

LA “EXTENSIÓN” DEL CONVENIO ARBITRAL: EL ENFOQUE DESDE EL DERECHO CONTRACTUAL

ALONSO MORALES ACOSTA*

Universidad de Lima, Lima, Perú

CHRISTIAN GUZMÁN ARIAS**

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Recibido: 1 de diciembre del 2021 / Aceptado: 2 de febrero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5938>

RESUMEN. El presente artículo aborda el fenómeno de la “extensión” del convenio arbitral desde el punto de vista del derecho civil. Específicamente, toma como base para determinar quiénes pueden ser incluidos en un arbitraje, sin haber firmado (declarado expresamente) el convenio arbitral, las reglas de identificación de las “partes contractuales”. En opinión de los autores, estas reglas se aplican a la identificación de “parte arbitral” porque el convenio es un negocio jurídico que crea situaciones jurídicas que tienen interdependencia con aquellas creadas por el contrato base (que regula los intereses jurídicos que serán discutidos en arbitraje).

PALABRAS CLAVE: convenio arbitral / parte no signataria / extensión del convenio arbitral / contrato / parte contractual / manifestación de voluntad / legitimación

THE “EXTENSION” OF THE ARBITRATION AGREEMENT: AN APPROACH FROM CONTRACT LAW

ABSTRACT. This paper addresses the phenomenon of the “extension” of the arbitration agreement from a civil law perspective. Specifically, it takes the identification rules of contractual parties as a basis for determining who can be included in arbitration even without having signed (or otherwise expressly stated their willingness to participate

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de doctorado en Derecho en la Universidad de Sevilla. Socio principal en Torres y Torres Lara Abogados, a cargo de las áreas Arbitral, Consumidor y Competencia.

** Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano, con estudios concluidos en la Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado sénior en Torres y Torres Lara Abogados y líder del Área de Competencia y Buenas Prácticas de Mercado.

in) the arbitration agreement. In the authors' opinion, these rules apply to the identification of an "arbitration party" because the agreement is a *negotium juridicum* (the German "Rechtsgeschäft") that creates legal situations that are interdependent with those created by the base contract (which regulates the legal interests that will be discussed in arbitration).

KEYWORDS: arbitration agreement / non-signatory party / extension of arbitration agreement / contract / contractual party / manifestation of will / legitimation

1. INTRODUCCIÓN

En el derecho arbitral suele hacerse referencia al sujeto que no ha manifestado *expresamente* su voluntad de someterse a arbitraje, pero que paradójicamente sí brindó su consentimiento como “parte no signataria”.

La última Ley General de Arbitraje, aprobada mediante el Decreto Legislativo 1071 (en adelante, LGA), señala en su artículo 13 que el convenio arbitral es “un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje ... controversias ... respecto de una determinada relación jurídica”. Mediante esta ley se incorporó por primera vez en nuestra legislación y en la legislación comparada una norma que reconoce la extensión del convenio arbitral a una parte no signataria. Es decir, nuestra legislación es pionera al cristalizar en una ley esta doctrina del derecho arbitral, que venía siendo recogida en la jurisprudencia concerniente al ámbito arbitral y judicial:

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

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

De acuerdo con la exposición de motivos, los artículos 13 y 14 de la LGA tienen como antecedente directo el artículo 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹ sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con enmiendas adoptadas en el 2006 (en adelante, Ley Modelo UNCITRAL), con lo cual se busca “respetar la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”:

Los artículos 13 y 14 son normas de la mayor importancia y que tienen como antecedente directo la reforma del artículo 7° de la Ley Modelo UNCITRAL de 2006. Estas nuevas disposiciones, permitirán una aplicación más eficiente del acuerdo arbitral, garantizando así el respeto a la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Si bien se ponen algunos límites y requisitos para la validez y vigencia del convenio arbitral, se adopta un esquema más flexible y acorde con el mundo de los negocios, en los que una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio conste por escrito es contraria a las prácticas y usos del comercio.

Nótese, entonces, que la interpretación del artículo 14 de la LGA —al menos desde la intención del legislador— era que los formalismos anteriores, ocasionados por la interpretación “excesivamente literal” del convenio arbitral como uno escrito, se superaran al

1 UNCITRAL, de acuerdo con sus siglas en inglés.

flexibilizar este requisito. En otras palabras, se busca que la prescripción de que el convenio arbitral sea “por escrito” *no se torne en una traba para incorporar en el arbitraje a las partes que hayan “manifestado” su voluntad*—término que es más amplio que el de “declaración” de voluntad— de someterse a este mecanismo de solución de controversias.

Es curioso, sin embargo, que el artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL, citado como antecedente en la exposición de motivos de la LGA, si bien ha sido copiado con puntos y comas para nuestra legislación nacional, no tenga referencia alguna a una “extensión” del convenio arbitral:

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

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

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

6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. (Naciones Unidas, 2008, pp. 4-5)

La Ley Modelo UNCITRAL recurre a una peculiar acepción de “acuerdo escrito” y entiende como tal a cualquier acuerdo del cual pueda haber (o dejarse) una constancia aun cuando se haya celebrado verbalmente. La versión en inglés de la Ley Modelo UNCITRAL (Naciones Unidas, 2008, p. 16) señala que “the arbitration agreement shall

be in writing” —si se traduce literalmente, es “por escrito”, pero a veces puede entenderse como una declaración que pueda ser leída o reproducida de manera posterior— y, además, que “an arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form” —esto abona a la idea de que aquello que es *in writing* no solo puede quedar registrado en un papel, sino en cualquier documento²—. Vemos que la flexibilización del modelo tomado por nuestra legislación está centrada en “qué se entiende” por acuerdo escrito; no define cuándo existe una declaración o manifestación de voluntad.

