an action for setting aside (recours en annulation) under Article 1502 of the French CCP instituted by the Defendant. The

Court of Appeal in Paris rejected the plea of lack of jurisdiction of the arbitrators by its judgment of October 21, 1983. The Court considered inter alia:

"The arbitrators for good reasons have observed that the law applicable to determine the scope and effects of an arbitral clause providing for international arbitration does not necessarily coincide with the law applicable to the merits of the dispute" (see Extract of Award under I).

"Following an autonomous interpretation of the agreement and the documents exchanged at the time of their negotiation and termination, the arbitrators have, for pertinent and non-contradicted reasons, decided, in accordance with the intention common to all companies involved, that DOW CHEMICAL FRANCE and DOW CHEMICAL COMPANY have been parties to these agreements although they did not actually sign them and that therefore the arbitration clause was applicable to them as well;

"The arbitrators have also, subsidiarily, referred to the notice of 'group of companies', the existence of which according to the customs of the international trade has not been seriously contested by the defendant;

"The arbitrators thus have justified their competence and the objection that they have decided in the absence of an arbitration agreement is, therefore, like the previous one (not reported here) without foundation."

FACTS

In 1965, DOW CHEMICAL (Venezuela) entered into a contract with the French Company Boussois-Isolation, whose rights and obligations were subsequently assigned to ISOVER SAINT GOBAIN, for the distribution in France of thermal isolation equipment. DOW CHEMICAL (Venezuela) itself subsequently assigned the contract to DOW CHEMICAL A.G. (Claimant no. 3), a subsidiary of DOW CHEMICAL COMPANY (Claimant no. 1).

In 1968, a second distribution agreement was entered into by DOW CHEMICAL EUROPE (Claimant no. 4), a subsidiary of DOW CHEMICAL A.G., with three other companies (including Boussois-Isolation) whose

rights and obligations were later assigned to ISOVER SAINT GOBAIN (Defendant) for the distribution of essentially the same products in France.

Both the 1965 and the 1968 agreements, which contained ICC arbitration clauses, provided that deliveries could be made by DOW CHEMICAL FRANCE or any other subsidiary of the DOW CHEMICAL COMPANY. DOW CHEMICAL FRANCE did in fact effectuate the deliveries contemplated in the contracts.

Several actions (not described in the interim award) were brought before French courts against companies of the DOW CHEMICAL Group relating to difficulties in connection with one of the products ("Roofmate").

On the basis of the arbitration clause contained in the contracts with DOW CHEMICAL A.G. and DOW CHEMICAL EUROPE (Claimants no. 3 and 4) the Claimants instituted arbitral proceedings against Defendant alleging that Defendant alone was liable for damages resulting from the use of Roofmate in France.

Defendant raised two preliminary objections, formulated as follows in the Terms of Reference signed by the parties. (1)

Does the arbitral tribunal have competence to render an award between DOW CHEMICAL FRANCE and DOW CHEMICAL COMPANY on the one hand and ISOVER SAINT GOBAIN on the other?

(2)

In case the arbitral tribunal has no jurisdiction in respect of DOW CHEMICAL FRANCE and DOW CHEMICAL COMPANY (the first two Claimants), should it then not reject the claim of DOW CHEMICAL A.G. and DOW CHEMICAL EUROPE (the Claimants under 3 and 4) for

reasons of lack of direct interest in the cause of action? (In French: à raison de ce qu'elles invoquent un préjudice qui ne serait qu'éventuel?)

It was decided at a preparatory hearing that the arbitral tribunal would first of all render an interim award on these two questions.

EXTRACT

"C. The Termination of the Contracts

. . . ."That it thus appears, as was the case with respect to the conclusion and performance of the distribution agreements, that DOW CHEMICAL FRANCE played an essential role in the termination of the 1968 contract, which had been substituted for the 1965 contract; that all of these factors permit the conclusion that DOW CHEMICAL FRANCE was a party to each of these contracts and, consequently, to the arbitration clauses they contained;

"That the same conclusion should be reached with respect to DOW CHEMICAL COMPANY (USA) by reason of its ownership of the trademarks under which the products were marketed, and its absolute control over those of its subsidiaries that were directly involved, or could under the contracts have become involved in the conclusion, performance, or termination of the litigious distribution agreements.

