

La extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias



MARIO CASTILLO FREYRE

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

RITA SABROSO MINAYA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesora de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima.

LAURA CASTRO ZAPATA

Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.
Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima.
Estudios de Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

JHOEL CHIPANA CATALÁN

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Estudios de Maestría en la Escuela de Posgrado de la Universidad Mayor de San Martín de Porres.
Profesor de Derecho de las Obligaciones y Contratos en la Universidad de San Martín de Porres.

AUTORES NACIONALES



SUMARIO:

- I. Generalidades.**
- II. La experiencia internacional.**
- III. El ambiguo contenido del artículo 14 de la Ley de Arbitraje.**
- IV. Presupuestos que se deberán cumplir para aplicar el contenido del artículo 14 de la ley.**
- V. Algunos supuestos de aplicación del artículo 14 de la ley.**
- VI. Comentarios finales.**

ADVOCATUS | 35

RESUMEN:

El presente artículo realiza un profundo análisis en torno al artículo 14 de la Ley de Arbitraje nacional, norma que permite la inclusión en el convenio arbitral de un tercero no signatario. Tal como se concluye, de este modo se permite que en un proceso arbitral se dilucide toda controversia y que no existan litigios paralelos en el fuero ordinario y arbitral. Frente a ello, es importante tener en cuenta determinados principios y analizar caso por caso la problemática teniendo en cuenta que esta situación es la excepción de una excepción.

Palabras clave: Convenio arbitral, Tercero, Parte no signataria, Ley de Arbitraje Nacional, Jurisdicción.

ABSTRACT:

The present article analyzes the scope of Article 14 of the National Arbitration Law, an article that allows the inclusion of a non-signatory third party in the Arbitration Agreement. As the authors conclude, this is a way to ensure in an arbitration process that all controversies are resolved and there is no parallel litigation in the ordinary jurisdiction. Furthermore, it is important to take into account certain principles and analyze the problem case-by-case considering that this situation is the exception of an exception.

Keywords: Arbitration Agreement, Third Party, Non Signatory Party, National Arbitration Law, Jurisdiction.

I. GENERALIDADES

La hasta ahora eterna discusión respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje —referida a si ella es de carácter jurisdiccional, contractual o mixta— ha servido para abordar la problemática que engloba el contenido del artículo 14 del Decreto Legislativo 1071 —en adelante, “la Ley de Arbitraje”—. Sin embargo, y en aras de un análisis lógico, coherente y, sobre todo, concordante con la Ley y la Constitución de nuestro país, al problema de la diversidad de interpretaciones que se esbozan sobre el particular, comenzaremos señalando que nuestro estudio no tomará de manera categórica como premisa de interpretación una u otra teoría sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, debido a que cada caso en particular merece un análisis

distinto, y es que cada característica, por más pequeña que sea, podrá dirigirnos a una solución abiertamente distinta que la asumida por un tribunal arbitral en un caso arbitral que sea “similar”. Empero, dejamos claro que la teoría mixta¹ nos otorgará, en muchísimos casos, una respuesta que será difícilmente rebatida.

Así, en primer término debemos considerar que tradicionalmente se ha entendido que el convenio arbitral solamente afecta a quienes han intervenido en su celebración. De hecho, la Corte Suprema de Justicia de la República sostuvo —cuando estuvo en vigencia la anterior Ley de Arbitraje—, interpretando y aplicando específicamente su artículo 9², que no era posible extender los alcances del convenio arbitral a quien no lo había suscrito³.

1. En una investigación anterior, uno de los autores del presente trabajo abordaba el particular, señalando que la teoría realista (conocida por la doctrina como la teoría mixta) sobre la naturaleza jurídica del arbitraje era la más acertada para explicar este tema. CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. Arbitraje. *El Juicio Privado: la verdadera reforma de la Justicia*. Vol. I. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2006, pp. 33 y ss.

2. La Ley General de Arbitraje, Ley 26572, establecía, en su artículo 9, lo siguiente:

Artículo 9.- «Definición de convenio arbitral

“El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral. [...]”. (El subrayado es nuestro).

3. Casación N° 2435-97, de fecha 6 de noviembre de 1998.

En adición a esta postura, resulta pertinente tener en cuenta lo establecido por el artículo 1363 del Código Civil, el cual establece que “Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan (celebran) y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles”.

Sin embargo, la enorme casuística desarrollada a nivel internacional y la doctrina⁴ que la ha analizado, pese a que su opinión en este tema no ha tenido una aceptación pacífica, ha señalado que se permite la incorporación de partes no signatarias, es decir, de alguien que es parte del convenio pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo la luz del principio de buena fe⁵.

Somos de la opinión de que en el ánimo de favorecer el arbitraje y la comprensión en éste de quienes tuviesen ciertos intereses relacionados a las partes que hubiesen celebrado el convenio arbitral, la Ley de Arbitraje vigente incurre en una inconsistencia normativa, conforme será expuesto más adelante. Ello, sin perjuicio de citar la postura de la doctrina extranjera, así como la opinión de quienes están de acuerdo con su contenido y alcances.

II. LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

La jurisprudencia estadounidense tiene en el caso Thompson a su figura más emblemática en lo que respecta a este tema. Caivano⁶ sintetiza los supuestos, según esta sentencia, en los que los

efectos de un convenio arbitral pueden alcanzar a un tercero que no lo suscribió. Así, tenemos:

- a) *Incorporación por referencia.*- Este criterio tiene, en muchas legislaciones de arbitraje, expresa recepción normativa. Así, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de Uncitral, luego de disponer que el acuerdo arbitral debe constar por escrito, aclara que se entenderá que este requisito se cumple no sólo cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de comunicaciones y, particularmente, que:

“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”. (Artículo 7 inciso 2)

En la jurisprudencia estadounidense, se ha interpretado que ello sucede cuando la parte no-signataria del acuerdo arbitral celebró con una de las partes un contrato diferente, mediante el cual “asumió todas las obligaciones y privilegios que nacen de aquél”; y que si la cláusula arbitral está expresamente incorporada a un conocimiento de embarque, los no-signatarios que están relacionados a este último documento por los principios generales pueden ser obligados por aquélla.