La LGA se basa en la flexibilización de lo que se entiende por “acuerdo escrito”, según lo propuesto por la Ley Modelo UNCITRAL, y por eso incorpora en su artículo 14 la posibilidad de que este acuerdo sea “extendido” a aquellos que no hayan registrado “expresamente” —*in writing*— su voluntad de someterse a arbitraje, pero que la manifestaron de otras formas. Es importante notar que la cláusula no se “extiende” a “terceros” ajenos a la relación jurídica respecto a la cual nace una controversia; siempre comprenderá a quienes hayan participado o tengan intereses que nazcan de esa relación jurídica.

Quizá por ello la mayor parte de la doctrina buscó explicar el fenómeno de la extensión del convenio arbitral desde su posibilidad y, luego, desde su justificación. Es decir, se buscaba responder a las siguientes interrogantes: ¿es posible extender el convenio arbitral?, ¿por qué se extiende? Para responder estas preguntas se han postulado diversas teorías, como la del *estoppel*, los actos propios, el grupo de sociedades o el levantamiento del velo societario.

Sin embargo, no es necesario recurrir o justificarse en estas teorías cuando hay norma expresa que nos indica los supuestos y requisitos en los que procede la aplicación (“extensión”) del convenio arbitral. Esta es la situación actual de nuestro ordenamiento jurídico, más no la del derecho comparado. No obstante, dichas teorías son útiles para conocer los antecedentes doctrinarios (consentimiento tácito y la guía del principio de buena fe) que justificaron la inclusión del artículo 14 de la LGA, el cual se ha materializado en una versión más desarrollada y que supera las limitaciones de las teorías que lo originaron, por lo que cae por su propio peso que estas últimas no pueden conducirnos a posiciones que contradigan el texto de dicha norma.

Habiendo quedado claro que tenemos una norma positiva que cristaliza la aplicación del convenio arbitral, lo que corresponde es analizar el artículo 14 de la LGA, teniendo en

2 Tómesese en cuenta que en nuestra legislación un documento también es “todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho”. Así, por documento puede entenderse a “impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de *microfilm* como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado” (artículos 233 y 234 del Código Procesal Civil).

cuenta lo que es la “manifestación de voluntad” desde la perspectiva del derecho privado, especialmente desde el derecho contractual. En efecto, el valioso desarrollo doctrinario acerca de cuándo uno es parte de un contrato nos puede dar luces para saber cuándo uno es parte de un convenio arbitral. Veremos que este compromiso de someterse a arbitraje está íntimamente ligado a la relación jurídica de la cual nace la controversia; por lo tanto, la respuesta a nuestra interrogante estará vinculada a la tarea de determinar y reconocer a las partes de aquella relación jurídica bajo la guía del principio de buena fe.

2. LAS TEORÍAS Y SUS CRITERIOS PARA DETERMINAR LA PARTE NO SIGNATARIA

2.1 Estado de la cuestión: las teorías que explican la existencia de una “parte no signataria”

Como señalamos, se han elaborado diversas teorías para explicar la existencia de este sujeto “no signatario” y justificar su incorporación al arbitraje. Repasemos brevemente los principales aspectos de estas teorías.

Bajo la teoría del *estoppel* se pretende dilucidar la participación de una sociedad como parte no signataria por la interpretación de su propia conducta, como se citó en el caso *American Bank and Trust Company c/ Trinity Universal Insurance Company*³.

La “doctrina de los actos propios” se funda en uno de los principios generales del derecho: el de la buena fe, al que nos hemos referido anteriormente, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, lo cual evita la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente (Fueyo, 1990, p. 310).

En buena cuenta, bajo las reglas de la buena fe se trata de determinar si hubo la intención de ser “parte” en el contrato que se relaciona con la cláusula arbitral, acreditando una manifestación tácita de tal voluntad mediante una participación activa y determinante que permita asumir que es parte contratante, lo cual supone examinar con rigor sus actos para derivar un “consentimiento de someterse a arbitraje”.

La teoría del levantamiento del velo societario (también llamada desestimación de la personalidad societaria, perforación o corrimiento del velo societario, entre otros) consiste en desconocer (levantar, perforar, correr) la personalidad jurídica de una

3 Según el Tribunal Supremo de Luisiana (1967), “founded upon good faith, the doctrine is designed to prevent injustice by barring a party, under special circumstances, from taking a position contrary to his prior acts, admissions, representations, or silence” (“basado en la buena fe, la doctrina se diseña para evitar la injusticia, al evitar que una de las partes, bajo circunstancias especiales, pueda tomar una posición contraria a sus anteriores actos, admisiones, representaciones o silencio” [traducción de los autores]).

sociedad para evitar su uso fraudulento. De Trazegnies (2004) señala que esta teoría puede ser aplicada frente a supuestos en los que una persona natural u otra compañía se constituyen en un "cerebro oculto" respecto a la compañía signataria, que aparece como un *strawman* ("testaferro") que oculta a quien realmente maneja la operación, por ejemplo, cuando se controla a una o varias subsidiarias para guardar una parte sustancial de activos en perjuicio de accionistas minoritarios del *holding*.

Desde luego, la finalidad de esta teoría es hallar a los verdaderos responsables de un acto ilícito mediante la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad vehículo, pero debe tomarse en cuenta que "la utilización de esta doctrina, en tanto implica aniquilar el principio de la personalidad jurídica de las sociedades, ha sido conceptuada como un remedio de excepción" (Caivano, 2009, p. 124).