"Considering that the Defendant adopted the same position in its brief of 1 July 1980 before the Court of Appeal of Paris, in support of its motion for the compulsory joinder of inter alia DOW CHEMICAL COMPANY (USA)

"That the Defendant there in fact wrote as follows:

'Whereas DOW CHEMICAL COMPANY, owner of the patents and organizer of the manufacturing and distribution of Roofmate, decided and conceived the modalities of the manufacturing and distribution of said product, thus engaging its direct liability.' (Translated from French — Gen. Ed.)

"Considering that in the circumstances of this case, the application of the arbitration clauses to DOW CHEMICAL COMPANY (USA) may also be justified, as we shall now show, by the fact that the contracts containing these clauses concern, in the context of a group of companies, a parent company and certain of its subsidiaries. The same fact could justify, if necessary, the application of the arbitration clause to DOW CHEMICAL FRANCE.

"D. The Group of Companies

"Considering that it is indisputable — and in fact not disputed — that DOW CHEMICAL COMPANY (USA) has and exercises absolute control over its subsidiaries having either signed the relevant contracts or, like DOW CHEMICAL FRANCE, effectively and individually participated in their conclusion, their performance, and their termination;

"Considering that irrespective of the distinct juridical identity of each of its members, a group of companies constitutes one and the same economic reality (*une réalité économique unique*) of which the arbitral tribunal should take account when it rules on its own jurisdiction subject to Article 13 (1955 version) or Article 8 (1975 version) of the ICC Rules .

"Considering, in particular, that the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise.

"Considering that ICC arbitral tribunals have already pronounced themselves to this effect (see the awards in Case No. 2375 of 1975, *Journal du droit international* 1976.973 ; and in Case No. 1434 of 1975, *id* at 978). The decisions of these tribunals progressively create caselaw which should be taken into account, because it draws conclusions from economic reality and conforms to the needs of international commerce, to which rules specific to international arbitration, themselves successively elaborated should respond.

"Considering that it is true that in another award (Case No. 2138 of 1974, *Journal du droit international* 1975.934) the arbitral tribunal refused to extend an arbitration clause signed by one company to another company of the same group. However, in so doing it based itself on the factor 'that it was not established that Company X' (which the tribunal had determined was neither a signatory nor a party to the contract) 'would have accepted the arbitration clause if it had signed the contract directly.'

"Considering that in the absence of such a showing, the tribunal did not allow application of the arbitration clause; but that in the present case, the circum-

stances and the documents analyzed above show that such application conforms to the mutual intent of the parties.

"That it is not without interest to recall that an American arbitral tribunal recently reached a similar result, referring to U.S. national court decisions and observing that 'it is neither sensible nor practical to exclude (from the arbitral jurisdiction) the claims of companies who have an interest in the venture and who are members of the same corporate family.' (Society of Maritime Arbitrators, Inc., New York, Partial Final Award No. 1510, 28 November 1980, VII Yearbook Commercial Arbitration, American Awards, p. 151 (1982).)

"Considering finally that in a matter directly connected with the issues litigated in the present arbitration, the Court of Appeal of Paris on 5 February 1982 held that it lacked jurisdiction to hear ISOVER SAINT GOBAIN's motion for the compulsory joinder of not only DOW CHEMICAL EUROPE (which signed the 1968 distribution contract), but also DOW CHEMICAL COMPANY (USA) and '(referred) ISOVER SAINT GOBAIN to the proper jurisdiction of the arbitral tribunal of the ICC in Paris.' In order to justify this decision, the Court of Appeal stated 'that ISOVER SAINT GOBAIN cannot dispute the fact that the litigation is pending and that its claims against DOW COMPANY and DOW EUROPE in their relations inter se flow directly from the two contracts (of 1965 and 1968);

"It is true that by the same decision the Court reached a decision on the merits as regards DOW CHEMICAL FRANCE. However, in that case, the said company had been sued on the grounds of quasitortious liability, and did not invoke the arbitration clauses and did not contest jurisdiction.