- b) *El asentimiento tácito.*- Por aplicación de este principio, se resolvió que correspondía extender la cláusula a un no-firmante si de su conducta puede inferirse una aceptación tácita de sus efectos. Por ejemplo, si su comportamiento traduce la clara intención

4. Como, por ejemplo, REGGIARDO SAAVEDRA, Mario y TORD VELASCO, Álvaro. “Los alcances subjetivos del laudo arbitral”. En *Ius et Veritas* N° 40, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 2010, p. 301.

5. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Extensión del convenio arbitral”. En: AA.VV. En Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Tomo I. Lima: IPA, 2011, p. 202.

6. CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. En: Lima Arbitration, 2006, N.º 1, pp. 129 y ss.

de arbitrar la disputa, participando voluntariamente en el proceso sin manifestar —ni antes ni durante el mismo— objeción alguna ni rechazar el arbitraje.

- c) *La relación de "agencia"*.- La teoría de la "agencia", en su más amplio sentido, incluye cualquier relación por la cual una persona actúa como representante de otra.
- d) *La "penetración del velo societario"*.- También la teoría de la penetración de la personalidad societaria ha sido utilizada, bajo ciertas hipótesis, para extender los efectos del acuerdo arbitral a un no firmante, cuando éste es, en realidad, el *alter ego* de la parte firmante, dándose así preeminencia a la realidad económica subyacente.

Algunos tribunales federales de los Estados Unidos de América utilizan cuatro factores para determinar cuándo puede penetrarse 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.

- e) *El estoppel*.- En otros casos, se aplicó la doctrina del *estoppel*, en consideración de la previa conducta de la parte que resiste el arbitraje, por ejemplo, para rechazar acciones judiciales tendientes a evitar ser llevado a arbitraje, promovidas por quien ha "explotado conscientemente el contrato" y "aceptado sus beneficios". La Corte razonó que, quien actuó de ese modo, no puede luego pretender que no está ligado a ese contrato.

- f) *La "interrelación"*.- Por aplicación de esta teoría se obligó a una compañía a ventilar en sede arbitral sus reclamos contra la controlante de quienes fueran sus cocontratantes, al comprobarse que las controversias con la casa matriz y las que mantenía con sus subsidiarias estaban basadas en los mismos hechos y eran esencialmente inseparables.

De Trazegnies⁷, respecto a la práctica internacional, ha señalado que los juristas que se adhieren a la *lex mercatoria* (idiosincrasia, usos y costumbres del mercado) han estado entre los más entusiastas para introducir en el arbitraje a no signatarios en aras de la buena fe comercial, que es la base de la seguridad recíproca y, consecuentemente, del desarrollo del mercado y de los negocios. Obviamente, su acercamiento a esta tesis no deja de ser cauteloso y por ello exigen tres condiciones: (i) que las empresas no signatarias hayan estado involucradas en la operación económica; (ii) esas empresas, aunque no hayan sido signatarias, sean partes efectivas del negocio y, por tanto, estén vinculadas directamente al tema controvertido; y, (iii) esas empresas no signatarias hayan obtenido utilidades o ventajas con el negocio en discusión.

III. EL AMBIGUO CONTENIDO DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY DE ARBITRAJE

El artículo 14 de la Ley de Arbitraje, establece lo siguiente:

"Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

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

7. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "El rasgado del velo societario dentro del arbitraje". En: *Ius et Veritas* N° 29, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 2000, p. 18.

pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

Este precepto no posee concordancia ni antecedente dentro de la normativa nacional ni extranjera. Desde el punto de vista legislativo, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje es una novedad⁸.

Como bien señala Fernando de Trazegnies⁹:

“(…) los términos de sometimiento de una controversia a un juez y a un tribunal arbitral son bastante diferentes. Mientras que el juez en tanto que ejerce una función jurisdiccional pública 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 (...) incluir dentro del arbitraje a quienes no otorgaron el convenio arbitral”.

Es evidente que las consecuencias de implicar en un proceso judicial a un tercero son visiblemente distintas que aquellas que podrían presentarse si se implica a un tercero en un proceso arbitral. En este análisis sólo haremos referencia a este segundo supuesto, pues abordar el primero excedería el propósito de esta obra.

Así, la primera parte del artículo 14 establece la extensión del convenio arbitral a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje 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.

Antes de iniciar el análisis del artículo 14, creemos pertinente reflexionar en torno al concepto de “parte”.

Sobre este punto, De la Puente¹⁰ señala que el concepto de parte no es tan fácil de explicar. Ante una primera posición que identifica la noción de parte a la del sujeto del acto, surge la tendencia moderna de prescindir de los sujetos y referirse, más bien, a lo que se denomina centro de interés. En tal sentido, la parte es el centro en el cual recaen los intereses que se busca satisfacer mediante la celebración del contrato. Según esta tendencia moderna, si bien generalmente coinciden el concepto de sujeto y el concepto de parte, porque en la gran mayoría de los contratos cada parte está formada por un solo sujeto –el vendedor es una persona y el comprador es otra–, no se descarta la posibilidad de que una parte esté constituida por dos o más sujetos que tengan un mismo interés –la parte vendedora es un conjunto de condóminos o lo es la parte compradora– y, en tal caso, la parte contractual –quien vende o quien compra– es el centro de interés que agrupa a los sujetos.

Ahora bien, iniciamos nuestro análisis preguntándonos si cuando la Ley habla de “aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje”, ¿tales sujetos deben ser vistos –en realidad– como personas que no se han sometido al arbitraje?

La pregunta es válida, ya que en materia contractual, y dentro de la sana doctrina de contratos, o hay consentimiento o no hay consentimiento. No existen puntos medios ni aguas tibias.

Como ya se dijo, el artículo 1351 del Código Civil define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Si hay consentimiento, la parte ha celebrado el contrato; entonces, en el caso que nos convoca, si hay consentimiento sobre el convenio arbitral, pues, entonces, la parte habría celebrado el convenio arbitral.

8. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. Cit.*, Tomo I, p. 201.

9. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. Cit.*, p. 16.

10. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Segunda Edición. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 56.

Por el contrario, si no hay consentimiento, se considerará que esa parte no integra dicho convenio arbitral.

Entonces, ¿qué situaciones podrían hacer entender que una parte, de acuerdo a la buena fe, habría dado su consentimiento?

Particularmente no creemos en la frase “habría dado”. Nosotros creemos en el hecho de que el consentimiento, simplemente, o se dio o no se dio.

De Trazegnies¹¹ señala que, por su origen y 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. El artículo 1363 del Código Civil establece que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan –celebran– y sus herederos. En consecuencia, en tanto que contrato, que se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar, sea por suscripción o por adhesión.

Lo señalado hasta aquí tiene que ser entendido como una premisa general, básica y elemental a partir de la cual se deba iniciar cualquier razonamiento que pretenda incluir a un tercero no signatario en un convenio arbitral.

Resulta claro que someter el tema de un presunto consentimiento –que es lo que concibe el artículo 14 de la Ley–, a las reglas de la buena fe implica abrir una Caja de Pandora.

Supongamos la existencia de dos empresas de un mismo grupo económico en donde sólo una de ellas negocia y celebra un contrato. Cabe aquí preguntarse si, ¿debería entenderse comprendida a la otra empresa en el convenio arbitral? Es obvio que no. Y ello es así, porque sencillamente esa otra empresa que no suscribió el

convenio arbitral no es que no haya negociado de buena fe; simplemente esta empresa nunca negoció el contrato, y si no lo negoció, no lo celebró, y si no lo celebró no debería ser parte en la controversia arbitral; y si no es parte en la controversia arbitral, mal se haría en convocarla para que participe en ella como –sería lo más probable– litis consorte.

Todo ello, claro está, no tiene nada que ver con el tema del levantamiento del velo societario, materia distinta y de la que no nos vamos a ocupar en estas páginas, pues de ella no trata el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Reiteramos nuestra posición en el sentido de que la redacción del artículo 14, al tener una fórmula abierta, permitiría que un caso como el descrito sea susceptible de tener otra interpretación, que sería a todas luces injusta y contraproducente con los principios de la administración de justicia en general y del arbitraje en particular.

Hay términos contenidos en el artículo bajo estudio cuyos alcances realmente son bastante dudosos. Así tenemos, por ejemplo, cuando se señala que la “participación haya sido activa y de manera determinante”.

Nosotros podemos haber tenido una participación muy activa con una de las partes que negoció durante largo tiempo un contrato. Las consecuencias de esa negociación llevaron a que el contrato se celebrara, pero no con nosotros, sino con un tercero. Entonces, si no se celebró con nosotros, no tenemos por qué formar parte –como efectivamente no formamos– del convenio arbitral; ergo, no formaremos parte de la controversia arbitral, porque no suscribimos ese convenio arbitral, ya que ni siquiera suscribimos el contrato. Entonces, a nosotros, en caso ocurra algún conflicto entre quienes sí celebraron el contrato que contiene el convenio arbitral, se nos tendría que demandar –desde todo punto de vista– ante el Poder Judicial y no ante un tribunal arbitral. Esto sería lo lógico.

11. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. Cit.*, p. 16.

La Ley también hace referencia a la necesidad de una "(...) participación activa y determinante en la (...) celebración (...) del contrato".

Queda claro que si una parte participa en la negociación del contrato, pero no en su celebración, debería quedar excluida del contrato y del convenio arbitral que eventualmente se hubiese celebrado.

En cambio, si alguien ha participado en la celebración del contrato, y ese contrato contiene un convenio arbitral, es evidente que esta parte podrá ser convocada en cualquier proceso arbitral, porque simplemente habrá celebrado tal convenio. Por lo demás, su participación se produciría en base al artículo 13 de la Ley y no en base al artículo 14, bajo comentario.

Ahora bien, si esta parte hubiese celebrado el contrato, pero no hubiera celebrado el convenio arbitral, creemos que no se le podría convocar al proceso arbitral, por la sencilla razón de que se deberá respetar el motivo por el que la parte habrá suscrito una relación contractual determinada, dejando de obligarse en otra –en este caso, la que contiene el convenio arbitral– que, a lo mejor, sí celebraron las otras partes que negociaron el contrato.

Además, sería absurdo que en el supuesto en que la parte celebró un contrato que no incluye el convenio arbitral, sino más bien un sometimiento a los tribunales ordinarios, se invoque el artículo 14 de la Ley, para involucrarla, precisamente, en un proceso arbitral. Eso sería un despropósito.

En estos casos, los tribunales arbitrales, naturalmente, si se dedujera la excepción de incompetencia, deberían declararla fundada desde todo punto de vista.

Por otra parte, el precepto bajo comentario señala que esta participación activa y de manera determinante también podría haber ocurrido en la ejecución del contrato.

El tema es algo más complejo, porque podríamos encontrarnos en presencia de un contrato

y de un convenio arbitral celebrado por dos partes en el que, sin embargo, en su etapa de ejecución no ha intervenido una de ellas y en sustitución a ella ha intervenido un tercero. También podría ocurrir que dicho tercero haya intervenido, además de las partes contratantes.

La pregunta que se tendría que formular aquí es si ese tercero podría ser convocado o atraído al arbitraje por el tribunal arbitral que conozca la controversia entre las partes que sí suscribieron el convenio arbitral y que sí suscribieron el contrato.

Creemos que, en principio, la respuesta debería ser negativa, porque en estos casos el convenio arbitral simplemente no ha sido celebrado por la parte que ha participado en la ejecución contractual.

No olvidemos que las normas generales del Derecho de Obligaciones permiten la ejecución –pago– por parte de un tercero. Los preceptos en materia de obligaciones y contratos facultan perfectamente a que el cumplimiento de las obligaciones pueda ser efectuado con el auxilio de terceros o simplemente por terceros.

Ese tercero no subcontratado debe ser ajeno al convenio arbitral.