En ese sentido, "una explicación para rasgar el velo societario ... es que el accionista no se encuentre permitido primero de ignorar las reglas de la conducta societaria y entonces, posteriormente, reclamar el beneficio del escudo societario" (Hamilton, 1991, p. 81), en cuyo caso puede concluirse que, efectivamente, la sociedad es un mero instrumento para cometer actos contrarios a derecho.

Finalmente, la teoría del grupo de sociedades "pretende extender el pacto arbitral a una determinada empresa que, siendo formalmente ajena a un negocio, pertenece al mismo grupo de sociedades de una de las partes de dicho negocio" (Talero, 2010, p. 80); sin embargo, "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" (p. 87). De forma tal que "se establezca que la intención de todos los intervinientes en el negocio ha sido la de ser parte en el arbitraje, para lo cual se revisa la participación de las distintas empresas en el negocio correspondiente" (p. 88), a fin de definir quiénes son consideradas partes no signatarias.

2.2 Las limitaciones de las teorías y su relevancia en nuestro derecho

La teoría del *estoppel* es una noción anglosajona de los actos propios. Explica que es contrario a la buena fe el contradecir los actos o conductas que revelan la voluntad de ser parte del convenio arbitral, sea porque se actuó activamente en la negociación, celebración o ejecución del contrato que comprende el convenio arbitral o porque se pretende derivar derechos o beneficios de dicho contrato.

La teoría del levantamiento del velo societario supone que el accionista es el verdadero responsable cuando la persona jurídica es usada con fines abusivos o fraudulentos. En este caso, no basta con pertenecer a un grupo de sociedades ni que exista una sociedad dominante, sino que es simplemente un vehículo para burlar a su contraparte respecto a los derechos y beneficios del contrato donde figura el convenio arbitral.

La teoría del grupo de sociedades, en su noción más básica, considera como parte no signataria a la sociedad dominante o a cualquier otra del grupo por el mero hecho de conformarlo. Esta posición ha quedado descartada por la doctrina y la jurisprudencia próxima a nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual, actualmente, ha sido absorbida por la doctrina del *estoppel* o actos propios o por la doctrina del levantamiento del velo societario.

Es decir, si la sociedad dominante o alguna de las sociedades del grupo se involucra directamente en la negociación de manera activa o determinante, generando que por sus actos propios se considere parte de la relación contractual, pues quedará incorporada al convenio arbitral. Por otro lado, si resulta que una de las sociedades del grupo es usada con fines fraudulentos y causa con ello un daño a la contraparte, pues se considerará responsable a la sociedad accionista de aquella. En ese sentido, lo particular de esta teoría es que resulta muy probable que se pueda presentar la doctrina de los actos propios como la teoría del levantamiento del velo societario en el ámbito del grupo de sociedades. Lo que sí resulta una posición abandonada o no admisible es que la sola existencia de un grupo de sociedades pueda implicar que alguno de los miembros del grupo sea adicionalmente parte no signataria.

Si apreciamos bien lo que tienen en común estas teorías es que crean una apariencia jurídica que revela la existencia de una voluntad exteriorizada mediante acciones, correspondencia electrónica o documentos que dan a entender a la contraparte que había una participación plural como parte de un contrato. La doctrina de los actos propios y la del levantamiento del velo de la persona jurídica tienen a su vez otro elemento común, que es el principio de buena fe.

En la doctrina de los actos propios puede que la falta de diligencia ordinaria en cómo se transmite la información genere la convicción de que se es parte y que el contrato no se habría celebrado seguramente sin la intervención de quien está negociando activamente; en cambio, en la teoría del levantamiento de velo societario se advierte que las acciones van más allá de un descuido y se trata de una conducta dolosa la que activa la responsabilidad.

En efecto, la manera en que ha actuado una de las partes revela que se indujo a la contraparte a creer que las obligaciones contaban con su respaldo; sin embargo, al presentarse la contingencia, esta pretendió que la responsabilidad no la alcanzaba y que la deuda debía reclamarla solo a la parte insolvente. Hay un acto claramente doloso o fraudulento desde el origen; mientras que en el primer caso (actos propios) podría haber habido una actuación descuidada, sin precisar o informar hasta dónde llegaba la participación o responsabilidad de quien estaba interviniendo activamente en la negociación de un contrato.

Estas dos teorías no son más que el desarrollo de una concepción ya aceptada: que se es parte de un negocio jurídico no solo por la declaración expresa, sino también por

la manifestación (incluso tácita) de la voluntad. Son, desde luego, corrientes doctrinarias valiosas para la disciplina del arbitraje, pues permitieron explicar la esencia jurídica por la cual se incorpora una parte no signataria a un proceso arbitral.

Las teorías reseñadas son útiles y su base doctrinaria puede guiar en la aplicación del derecho cuando no existe norma expresa, pero cuando esta existe (artículos 13 y 14 de la LGA) la prioridad está dada por la norma positiva. En ese sentido, las teorías colaboran en la interpretación porque convalidan que ciertas actitudes y comportamientos bajo ciertas circunstancias revelan una manifestación tácita de voluntad en concordancia con el artículo 141 del Código Civil.