"In conclusion it is appropriate for the tribunal to assume jurisdiction over the claim brought not only by DOW CHEMICAL AG (Zürich) and DOW CHEMICAL EUROPE, but also by DOW CHEMICAL COMPANY (USA) and DOW CHEMICAL FRANCE.

"In so doing, the tribunal contradicts no principle nor any rule of international 'public policy' in particular, that of the French legal system. The latter is not based on any principle, nor does it contain any rule of such a stature, that would prohibit giving to an arbitration clause implicating companies that are legally distinct but form part of a group of companies, the scope attributed to it by the present award. To the contrary, by taking into account, in reaching this result, the needs of international commerce to which the rules of international arbitration should be responsive, the tribunal follows the example of French caselaw to which express reference was made in the report to the Prime Minister explaining the purposes of the Decree of May 12, 1981.¹

[...]

¹ See W. L. Craig, W. W. Park, and J. Paulsson, "French Codification of a Legal Framework for International Commercial Arbitration: The Decree of May 12, 1981", in *Yearbook Commercial Arbitration* Vol. VII (1982) at p. 412.

Referring Principles

Trans-Lex Principle: II.2 - Agent acting on behalf of group of companies

Trans-Lex Principle: X.2 - Piercing the corporate veil

Anexo 4. Laudos (Park, 2014)

Laudos sobre consentimiento

1. Caso de la CCI No. 1434

Contratos relacionados fueron hechos con poca o ninguna formalidad, tal que varios acuerdos podían ser considerados parte y parcela de la misma obligación. Por último el laudo fue anulado por el *Tribunal fédéral* suizo.

2. Caso de la CCI No. 4131 (*Dow Chemical*)

Adhesión de un no signatario que consintió al arbitraje.

3. Caso de la CCI No. 4504

El tribunal se rehusó a extender la cláusula arbitral a demandados no signatarios y expresó escepticismo con respecto a la doctrina del grupo de empresas en general. Hubo una conclusión que las menciones del no signatario de “nuestra empresa” y “nuestro acuerdo” eran irrelevantes, dado que la referencia estaba claramente a favor de la entidad signataria.

4. Caso de la CCI No. 6519

Un vehículo de holding con propósito particular fue creado únicamente para un *joint venture* Anglo-Francés en la industria del entretenimiento. El tribunal rechazó una solicitud de adhesión de dos empresas demandantes del grupo del signatario inglés. Sin embargo, el Tribunal permitió la adhesión para el *vehículo de holding* mismo, con el fundamento de que había participado en las negociaciones que conllevaron al acuerdo y que estaba en el corazón de estas negociaciones (“*au coeur de toutes ces négociations*”).

5. Caso de la CCI No. 6610

El tribunal no encontró evidencia de una intención de adherir otras partes al contrato bajo una teoría de “grupo de empresas” invocada en un

arbitraje de la CCI con sede en Hong Kong que surgió de la construcción de un hotel en Indonesia.

6. Caso de la CCI No. 7155

Este caso involucraba la no extensión de la cláusula arbitral porque ninguno de los dos signatarios era parte relevante del grupo corporativo en el momento en que el contrato fue celebrado.

7. Caso de la CCI No. 7604 and 7610

Un no signatario demandado aceptó, en una acción de corte nacional, que estaba obligado por el acuerdo arbitral.

8. Caso de la CCI No. 8910

Múltiples contratos (de acuerdo y distribución) fueron considerados como constituyentes de un ensamble contractual único.

9. Caso de la CCI No. 10758

El Tribunal no encontró evidencia de consentimiento a arbitrar simplemente porque el no signatario participó en la negociación contractual, haciendo notar que “si el demandante hubiese querido [el no signatario] que sea parte del Contrato o su cláusula arbitral lo hubiera insistido en ese entonces.”