Pero podríamos encontrarnos ante una relación entre ese tercero y una de las partes que lo ha subcontratado, a efectos de que intervenga en la ejecución del contrato, o con quien tenga una relación comercial en virtud de la cual procede a ejecutar dichas prestaciones contractuales.

Esta situación no tendría necesariamente que colocar a ese tercero dentro de un eventual proceso arbitral, pero admitimos que el tema es discutible.

De otro lado, la norma también alude a las partes que hayan tenido participación activa de manera determinante en la terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado.

En principio, la palabra "terminación" no guarda sintonía con los conceptos del Derecho de Con-

tratos. Este término puede darnos a entender el hecho de que se está terminando de ejecutar el contrato o, según sea el caso, que éste se está resolviendo. La norma no es clara en su redacción y es que cualquiera de las dos interpretaciones mencionadas podría ser la acertada.

Sin embargo, pese a este detalle, debemos preguntar si un tercero que no ha celebrado el contrato ni el convenio arbitral, que participara en la resolución del mismo, pasaría a formar parte del contrato que originalmente no firmó. Ello podría ser así porque si ha participado en la resolución del contrato, tal participación podría obedecer a que, de una u otra forma, tenía relación con el referido contrato.

Pese a esto, lo señalado tampoco debería ser tomado como una regla de oro, porque una persona podría participar en una resolución que sea trilateral, ya que en virtud de otras relaciones jurídicas distintas al contrato que contenía el convenio arbitral, este tercero podría haber adquirido derechos que tengan relación con las partes o haya asumido obligaciones con respecto a ellas a las que, precisamente, en virtud de dicha resolución quiera poner fin. Todo esto, en estricto apego a lo señalado por los artículos 1371 y 1372 del Código Civil¹².

Lo propio se podría decir de la eventual participación de un tercero en una transacción.

Por otra parte, y siguiendo con el análisis del contenido del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, también nos queda la duda en torno a qué otros

terceros podrían considerarse como partes susceptibles de ser atraídas o convocadas a un eventual proceso arbitral.

La norma es tan amplia que, sólo por citar un ejemplo recurriendo a un básico ejercicio mental, creemos que incluso permitiría pensar que los abogados que participaron en la negociación, o terceros que hayan participado en esa negociación asesorando a las partes como peritos o expertos, pudieran formar parte del convenio arbitral.

Esto, sin embargo, sería un contrasentido, en la medida de que en esos terceros nunca habría existido la voluntad de ser parte de contrato alguno, sino simplemente de asesorar a quienes negociaron, celebraron y, tal vez, posteriormente, ejecutaron dicha relación contractual.

Hasta aquí nuestras críticas al contenido y redacción de este artículo.

Pese a la opinión vertida, creemos que existen determinados supuestos en los que sí se podría incluir en el convenio arbitral a un tercero no signatario –es decir, otorgarle la condición de parte no signataria–, teniendo en cuenta determinados principios y analizando caso por caso la problemática. Afirmar abiertamente que es posible incluir a un tercero en un convenio arbitral resulta, así, la excepción de una excepción. Nunca deberá tenerse como regla esta estipulación, pese a que la Ley de Arbitraje la haya incluido de manera tan general.

Como señala Bullard¹³, no es intención del artículo 14 autorizar a traer a un tercero al arbi-

12. **Artículo 1371.**- *"La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración".*

Artículo 1372.- *"La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato".*

La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causa que la motiva.

Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.

En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe".

13. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. Cit.*, Tomo I, p. 209.

traje. Ello es algo que no resulta posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar de que no firma el mismo. A quien se trae al arbitraje y se hacen extensivos los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte no signataria.

Entonces –ya en palabras nuestras– lo primero que se tendría que demostrar es la calidad de parte del convenio arbitral de esa persona. Caso contrario, no se hallaría ni en alguno de los supuestos del artículo 13, ni del 14 de la Ley. Simplemente, sería un tercero a quien debería emplazarse en los tribunales ordinarios.

IV. PRESUPUESTOS QUE SE DEBERÁN CUMPLIR PARA APLICAR EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY

Como ya hemos mencionado, el contenido del artículo 14 no debe ser tomado como una regla general. Jurídicamente hablando, lo sano y lógico es que no se pueda incorporar a un tercero no signatario en un convenio arbitral. Sin embargo, y sólo al momento de analizar cada caso en particular, se podrá aceptar, excepcionalmente, que esto ocurra. Y para que ocurra, precisamente, no deberá ser un tercero, sino parte o signatario del convenio arbitral. En ese sentido, se deberá exigir que se presenten en el caso una serie de presupuestos, a saber:

1. Consentimiento.

Como se sabe, no obstante que el consentimiento es uno solo, éste muestra dos lados, constituido uno de ellos por las voluntades internas de cada parte que no se manifiestan y, el otro, por la exteriorización de ellas, como declaración de voluntad común. Conviene estudiar por separado cada uno de estos lados del consentimiento, siguiendo las enseñanzas del profesor De la Puente y Lavalle¹⁴.

Así, se tiene en primer lugar el lado interno del consentimiento. Para facilitar su estudio se va a considerar que se trata de un contrato en el que hay dos partes, un oferente o grupo de oferentes, y un aceptante o grupo de aceptantes.

Al llegar el momento de celebrar el contrato existen dos voluntades internas, o sea la voluntad interna de cada parte, las cuales pueden haber sido originariamente distintas entre sí, aunque no han tenido necesariamente que serlo. En realidad, se confunde muchas veces el contenido de estas dos voluntades internas de los contratantes. Consecuentemente, llegado ese momento (el de celebrarse el contrato), las voluntades internas de las partes, con relación al contrato, tienen que ser coincidentes, porque el contenido de la oferta debe ser necesariamente el mismo de la aceptación para que haya acuerdo de voluntades internas. Es cierto que existen dos voluntades internas, pero no es menos cierto que esas dos voluntades quieren consentir, quieren desear la misma cosa, y si no lo logran, si no quieren lo mismo, no habrá contrato.