En conclusión, en el Perú hay norma positiva. Las teorías que hemos repasado han surgido en escenarios en los que no había (o sigue sin haber) norma escrita. En esos escenarios, las teorías son suficientes para sustentar la decisión del juzgador y aplicar ("extender") o no el convenio arbitral. En cambio, en el Perú permiten interpretar con mayor argumentación o fundamento los alcances de los artículos 13 y 14 de la LGA, sin extralimitarlos. Por ello, usarlas indiscriminadamente como fundamento exclusivo o principal para argumentar si es bueno o no extender el convenio arbitral sería una motivación incorrecta y parte de una discusión estéril, cuando ya existe norma expresa en ese sentido.

Nuestro análisis va a partir de lo que debe entenderse por un convenio arbitral (artículo 13 de la LGA) y la naturaleza de su extensión (artículo 14 de la LGA), y para ello es necesario reconocer que el origen del convenio arbitral es una manifestación de voluntad relacionada con un contrato.

3. EL CONVENIO ARBITRAL COMO MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

3.1 Nociones previas sobre los contratos

Como sabemos, el libro II del Código Civil, denominado "Acto jurídico", no regula otra cosa que el "negocio jurídico". Los negocios jurídicos, dentro de la clasificación de hechos jurídicos, se definen como *actos de autonomía privada*, "según los cuales *se ejercita un poder privado autónomo de reglamentación de los intereses* [énfasis añadido] destinado a producir efectos jurídicos" (Navarreta, 2008, p. 295). En el Perú, bajo esta posición se sostiene que "hoy el hecho jurídico ya no se fundamenta en la voluntad sino en el interés", entendiendo a este último como "aquella situación de necesidad humana que será satisfecha mediante un bien", por lo cual se regulan y protegen los intereses y no las voluntades (Morales Hervias, 2009, p. 20).

Los contratos quizá sean los negocios jurídicos —o actos de autonomía privada— más representativos. Podemos decir que mediante los contratos —definidos en el Código Civil como acuerdos de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una

relación jurídica patrimonial— las partes establecen una reglamentación entre ambas para la satisfacción de sus intereses económicos.

Esto presupone que cada parte haya querido, voluntariamente, la existencia de esta reglamentación o autorregulación y que los efectos jurídicos le sean plenamente aplicables. Para el primer punto, veremos a continuación cómo el contrato es un acto de autonomía de la voluntad y, para el segundo, cómo es que la regulación de intereses se aplica únicamente a los titulares de las situaciones jurídicas creadas por el contrato.

3.2 El contrato como acto de autonomía de la voluntad

La autonomía privada es uno de los principios más importantes del derecho privado y de los ordenamientos jurídicos en general. Está relacionada con las libertades individuales y, desde luego, se materializa en los contratos. Se ha dicho que este es, “como siempre lo ha sido, un principio individualista, que significa el reconocimiento de la autodeterminación del individuo en la configuración de sus relaciones jurídicas” (Flume, 1998, p. 40).

Este “elemento estructural” (como lo llama Flume) del ordenamiento jurídico será restringido en ciertos campos como el derecho del trabajo o en los servicios públicos, pero incluso en campos más extremos se mantiene una *libertad inviolable*: la de *decidir si se forma o no parte de una relación jurídica*.

Aunque decirlo es obvio, conviene recordar que la autonomía absoluta se ejerce para sí mismo, no para otros: si quiero actuar junto con otros se requerirá el asentimiento, por lo cual será necesario, entonces, el contrato (en que ambas partes consienten). Cabe la excepción de los negocios unilaterales, como el testamento, o aquellos de los que surgen solo ventajas, como el contrato a favor de un tercero; pero aun en estos casos el otro (heredero o beneficiario) puede rechazar el derecho otorgado. En efecto, “el ordenamiento jurídico exige desde el principio el asentimiento del otro, o el otro puede rechazar la relación jurídica favorable a él” (Flume, 1998, p. 32). Empero, salvo estas excepciones, el contrato, fruto de la manifestación consensuada de las partes, es la principal forma de la configuración autónoma de las relaciones jurídicas.

Según esta idea, desarrollada en la doctrina como “actuación autárquica”, las declaraciones surten efecto solo sobre la persona que hizo la declaración. Cuando el negocio se compone con la declaración de más de una parte, como los contratos, *los afectados por la relación jurídica son únicamente los que han formado parte del contrato*. Sobre esto, Flume (1998) ha señalado lo siguiente:

Como actuación “autárquica”, la configuración autónoma de relaciones jurídicas sólo se reconoce en principio por el Ordenamiento Jurídico, cuando alguien obra autónomamente para sí mismo. *El principio de la autonomía privada no confiere ninguna legitimación para obrar “autárquicamente” para otros [énfasis añadido]. Pero por regla general por una relación jurídica resultan afectados*

varios. Por eso, la configuración autónoma de relaciones jurídicas necesita, por regla general, la colaboración de varios, concretamente de los que van a ser afectados por la relación jurídica. *La idea del contrato es que lo acordado contractualmente vale porque los contratantes, cada uno en uso de su autodeterminación, han pactado que debe ser Derecho* [énfasis añadido]. (p. 30)

Una de las manifestaciones de la autonomía de la voluntad es, precisamente, la libertad contractual. Cada persona tiene el derecho, por un lado, de decidir si contrata o no (si forma parte de una relación jurídica o no) y, por otro, de decidir cuál es el contenido del contrato o los términos de la relación jurídica de la cual ha decidido ser parte.

En suma, podemos decir que *al contrato se ingresa con voluntad y libertad*. La decisión de formar parte de un contrato proviene eminentemente de la autonomía privada. La puerta de entrada a una relación jurídica patrimonial es la voluntad. Por el contrario, sin voluntad no hay oponibilidad de las reglas establecidas en un contrato.