10. Caso de la CCI No. 11160

No signatarios jugaron un rol crítico en el momento en que el contrato fue celebrado. El signatario relacionado fue formado solamente para la finalidad específica de calificar para una excepción del impuesto al valor agregado.

Laudos sobre personalidad jurídica

1. Caso de la CCI No. 3879 (*Westland Helicopters*) [90]

Los árbitros llegaron, por medio de una organización legalmente transparente, a tomar competencia sobre los países árabes que habían creado la organización paraguas del grupo, y concluyeron que carecía de personalidad jurídica.

2. Caso de la CCI No. 5730 (*Orr*)

Un magnate naviero griego fue encontrado culpable de haber participado de tergiversación intencional al organizar sus actividades personales bajo el disfraz de varias entidades con nombres cercanamente relacionados, muchos bajo nombres de barcos. La tergiversación fue establecida en cortes griegas nacionales y el no signatario fue mencionado en el contrato principal.

4. Caso de la CCI No. 7626

Basado en derecho de la India, la decisión incorporaba, comprensiblemente, una línea de casos ingleses como *Salamon v. Salamon and Adams v. Cape* para afirmar personalidades legales separadas de una subsidiaria de la compañía australiana y de su corporación matriz que participaban en un *inchoate joint venture* para establecer una planta química en India.

5. Caso de la CCI No. 8385

Decisión de levantar el velo corporativo de una subsidiaria insolvente frente a una “conducta ilegítimada” (fraude) por el subsidiario ante la instigación de la compañía matriz.

6. 1991 Swiss *Ad Hoc* Case

Los árbitros encontraron insuficiente capitalización de la compañía y una liquidación ilegal. Los árbitros establecieron que la condición básica para el levantamiento del velo debe ser un “abuso de derecho” (*abus de droit*).

C. Laudos con razonamiento híbrido

1. Caso de la CCI No. 6673

El tribunal denegó la extensión de la cláusula arbitral, estableciendo que la propiedad de una licencia de *know-how* no era suficiente para justificar la adhesión.

2. Caso de la CCI No. 8163

Aplicando derecho alemán, el tribunal se rehusó a extender la cláusula arbitral en contra del propietario de compañías de consultoría que se habían retirado de un contrato poco después de haber sido compradas por el demandado. El tribunal se negó a extender la cláusula arbitral a los compradores, indicando que la adhesión solo sería permitida en el caso de “abuso de derecho” a raíz de la insolvencia o del uso de la compañía como una farsa. Además, el tribunal se rehusó a considerar los dos acuerdos (contrato de compra y contrato de consultoría) como una única “unidad económica”.

3. Caso de la CCI No. 9762

El Tribunal se rehusó a extender la cláusula arbitral de adherir un fondo estatal para el desarrollo agrícola por razón de un contrato concluido por el ministerio de agricultura

4. Caso de la CCI No. 9839

La filial americana de una firma de fusiones y adquisiciones (todos llevando el nombre del grupo) tenía el derecho de compartir de una “comisión de éxito” asociada con una adquisición. La filial española no estaba permitida a entrar como parte del arbitraje bajo la cláusula contenida en el acuerdo con la filial estadounidense. La cooperación en el proyecto de adquisición no establecía una intención de permitir la adhesión del no signatario.

5. Caso de la CCI No. 10818

Extensión de la cláusula arbitral fue denegada tanto por derecho suizo como por derecho portugués en un caso que surgió de un contrato en el que de acuerdo al demandante lo convertiría en el distribuidor exclusivo de las dos compañías del mismo grupo. Solo la primera era signataria del contrato pero el demandante alegó que la segunda estaba obligada, por haber asumido la ejecución de este. Distinguiendo Dow Chemical, el Tribunal falló que las dos compañías no se habían comportado de una manera intercambiable. El involucramiento de la segunda compañía en la ejecución se consideró insuficiente para permitir la adhesión.