En estas condiciones, cuando se habla de los dos lados del consentimiento, o sea de la voluntad interna y de la declaración, se está hablando de las dos caras de una misma moneda. La voluntad interna de los contratantes, llegado el momento del contrato, es la misma voluntad que va a ser expresada; precisamente, el contrato va a estar constituido por la declaración de esas dos voluntades internas que ya se han unido, mediante la aceptación de la oferta, para constituir una voluntad común.

El acto interno de la voluntad debe ser deliberado, en el sentido de que el contratante debe estar consciente de que mediante la exteriorización de esa voluntad interna se va a formar un contrato.

Por su parte, el lado externo del consentimiento, se presenta cuando las voluntades internas de las partes se encuentran y coinciden por razón de la aceptación de la oferta, dan lugar

14. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Op. Cit., Tomo I, pp. 131 y ss.

a una nueva voluntad, que no es distinta en su esencia, o mejor dicho en su contenido, de las dos voluntades internas coincidentes, pero que tienen una característica nueva, que recién aparece, y es la de ser una voluntad común, por ser dos voluntades iguales. El encuentro de las dos voluntades da lugar a una nueva voluntad, que es el resultado, no la suma, de la unión de las voluntades de los contratantes.

Para que exista consentimiento es necesario, pues, que las voluntades internas, que ya son coincidentes entre sí, se manifiesten externamente como definitivamente unidas. Un consentimiento que no se manifiesta es un no consentimiento.

Ahora bien, en abono de nuestra posición en el sentido de que puede resultar un exceso que la Ley permita que un tercero no signatario, esto es, un tercero que no prestó su consentimiento para ser parte de un acuerdo, pueda ser parte de un convenio arbitral, cabe preguntarse ¿cuál será el caso en el que esta excepción pueda ser aplicada?

El mismo Bullard González¹⁵, pese a estar de acuerdo con el contenido del artículo 14 de la Ley, no tiene una respuesta clara a esta interrogante. Así, señala que:

“Durante la discusión del artículo 14 se buscaron identificar supuestos de hecho en que podría entenderse que tal consentimiento podría existir. La Comisión que elaboró el proyecto desistió de tal forma de regular el problema cuando advirtió que era muy difícil contemplar con claridad todos los supuestos posibles. Por eso, cambió la perspectiva y prefirió usar una cláusula general, de texto abierto, para que el intérprete la llenara de contenido. En otras palabras, dejó un texto que permite al intérprete del convenio arbitral definir qué puede entenderse como consentir.

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

Señala Bullard que el intérprete será quien llene de contenido esta cláusula siguiendo la “moda” impuesta por la jurisprudencia y la doctrina. Es decir, dependerá del criterio del árbitro incluir o no a un tercero no signatario en el convenio arbitral.

Esta solución nos parece poco objetiva y creemos que con ella se incentiva la inseguridad jurídica y hasta se podría llegar a hacer un uso indebido y abusivo de ella.

2. Buena fe.

Como se sabe, la buena fe se ha impuesto como criterio moralizador del comercio o tráfico jurídico. Acudir a ella supone buscar una fórmula que excede ampliamente el marco jurídico, con un profundo contenido ético que importa un obrar conforme a la honestidad, la lealtad y la previsibilidad. La conducta ajustada a este principio, lógicamente, genera la tan ansiada confianza, que constituye el mejor clima para el desarrollo de negocios jurídicos y es la base de la seguridad jurídica, valor tan arduamente perseguido en todos los tiempos¹⁶.

Ahora bien, el concepto de buena fe tiene una doble dimensión, a saber: la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva.

Según Ferreira Rubio¹⁷, la buena fe subjetiva es la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma. La buena

15. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. Cit.*, Tomo I, p. 212.

16. DE LOS MOZOS, José Luis. *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*. Madrid: Editorial Civitas, s/f, p. 226.

17. FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1984, p. 80.

fe resulta de cierto estado psicológico, de una convicción sincera del espíritu, que debe estar fundada, por cierto, con moderada razonabilidad, y no en el simple creer candoroso. Consiste en una firme persuasión sobre la legitimidad con que se adquiere y mantiene una determinada situación jurídica.

Por otro lado, la buena fe objetiva es un criterio objetivo de valoración, un estándar o prototipo de conducta, fundado en las reglas objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales. Se trata del patrón de comportamiento del hombre medio, de la conducta social media, de la de aquél que procede con cuidado y previsión, de conformidad con lo que verosimilmente ha entendido o pudo entender.

En tal sentido, resulta importante determinar si es que la ausencia de buena fe implica necesariamente la presencia de mala fe. Nos hacemos esta interrogante, ya que en la respuesta encontraremos mayores elementos de juicio para ver si es que nos hallamos en el supuesto que regula el artículo 14 o si, por el contrario, el mismo sigue siendo muy lato y, por lo demás, impreciso.

De la Puente¹⁸ aborda este tema de manera prolija. Así, señala que:

“Objetivamente es posible que se dé fe de algo, sin que ésta tenga que ser necesariamente buena o mala. Así, el notario da fe de determinado acto; el documento auténtico hace fe de su contenido.

La dificultad surge en el campo subjetivo, esto es, si una persona sólo puede actuar de buena o de mala fe, o si es posible que actúe sin verse colocada en uno de esos extremos.

Pienso que en el terreno de la buena fe subjetiva, la persona, sin actuar con dolo o culpa, puede tener dudas sobre la bondad de su derecho, sin llegar a pensar que éste no

existe. En este caso, creo que ella no actúa de buena fe, porque no cree que tiene derecho, ni tampoco de mala fe, porque no sabe que no tiene derecho.

En el caso de la buena o mala fe subjetiva, la persona sólo adquiere derechos si actúa de buena fe y sólo los pierde cuando actúa de mala fe. En los casos en que no actúe de buena ni de mala fe no adquirirá derechos ni los perderá.

Algo distinto ocurre en el campo de la buena fe objetiva, pues en el cumplimiento de las obligaciones no hay zonas grises. Si se actúa con la diligencia ordinaria requerida se actúa de buena fe, aun cuando se inejecute la obligación. Si no se actúa con dicha diligencia, se incurre en dolo o culpa (aunque ésta sea leve, que es la omisión de la diligencia ordinaria) y, por lo tanto, se procede de mala fe. Al menos, eso ocurre en el Código Civil peruano”.