3.3 El contrato como fuente de relaciones jurídicas

El contrato establece una relación jurídica entre las partes. Esta relación comporta la existencia de derechos y obligaciones cuya titularidad la tiene cada una de ellas. Por ejemplo, en una compraventa, la parte vendedora puede tener inicialmente la propiedad, que será transferida a la parte compradora, que inicialmente tenía una acreencia sobre la propiedad.

Grosso modo, podemos decir que en un contrato se crean dos situaciones jurídicas: un *derecho subjetivo* y una obligación. Según Zatti (2005), "se habla de derecho subjetivo cuando la ley atribuye a un sujeto un *poder para la tutela primaria y directa del propio interés*" (p. 372). En este escenario se reconocen dos elementos: la posibilidad de que el titular pueda defenderse o ejercer remedios sin intermediarios y la existencia de un interés que será satisfecho.

La *obligación* está encaminada a satisfacer un interés personal, que puede ser el del acreedor. La obligación tiene por objeto una prestación con valor patrimonial: "La obligación [*obbligazione*] aparece como una *particular especie de deber jurídico [obbligo]* [énfasis añadido], que se caracteriza por el objeto (la prestación)" (Zatti, 2005, p. 383).

Saber qué situaciones jurídicas ostenta cada uno de los sujetos involucrados en una relación jurídica es especialmente importante porque *nos permite saber*, por un lado, qué intereses deben tutelarse y de qué manera es más eficiente hacerlo; y, por otro, *quiénes son los verdaderos titulares de las situaciones jurídicas relacionadas entre sí*.

La reglamentación (o regulación) que se realiza a través de un contrato implica que los intereses de las partes se complementen para lograr la finalidad esperada por ellas y, en general, la función del contrato. Si la voluntad es la puerta de entrada a una relación jurídica, las situaciones jurídicas formadas por el contrato deben tener correspondencia

con la satisfacción de los intereses de cada titular. *Por ejemplo, los derechos y las obligaciones de un contrato de obra recaen solo en el comitente y en el contratista.*

En conclusión, el contrato implica la creación de situaciones jurídicas subjetivas (entre ellas, los derechos y las obligaciones), cuyos titulares son precisamente aquellos que buscan satisfacer sus intereses mediante el contrato.

3.4 El convenio arbitral como negocio jurídico

El negocio es el género y el contrato y los convenios son la especie. Como ya vimos, el negocio jurídico es el acto de autonomía de la voluntad que crea situaciones y relaciones jurídicas.

Una situación jurídica determinada es el resultado de una síntesis de deberes, facultades y poderes. Estos tres son, precisamente, los conceptos básicos sobre los cuales se construyen situaciones más complejas. Por ejemplo, el derecho de propiedad no solo comprende la facultad de gozar de la cosa y el poder de decidir sobre ella, sino también el deber de ejercer la propiedad de acuerdo con el bien común, entre otros. Sin embargo, puede evidenciarse que en esta situación compleja prevalece el hecho de que el sujeto satisfaga su interés por medio de la cosa, mediante su aprovechamiento.

Así, al igual que el contrato, el convenio arbitral crea situaciones jurídicas para las partes: por un lado, la parte que quiera ejercer la tutela de su interés de manera heterocompositiva tiene la potestad de utilizar la vía arbitral para reclamar la satisfacción de su derecho; mientras que la parte demandada estará sujeta a la jurisdicción arbitral, pues así se comprometió previamente. No cabe duda, por lo tanto, que el convenio arbitral se encuentra dentro de la denominación de un negocio jurídico (acto de autonomía privada mediante el cual se regulan intereses para producir efectos jurídicos).

Ahora, para saber quiénes son los titulares de estas situaciones jurídicas (poder y sujeción), se deben seguir ciertos criterios que la doctrina nos ofrece para identificar, por ejemplo, a las partes de un contrato. Toda vez que el convenio arbitral tiene como razón de ser la solución de un conflicto de intereses que han nacido de un contrato previo (por ejemplo, el resarcimiento demandado arbitralmente por la inexecución de obligaciones de un contrato de compraventa), no se puede negar que la determinación de quiénes son los llamados a participar en dicho arbitraje está íntimamente ligada a la determinación de quiénes son los que participan (los obligados) en el contrato. Esta interdependencia la desarrollaremos a continuación.

4. LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL BAJO LAS REGLAS DE LOS CONTRATOS

4.1 La interdependencia del convenio arbitral y el contrato base

El convenio arbitral puede estar dentro del contrato (nos referimos al documento, es decir, como una cláusula) o en un documento aparte.

El contrato regula una operación económica: si es una compraventa, la satisfacción del interés de ser propietario de un bien y la satisfacción de obtener un provecho por transferir la propiedad. También, por ejemplo, en el contrato de obra, la satisfacción del interés de contar con una construcción y la satisfacción del interés de recibir una contraprestación por construir.

Si es que la operación económica se frustra y es necesario remediar esa situación, esto se puede lograr de dos formas: (i) si las partes se ponen de acuerdo directamente (es decir, mediante la autocomposición) y (ii) si es que no se puede llegar a un acuerdo las partes acudirán a un tercero que dirima sobre sus puntos de vista discordantes (es decir, mediante la heterocomposición). En este último caso, las partes pueden recurrir ante un juez o un árbitro.

El tercero —en este caso, el árbitro— va a decidir sobre la operación económica, pero la puerta de entrada para su actuación es que ambas partes (del contrato) hayan querido ir ante un árbitro y no ante la justicia ordinaria (es decir, ante un juez). Nuestro primer paso será, por lo tanto, decidir si es que existió la voluntad de someter a arbitraje la controversia.