Ahora bien, un último tema que resulta importante abordar es el relativo a cómo se prueba la buena fe. Es sabido que la buena o mala fe no se pueden presumir. Salvo lo prescrito por el artículo 2014 del Código Civil, que establece una presunción de buena fe del tercero, la Ley de Arbitraje nada dice al respecto.

Es más, creemos que la propia Ley se tiende una trampa, porque al señalar expresamente que *“el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe (...)”*, no hace sino destruir su propia construcción, en el sentido de que podría bastar con que ese tercero demuestre, con una simple declaración de voluntad, que no tiene el más mínimo interés en ser parte del convenio arbitral, con lo cual, en él no se podrá apreciar el más mínimo atisbo de buena fe, con lo que, según la propia norma, no podría ni debería ser incluido en el convenio arbitral.

18. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. Cit.*, Tomo I, pp. 343 y 344.

Sin duda, en vez de facilitar el arbitraje y difundir su uso, el artículo bajo análisis muestra serias incongruencias e inconsistencias.

Es más, prueba de que no hubo serenidad al momento de concebir este extremo de la norma, es que uno de los miembros que participó en la Comisión¹⁹ ha señalado que este extremo del artículo 14, referido a la buena fe, “fue incorporado al final de la redacción, literalmente el día anterior al envío del proyecto para su aprobación”.

Sin dejar de tener presente esta anécdota, existen en el medio local juristas que se han pronunciado defendiendo el concepto de la buena fe en esta figura cuando se la aplica a temas societarios. Así, De Trazegnies²⁰ señala que:

“Extender el arbitraje a no signatarios vinculados al grupo económico y que han participado posteriormente en el negocio y además han obtenido ventajas con detrimento de los demandantes parece ser, más bien, un ajustarse sanamente a la intención de las partes. Siendo el convenio arbitral un contrato, la primera regla de interpretación es la prevista en el artículo 1362 del Código Civil: ceñirse a la buena fe y común intención. Lo más importante es la intención, que es el núcleo de lo expresado en el contrato; la buena fe es una forma de evaluar la existencia y el sentido de esa intención de acuerdo a la voluntad real de los contratantes. Por tanto, es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada, que justifica la inclusión de los no signatarios”.

Dentro de tal orden de ideas, una parte no suscriptora debe ser sometida a la obligación de arbitrar cuando la otra parte pretende razonablemente que su conducta ha sido fraudulenta con el objeto de confundir a la parte demandante o de colaborar en eludir la responsabilidad de la demandada suscriptora frente a esa deman-

dante en materia de la identidad o del estatus de la obligada por la operación que es materia de la controversia. Y, aun cuando tal conducta no fuera propiamente fraudulenta, se debe proceder a integrar el arbitraje con las partes no suscriptoras cuando el tribunal considere la posibilidad de que pueda haber un abuso del derecho sobre la base de enmascararse con el velo societario.

No obstante, el levantamiento del velo societario es materia distinta al contenido del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Esta norma es ajena a tal figura, cuya aplicación al caso concreto se derivará de la doctrina que la sustenta y no –precisamente– del artículo 14, que no lo regula.

3. Participación activa y determinante.

En este punto, sólo queda reafirmar que actos de mero apoyo o asesoramiento no pueden ser considerados como determinantes para que un tercero sea incluido en un convenio arbitral. La conducta debe generar la sensación clara de que sería injusto e inadecuado dejar a la persona fuera del arbitraje, y que permitir evadir sus consecuencias sería consentir una conducta fraudulenta²¹.

4. Negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato.

Este punto ya ha sido abordado por nosotros, por lo que remitimos al lector a lo allí señalado.

5. Pretender derivar un beneficio del contrato.

Si algo claramente positivo tiene el artículo 14 es su último extremo. A través de él se establece que se extiende también el convenio arbitral a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

19. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. Cit.*, Tomo I, p. 213.

20. DE TRAZEGNIES Granda, Fernando. *Op. Cit.*, p. 19.

21. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. Cit.*, Tomo I, p. 213.

Evidentemente, aquí se incluye a todos aquellos terceros que ingresan a la relación contractual de una u otra forma. En el siguiente apartado analizaremos los casos en que este hecho se puede presentar.

V. ALGUNOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY

Ya hemos mencionado, en el apartado destinado a la experiencia internacional sobre este tema, los supuestos en los que según el caso Thompson se podría incluir a un tercero no signatario en un convenio arbitral. Allí se señaló que, eventualmente, y analizando cada caso en particular, podría aplicarse esta doctrina a figuras como:

1. Incorporación por referencia
2. Asentimiento tácito
3. Relación de agencia
4. Levantamiento del velo societario
5. *Estoppel*
6. La interrelación.

A continuación ampliaremos esta lista señalando algunos otros supuestos en los que cabría, excepcionalmente, aplicar la tesis bajo análisis. Sin embargo, debemos precisar que la relación que estamos ensayando puede incluir más supuestos; empero, no es propósito de este estudio agotar toda la casuística que sobre este tema se puede presentar.

1. El contrato por persona a nombrar.

El contrato por persona a nombrar es la estipulación en virtud de la cual, al momento de celebrarse el respectivo contrato, una de las partes se reserva el derecho de designar en oportunidad posterior a una tercera persona que asumirá sus derechos y obligaciones derivados de ese contrato.

De la Puente²² señala que para que pueda hablarse con propiedad sobre la celebración de

un contrato por persona a nombrar, es preciso que la estipulación de designación se haga en el propio momento de celebrarse el contrato y no en un momento posterior. Si así se hiciera se estarían, en realidad, celebrando dos contratos: un primer contrato básico, o común y corriente de su tipo, sin peculiaridad alguna; y un segundo contrato, cuyo contenido sería únicamente la estipulación y referencia al contrato básico al que se aplica, que sería el verdadero contrato por persona a nombrar.

Ahora bien, resulta evidente que ese tercero tendrá que aceptar la designación realizada por el estipulante. Aquí, como vemos, hay consentimiento, por ende, existe contrato.

Podría darse el caso en el que A contrata con B para que éste construya una casa. En el contrato se establece que frente a cualquier inconveniente las partes recurrirán a un arbitraje institucional para solucionar el conflicto. Asimismo se estipula que B tiene la facultad de nombrar a un tercero para que pueda cumplir con la obligación contraída. En efecto, luego de algunos días, B decide hacer uso de esa facultad y nombra a C, quien acepta cumplir con todo lo establecido en el contrato celebrado entre A y B.

Este caso se encuentra regulado por la última parte del artículo 14, referida a que el convenio se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos. En ese sentido, y como ya se demostró, no cabe hacer mayores comentarios al respecto, pues, a diferencia de la primera parte del artículo bajo estudio, la norma es clara y no ofrece lagunas o zonas grises de difícil análisis.

2. Cesión de posición contractual.

García Amigo²³ señala que la cesión de contrato es el acto jurídico mediante el cual una de las

22. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Op. cit., tomo III, p. 298.

23. GARCÍA AMIGO, Manuel. *La cesión de los contratos en el derecho español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 80.

partes originarias de la relación obligacional creada por un contrato –llamada cedente–, con el consentimiento imprescindible de la otra parte originaria –llamada cedido–, permite realizar la llamada circulación del contrato, es decir, la transferencia a un tercero –llamado cesionario– de la titularidad de dicha relación, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva; de tal forma que a través de esa sustitución negocial del tercero en la posición de parte del contrato, dicho tercero subentra, en lugar del cedente, en la totalidad de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato celebrado entre el cedente y el cedido.

Resulta evidente que esta figura representa una herramienta bastante útil para que, mediante un solo negocio jurídico, se transfieran a un tercero todos los créditos, incluyendo los derechos potestativos, y todos los débitos, con sus respectivos deberes secundarios.

En este caso, al igual que en el anterior, la voluntad del cesionario de asumir la titularidad de dicha relación es indispensable. De esta manera, al existir una aceptación, se tiene por cierta la premisa estipulada por la segunda parte del artículo 14 de la Ley.

3. Acción subrogatoria u oblicua.

El artículo 1219, inciso 4, del Código Civil, otorga al acreedor, ante un deudor negligente e insolvente, el derecho de ejercitar, en vía de acción o para asumir su defensa, los derechos de su deudor, con excepción de los inherentes a la persona de tal deudor o cuando lo prohíba la ley.

Varios son pues los requisitos previstos por la norma bajo análisis que podrían calzar en lo establecido por el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

En primer término, que se trate de un deudor negligente, esto es, que el deudor no ejercite un derecho respecto del cual puede y debe accionar o actuar para defenderse. La negligencia es culpa, esto es, falta de responsabilidad para cautelar su patrimonio. Esta culpa o negligencia debe ser cierta, ya que un simple o breve retraso

impediría al acreedor inmiscuirse en asuntos ajenos, o sea en los derechos de su deudor.

Luego es imprescindible la insolvencia del deudor, porque en caso contrario el acreedor carecería de legítimo interés para accionar o para asumir su defensa. Una acreencia asegurada por un patrimonio significativo impediría al acreedor invadir los fueros de su deudor para actuar respecto a terceros.

Los otros requisitos son el impedimento que establece la ley para plantear acciones subrogatorias u oblicuas cuando se trata de asuntos inherentes al propio deudor o cuando la propia ley lo prohíbe.

Usualmente las acciones subrogatorias u oblicuas se promueven cuando el deudor, titular de un crédito, por negligencia y no encontrándose en capacidad de satisfacer su obligación ante el acreedor por ser insolvente, no ejercita las acciones destinadas a hacer efectiva esa acreencia con el propósito de incrementar su patrimonio. Pero siendo estos los casos comunes, no son los únicos.

El Código Civil vigente, a diferencia del Código de 1936, introduce un nuevo concepto: el acreedor tiene el derecho de asumir la defensa de los intereses de su deudor negligente e insolvente. Y esta nueva norma es lógica, porque los derechos del acreedor pueden vulnerarse en una doble vía: por inacción, para actuar exigiendo la restitución de un derecho, o por omisión, en la defensa de un derecho.

Sin embargo, en ambos casos el beneficio se convertirá en prenda común de todos los acreedores. Quien ejercite la acción subrogatoria u oblicua no cuenta con privilegios sobre el bien que hizo reingresar en el patrimonio de su deudor; en la misma medida en que tampoco tiene privilegios quien haya evitado, mediante su defensa, la salida de un bien de dicho patrimonio. Por ello la acción subrogatoria u oblicua no se ejercita frecuentemente, más aún cuando en la prelación de derechos el acreedor se encuentra relegado. Entonces, si lo hiciera, los acreedores prioritarios lo-

grarían –como algún tratadista francés lo ha expresado– “que les sacaran las castañas del fuego con mano ajena”.

Aunque para el caso de la acción subrogatoria u oblicua el acreedor no necesita recabar autorización judicial previa, creemos que sí estará obligado a solicitar que se cite a su deudor en el arbitraje que se promueva.

Sin perjuicio de lo señalado, reiteramos nuestra posición en el sentido de que cada caso deberá ser cautelosamente estudiado por los árbitros, pues aplicar de manera indiscriminada el artículo 14 podría traernos serios problemas que terminarán siendo ventilados en sede judicial, vía anulación de laudo.

4. Cesión de derechos.

Mediante la cesión se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de título distinto, ya sea contractual –una compraventa, por ejemplo– o extracontractual –por ejemplo, la herencia– o cuando una disposición legal así lo ordena.

A su turno, la cesión de créditos no es sino una especie dentro de un género más amplio constituido por la cesión de derechos. Los derechos comprenden no sólo los créditos, esto es, los derechos de obligación de una persona respecto de otra, sino toda clase de derechos patrimoniales transferibles, siempre que no tengan por ley un procedimiento de transmisión distinto.

El artículo 1206 del Código Civil establece que:

“La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor”²⁴.