Entonces, el convenio arbitral no es algo que se pueda ver de manera aislada respecto al contrato fuente (llamemos así al contrato que contiene la operación económica). Quien es parte del contrato fuente o tiene algún interés legítimo en el contrato fuente será también parte del arbitraje si es que se discute ese interés.

La idea expuesta parece obvia, pero no siempre es así. A veces se analiza si determinada empresa debe ser parte del arbitraje, pero nunca se analiza qué rol tiene dentro del contrato fuente.

La parte arbitral debe guardar correspondencia con la parte contractual. De otra forma, ¿qué haría una persona en un arbitraje en el que se discuten las patologías de un contrato del cual no es parte ni tiene un interés legítimo?

4.2 ¿Quién es parte de un contrato?

Podemos saber quiénes son parte en un contrato desde dos aproximaciones: aquel que suscribe el contrato (parte formal) y aquel que tiene derechos y obligaciones nacidas del contrato (parte sustancial). El primero "es el autor del contrato, o sea, quien emite las

declaraciones contractuales constitutivas”, el segundo “es el *titular de la relación contractual* [énfasis añadido], o sea el sujeto al que es directamente imputado el conjunto de los efectos jurídicos del contrato” (Bianca, 2007, p. 75).

Hay que tener cuidado con un aspecto: la parte del contrato no es una persona, sino el titular del interés que se busca satisfacer mediante el contrato (que estará en contraposición con el interés de la otra parte). Bianca (2007) lo explica de esta manera:

La noción de parte hace referencia a los sujetos del acto o de la relación. Pero la doctrina considera que dicha noción ha de prescindir de los objetos y más bien debe ser identificada con la *posición de interés que se contrapone a otra posición de interés* [énfasis añadido]. Parte sería, precisamente, *un centro de intereses* [énfasis añadido]. La parte sigue siendo única aun cuando comprenda varias personas. Así, p. ej., La venta es un contrato con dos partes (el vendedor y el comprador), así puedan concurrir varias personas a formar la parte vendedora o la parte compradora. (p. 76)

De acuerdo con esta definición, y tomando en cuenta lo desarrollado en los anteriores subacápites, una parte contractual es *aquella a la que, en el uso de su autonomía privada, pueden atribuírsele los derechos y las obligaciones que nacen del contrato*. En el contrato de obra, por ejemplo, las partes son el comitente (que busca contar con la obra y paga por su realización) y el contratista (que tiene la labor de realizar la obra y busca una retribución por ello). Cualquier otra persona no relacionada con esa finalidad es un tercero ajeno del contrato, así tenga algún interés (nacido de otra fuente, no del contrato).

Se dice por ello que “*en el concepto de parte no entran los intervinientes externos, esto es, quienes intervienen en el contrato sin asumir la titularidad de la relación* [énfasis añadido]” (Bianca, 2007, p. 76). Puede existir alguna persona que intervenga directa o indirectamente en el contrato, pero no por ello se convierte en parte contractual, si es que no es titular de los derechos o las obligaciones que nacen del contrato. Por ejemplo, puede intervenir en la negociación del contrato un corredor o un gestor; en la celebración podría intervenir un notario o un asesor legal, y en la ejecución un subordinado, un perito, un transportista, etcétera.

¿Puede decirse que son parte contractual el corredor, el notario o el abogado? Desde luego que no; a nadie se le ocurriría incorporar a cualquier interviniente como titular de los derechos y las obligaciones que nacen del contrato. Distinto sería el caso, por ejemplo, de un contrato más complejo, en el que intervengan más de dos partes y en el cual cada una de ellas asuma derechos y obligaciones: si en el contrato de obra interviene, además del comitente y el contratista, un superficiario, cada quién tendrá a su cargo alguna obligación o derecho.

4.3 La determinabilidad y la identificación

En el contrato las partes deben ser determinadas o determinables. De otra forma, no podría saberse a quién se le imputa el vínculo contractual:

La necesidad de determinación de las partes responde a la exigencia general de determinación de los titulares de las relaciones jurídicas [énfasis añadido]. Si bien en cuanto a los contratos puede admitirse que el vínculo contractual se constituya en cabeza de un sujeto no determinado aún, pero determinable, toda vez que esta incerteza no excluye el surgimiento de los derechos y obligaciones contractuales. (Bianca, 2007, p. 80)

Una parte determinada (o determinable) es, por ejemplo, el contratista que tiene veinte años de experiencia en la construcción de hidroeléctricas o el comitente que es dueño de una concesión. Todos podrán saber, cuando se celebre un contrato de construcción de hidroeléctrica, las cualidades que reúne cada parte. Por eso mismo, sabremos con toda certeza, por ejemplo, que una empresa que vende y confecciona textiles no será parte de este contrato, porque no es concesionaria de una hidroeléctrica y tampoco tiene (desde luego) veinte años de experiencia construyendo hidroeléctricas.

Vemos que la determinación (o determinabilidad) está relacionada con las cualidades que tendrá cada parte en un contrato. Un siguiente paso será la identificación de la parte, es decir, individualizarla, verificar sus datos de identidad (nombre, RUC, DNI, etcétera). Aunque no siempre será necesaria la identificación (si pensamos, por ejemplo, en compras a través de máquinas expendedoras o "vendemáticos"), las partes suelen identificarse mutuamente cuando es necesario o relevante hacerlo.