Tal como ya ha sido señalado en el análisis de las figuras precedentes, la cesión de derechos en general, y la de cesión de créditos en particular, podrían entenderse como supuestos regulados por el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, cabe hacer una distinción, en el sentido de que esta figura, tal como lo señala el segundo párrafo del artículo 1206, se puede hacer aun sin el asentimiento del deudor.

En este caso surgen tres posiciones claramente diferenciadas. En primer lugar, el hecho de que se acepte que en todos los casos de cesión de derechos se permita que el tercero no signatario sea incluido en el convenio arbitral. La segunda tendencia estaría constituida por la idea de que sólo en los casos en que el deudor preste su asentimiento podría incluirse a un tercero en el convenio arbitral. Finalmente, se podría hablar de que no cabe la presencia de esta figura en un caso de cesión de derechos.

Nosotros creemos que el convenio arbitral vincula al cedido, salvo que la cesión no sea válida.

5. Derecho sucesorio.

Tampoco tenemos duda de que la segunda parte del artículo 14 alcanza al Derecho Sucesorio. Es evidente que, en materia sucesoria, los herederos del causante que hubiese celebrado un convenio arbitral, serán parte del proceso arbitral que eventualmente se produjera en el futuro.

Cabe recordar que la ley anterior (Ley 26572) preveía este supuesto en su artículo 9:

“Artículo 9.- Definición de convenio arbitral (...)

El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se

24. A mayor abundamiento, revisar la obra de Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores, 2008, pp. 411 y ss.

desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral (...)."

El artículo 1218 del Código Civil establece un principio claro y unánimemente aceptado: la obligación, salvo cuando es inherente a la persona (*intuitu personae*), lo prohíba la ley o se haya pactado en contrario, se transmite a los herederos. Éste es el principio de la transmisibilidad de las obligaciones. Sin embargo, resulta evidente que si una obligación no puede ser exigida a los herederos de un deudor, por parte del acreedor, tampoco podrá ser exigida por los herederos del acreedor a aquéllos del deudor.

Ilustraremos las excepciones previstas por el artículo 1218 a través de algunos ejemplos:

- a) Obligación no transmisible a los herederos por ser inherente a la persona

Sería el caso de la persona que encarga a un pintor la elaboración de un retrato suyo. Si el pintor fallece, la prestación no se transmite a sus herederos, ya que ellos no podrían cumplir con la obligación, pues ninguno tendría las mismas aptitudes y cualidades de su causante –habida cuenta de que no existen dos personas que tengan idénticas calificaciones artísticas–. Aquí estaríamos ante una obligación *intuitu personae* por naturaleza.

- b) Obligación no transmisible a los herederos por prohibirlo la ley

La ley, como fuente de las obligaciones, puede establecer esta limitación. Pero debemos distinguir en este punto dos supuestos claramente diferenciables.

En primer lugar, tenemos a las obligaciones no transmisibles por su naturaleza –traducida ésta en normas legales específicas–. Es el caso del contrato de renta vitalicia (artículo 1937), cuando se prevé:

"Si muere la persona cuya vida se designó para el pago de la renta, se extingue ésta sin que exista obligación de devolver los bienes que sirvieron de contraprestación".

En segundo término, existen obligaciones no transmisibles exclusivamente porque la ley así lo establece, pero no por impedirlo su naturaleza. Sería el caso, por ejemplo, del artículo 1733 del Código Civil:

"Las obligaciones y derechos que resulten del comodato no se transmiten a los herederos del comodatario, salvo que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no pueda suspenderse".

- c) Obligación no transmisible a los herederos por pacto

En este supuesto se encontrarán todas las obligaciones no enmarcadas dentro de las dos hipótesis anteriores, pues no se tratará de aquellas inherentes a la persona ni de las prohibidas por la ley para transmitirse a los herederos. En estas circunstancias nada impide que las partes estipulen la intransmisibilidad de la obligación a los herederos del deudor, del acreedor, o de ambos.

Podría ser el caso de la obligación de pagar una suma de dinero. Esta obligación es transmisible por excelencia a los herederos; pero nada impide que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten que ella no se transmitirá en caso de fallecimiento del deudor.

Pero, a pesar de la eventual intransmisibilidad de estas obligaciones, los problemas que comprendan estas relaciones jurídicas deberán ser resueltas en arbitraje, si aquellos contratos contuvieran convenios arbitrales. Esto, dado el principio de autonomía del convenio arbitral.

VI. COMENTARIOS FINALES

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 14 de la Ley de Arbitraje nacional, debemos señalar que la primera parte del mismo, que es precisamente aquella que ha concentrado nuestras críticas, sin duda ha tenido propósitos loables, como lo hemos dicho al principio de esta exposición, consistentes en el hecho de favorecer la inclusión de más personas o más partes en el proceso arbitral, o que en él se dilucide toda

controversia y que no existan litigios paralelos en el fuero ordinario y en el fuero arbitral.

La intención es buena, sin embargo creemos que los tribunales arbitrales deben aplicar con mucho cuidado el contenido del artículo bajo estudio; ello, debido a que si se atrajeran a los arbitrajes a terceros –considerándolos como “partes no signatarias”– contra su voluntad de manera indiscriminada, el destino de dichos procesos sería la impugnación de las decisiones que emitan esos tribunales arbitrales. Y no sólo eso, pues nos atreveríamos a afirmar que la validez del laudo podría discutirse con mucho éxito en sede judicial por los terceros que sean obligados a formar parte del proceso arbitral.

Decimos que esos terceros podrán tener éxito, porque podrían presentarse violaciones del debido proceso, y no sólo eso, ya que en caso de que sus reclamos frente a los tribunales ordinarios en materia de anulación de laudo no prosperasen, tendrían expedito su camino para recurrir a las acciones de garantía, específicamente la acción de amparo, por violación del debido proceso y el apartamiento de la jurisdicción ordinaria.

Así es la vida del Derecho: confrontar continuamente posiciones probables que cada parte considera ciertas desde su punto de vista, pero cuya verdad legal sólo será definitivamente establecida con la cosa juzgada²⁵.

25. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op. Cit., p. 22.