La identificación de las partes es importante para determinar si las cualidades de una persona influyen o no en la formación y ejecución del contrato. *Los contratos pueden ser personales o con relevancia personal.* Los primeros son identificados como aquellos *intuitus personae*, que contienen prestaciones que solo pueden ser desarrolladas por determinada persona y no por otra. En los segundos "la persona del contratante es generalmente relevante en cuanto la exactitud y la puntualidad del cumplimiento dependen de la seriedad y de los medios materiales y económicos de la parte" (Bianca, 2007, p. 82).

Ello quiere decir que, cuando en un contrato es necesaria alguna característica especial para una de las partes, cobra mayor relevancia la necesidad de determinarla e identificarla al momento de contratar. En determinado contrato, solo la persona que cumpla con un requisito X puede ser considerada parte (el constructor con diez años de experiencia, con veinte obras realizadas en infraestructura eléctrica o contratista titular de una concesión para generación de electricidad). En ese sentido, *en el contrato de obra el contratista será solo aquel que cumpla con las características requeridas por el comitente* (sobre todo si hubo un concurso previo): no podría decirse, por lo tanto, que una persona que no tenga dichas características (que, por ejemplo, se dedique a una actividad distinta a la de la construcción) pueda ser considerada parte del contrato de obra.

4.4 La legitimación

Para ser parte de un contrato no solamente se debe estar determinado (o ser determinable) o debidamente identificado (si es que resulta relevante), sino que también debe ser posible disponer de lo que se vaya a intercambiar en el contrato. El vendedor tiene el poder de disponer de un bien suyo y transferir su propiedad al comprador. En este ejemplo, al poder transferir válidamente la propiedad se le llama legitimación.

La legitimación contractual es el “poder de la parte de disponer del objeto del contrato. Así, puede decirse que *la parte tiene legitimación contractual si tiene el poder de determinar los efectos jurídicos previstos en el contrato* [énfasis añadido]” (Bianca, 2007, p. 86). Por ejemplo, la posibilidad de transferir propiedad o de adquirir propiedad. Una persona que no tiene este poder dentro del contrato no puede ser considerada parte contractual. El tercero brinda alguna asistencia a una de las partes en la negociación o en la ejecución del contrato; no es parte contractual porque no tiene el poder de determinar los efectos jurídicos de dicho contrato.

El poder de disponer del objeto del contrato implica que la parte tenga titularidad de los derechos o las obligaciones creados. De otra forma, no podría disponer de algo de lo que no ejerce titularidad. Ahora, si tomamos en cuenta lo señalado al momento de desarrollar los derechos y las obligaciones que nacen del contrato (acápite 3.3), tener un derecho significa tener el “poder de satisfacer un interés” y tener una obligación el “deber de satisfacer el interés de otro”. Entonces, *tener legitimación (titularidad) presupone la existencia de un interés que busca ser satisfecho: en un contrato de obra, el interés de contar para sí con la obra o el de construirla para obtener una retribución*.

Recapitulando, para ser parte contractual se necesita (además de capacidad, que es un requisito que no se ha desarrollado porque se presupone para toda actuación comercial): (i) ser identificado o determinado o determinable al momento de contratar y (ii) tener legitimación para disponer de los derechos y las obligaciones que se encuentran en juego en el contrato (querer transferir la propiedad y querer ser adquirente).

Veamos en un par de gráficos cómo se relacionan las partes de un contrato de obra, tanto cuando se trata de un contrato simple en el que intervienen dos partes —comitente y contratista— (figura 1) como cuando interviene una parte que financia o garantiza la obra (figura 2):

Figura 1

Contrato simple

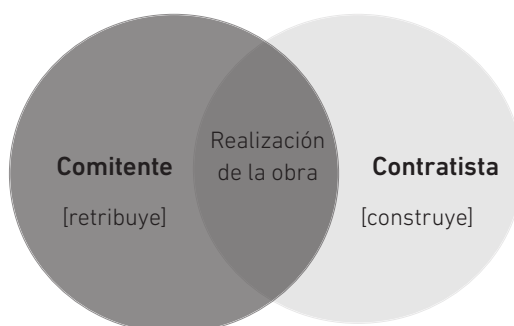


Figura 2

Contrato complejo o con coligación contractual



Podemos ver en la figura 1 que las partes intervienen en el contrato con derechos y obligaciones recíprocas: construir la obra y retribuir lo pactado. En la figura 2, en cambio, podemos ver la intervención de un financista que pudo haber suscrito el contrato (parte formal) o su identificación era necesaria para el contratista porque serviría de respaldo de la ejecución de las obligaciones. Es decir, la existencia del financista fue determinante para que el contratista sea parte del contrato de obra (de otro modo, no se le habría contratado). Además, la intervención del financista (*para esa obra*) significa que tiene interés específico en la construcción de esa obra determinada y, por definición, puede disponer de las relaciones jurídicas que se forman porque *es titular de intereses que buscan ser satisfechos en ese contrato* (tiene legitimación).

Por otro lado, veamos cómo son las relaciones cuando estas tres personas no se relacionan con el objeto del contrato: la construcción de la obra. En este escenario (figura 3), el comitente es parte contractual con el contratista, pero *el financista no es parte de este contrato porque su relación (con el comitente) es independiente al objeto del contrato de obra*. El financista tendrá una relación aparte con el comitente, como la tendría cualquier banco o entidad que dispone de capital para las actividades propias de cualquier empresa, en este caso, el comitente de una obra:

Figura 3

Contrato de obra y relación aparte entre comitente y financista/garante



4.5 ¿Quién es parte de un convenio arbitral?

Sabemos que el convenio es un acuerdo de voluntades y, por definición, no puede ir en contra de la autonomía de la voluntad.

También sabemos que el convenio arbitral tiene una relación de interdependencia con el contrato fuente de la relación jurídica patrimonial. Esta relación jurídica es la que va a ser materia de análisis en el arbitraje. Entonces, debe haber identidad entre la relación material y la relación procesal (esto siempre ha sido así, incluso lo contrario sería una cuestión impeditiva en el proceso: la excepción de falta de legitimidad para obrar).

Los que se encuentran ligados por un convenio arbitral, sea que hayan declarado expresamente su voluntad o la hayan manifestado de cualquier otra forma, no son otros que aquellos que se encuentran ligados por la relación jurídica patrimonial, es decir, los que forman parte del contrato base. Del mismo modo que en el contrato base, las partes del convenio arbitral deben estar determinadas o ser determinables.

Además, el que forme parte del acuerdo de arbitraje debe tener legitimación. Esto guarda relación con la legitimidad procesal, que ya citamos (artículo 427.1 del Código Procesal Civil). Es claro que aquel que sea llamado a un arbitraje debe tener la titularidad de los derechos o las obligaciones que nacen del contrato base (de aquella relación jurídica patrimonial que es materia de análisis en el arbitraje).

Por lo tanto, es parte de un convenio arbitral aquella parte contractual que lo ha declarado expresamente o que ha manifestado su voluntad de someterse a un arbitraje.

5. CONCLUSIONES

Las teorías explican si es posible extender el convenio arbitral y por qué debe extenderse. En nuestro derecho, tales teorías están limitadas a orientar la aplicación del artículo 14 de la LGA. No deberán aplicarse para explicar si es posible incorporar a una persona al arbitraje o por qué debe ser incorporada; esta posibilidad ya es un tema zanjado por nuestra legislación.

Si reconocemos la limitación de las teorías, podremos recurrir al derecho contractual para responder cuándo se debe incorporar al arbitraje a una persona que no haya declarado expresamente su voluntad de acudir a este mecanismo de solución de controversias.

El convenio arbitral es el resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad. La competencia del árbitro proviene de la voluntad de las partes; no puede someterse a arbitraje a quien no ha tenido la voluntad (declarada, manifestada, de manera expresa o tácita) de acudir al arbitraje para solucionar una controversia.

El convenio arbitral tiene una relación de interdependencia con el contrato base. Por lo tanto, la parte del convenio arbitral puede ser determinada bajo los mismos criterios utilizados para determinar el contrato base.

Será parte del convenio arbitral (preferimos esta referencia a lo que se ha venido llamando "extensión del convenio arbitral") aquella persona que haya sido determinada o sea determinable en la relación jurídica patrimonial y que tenga legitimación, es decir, titularidad de los derechos o las obligaciones que son reclamados ante el árbitro.

La parte "no signataria" del convenio arbitral no es otra que la parte del contrato base que no declaró su voluntad (de manera expresa), sino que la manifestó (a través de las negociaciones, la celebración, la ejecución o la conclusión del contrato). Esta voluntad, naturalmente, deberá ser interpretada de acuerdo con las reglas de la buena fe.

REFERENCIAS

Bianca, M. (2007). *Derecho civil*. (2.ª ed.; t. III; F. Hinestrosa & E. Cortés, Trads.). Universidad Externado de Colombia. (Obra original publicada en 1978).

- Caivano, R. (2009). Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. *Lima Arbitration*, (1), 121-162. https://issuu.com/limaarbitration/docs/roque_j_caivano
- De Trazegnies, F. (2004). El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje. *Ius et Veritas*, (29), 12-22. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11485>
- Flume, W. (1998). *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil* (4.ª ed. no modificada; t. II; J. M. Miquel Gonzales & E. Gómez Calle, Trads). Fundación Cultural del Notariado. (Obra original publicada en 1965).
- Fueyo, F. (1990). *Instituciones de derecho civil moderno*. Editorial Jurídica de Chile.
- Hamilton, R. W. (1991). *The law of corporations in a nutshell*. West Publishing Co.
- Morales Hervias, R. (2009). Hechos y actos jurídicos. *Foro Jurídico*, (9), 14-24. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18509>
- Naciones Unidas. (2008). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006*. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_practicas_Ley_modelo_CNUDMI.pdf
- Navarreta, E. (2008). Hechos y actos jurídicos (R. Morales Hervias, Trad.). *Revista Jurídica del Perú*, (91), 291-301.
- Talero Rueda, S. (2010). Extensión del pacto arbitral a no signatarios: perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration*, (4), 71-100. https://issuu.com/limaarbitration/docs/santiago_talero_rueda
- Tribunal Supremo de Luisiana. (1967, 11 de diciembre). *American Bank and Trust Company v. Trinity Universal Insurance Company*.
- Zatti, P. (2005). Las situaciones jurídicas (V. Contreras Granda & G. Mendoza del Maestro, Trads.). *Revista Jurídica del Perú*, 54(64), 372-383.

BIBLIOGRAFÍA

- Ennecerus, L. (1950). *Tratado de derecho civil* (vol. 2, t. I). Bosch.
- Morales Hervias, R. (2005). Código Civil de 1936 y doctrina peruana: recepción de la teoría general del negocio jurídico. *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, (5), 131-149. <https://docplayer.es/24389959-Codigo-civil-de-1936-y-doctrina-peruana-recepcion-de-la-teoria-negocial-del-negocio-juridico.html>
- Soto Coaguila, C. (Dir.). (2007). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina* (t. III). Grijley.