

ALCANCES SUBJETIVOS DEL CONVENIO ARBITRAL

Beatriz FRANCISKOVIC INGUNZA *

RESÚMEN: El presente artículo aborda lo referente al Convenio Arbitral según la nueva Ley General de Arbitraje – Decreto Legislativo 1071, la forma cómo debe celebrarse, las cuatro maneras que puede adoptar el convenio arbitral así como la novedosa regulación respecto a que los efectos del convenio arbitral se puedan extender a terceros no signatarios.

ABSTRACT:

This article deals with regard to the Arbitration Agreement under the new Arbitration Act - Legislative Decree 1071, the way must be held, the four ways you can adopt the arbitration agreement as well as the novel regulation regarding the effects of the arbitration agreement is may extend to non-signatories.

PALABRAS CLAVES: Convenio arbitral. Conflicto de derecho disponible. Tribunal Arbitral. Ley de Arbitraje. Forma del Convenio Arbitral. Extensión del Convenio Arbitral. Excepción de Convenio Arbitral.

SUMILLA: 1.Introducción. 2. La Forma del Convenio Arbitral. 3. La Extensión del Convenio Arbitral. 4. La Excepción del Convenio Arbitral. 5. Jurisprudencia arbitral sobre la extensión del Convenio Arbitral. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía

1.-INTRODUCCIÓN.

* Abogada. Conciliadora y Árbitro adscrita al OSCE, Arbitra Perú-MINJUS, C.A.L. y Consensos. Egresada de maestría en Derecho Procesal en la Pucp y Derecho Civil en la USMP. Catedrática

El convenio arbitral constituye la piedra angular del arbitraje y, como todo acuerdo, requiere del consentimiento para perfeccionarse. Según Francisco Gonzáles de Cossío, “el contrato es consentimiento. El consentimiento no es un requisito, sino el requisito esencial del contrato”¹.

Es así que “el acuerdo de las partes permite el acceso al arbitraje y puede estructurar y orientar su desarrollo”². Efectivamente, en el arbitraje prima la voluntad de las partes, pues, son estas quienes encontrándose inmersas en un conflicto de derecho disponible, que haya surgido o que este por surgir, las que deciden someter o confiar su controversia a la decisión de un Tribunal Arbitral y, de esta forma apartarse de la Jurisdicción Estatal. De igual manera prima la libertad de forma, es decir, son las partes quienes tienen plena libertad para establecer la forma, clase, plazos, idioma, sede y desarrollo del proceso arbitral. El convenio arbitral puede celebrarse antes o después que surja la controversia.

La Ley de Arbitraje (en adelante La Ley), “mantiene la idea de que el convenio arbitral es un acto único, autosuficiente, que no requiere de la ulterior celebración del compromiso arbitral”³. Según Roque J. Caivano, “el contrato se encuentra sujeto por lo tanto a los requisitos generales establecidos por la legislación civil para la validez de los contratos: debe existir un consentimiento no viciado y expresado validamente, prestado por personas capaces, que verse sobre un objeto lícito, posible y que se halle revestido de la forma legalmente escrita, si la hubiere”⁴.

2.-LA FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL

La forma equivale a la manera, medio o modo como se expresa la voluntad común de las partes para generar un negocio jurídico existente y válido. Es así que la forma, modo o

¹ GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco. “La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del consensualismo”, *Revista Internacional de Arbitraje*, Legis, Bogotá. N° 7 julio – diciembre de 2007. pp 91 y ss.

² RUBIO GUERRERO, Roger: “Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”. *Themis* N° 53. Revista de Derecho. Pág. 21

³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando – Roque J Caivano: “La nueva Ley de Arbitraje Peruano: Un salto a la modernidad”, *Revista Peruana de Arbitraje* Nro. 7 - Lima. 2008. p. 43

⁴ CAIVANO, Roque J: “Negociación, Conciliación y Arbitraje: Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos.” *Apenac*. Lima, 1998. P. 224.

manera como se expresa o manifiesta la voluntad común de las partes de someter su controversia de derecho disponible al arbitraje es mediante la celebración de un convenio arbitral.

La Ley establece que el convenio arbitral se formalice por escrito, constituyendo una formalidad *ab probationem* y no *ad solemnitatem*; es decir, resulta necesario que el contenido del convenio arbitral conste en cualquiera forma escrita para que sirva como medio de prueba para acreditar su existencia.

“La necesidad de que el acuerdo arbitral conste por escrito buscaba lograr un objetivo que es *per se* intachable: que la renuncia a la justicia estatal que del mismo resulta tenga un efecto de formalidad. Ello para lograr dos fines: que la parte que la realiza esté consciente del paso jurídico que está tomando, y evitar que se determine la existencia de dicha renuncia en caso en los que es la intención de las partes”⁵.

Esta formalidad, “supone ampliar de tal manera la noción de escritura, que quede comprendida en ella cualquier forma de registración del acuerdo de voluntad entre las partes. Ello así, será válido un acuerdo arbitral celebrado verbalmente, siempre que se deje constancia de su contenido. Se privilegia, pues, la existencia comprobable de un acuerdo de voluntades entre las partes, por encima de cualquier requisito formal. No solo se elimina la exigencia de la firma de las partes y del intercambio de comunicaciones entre ellas, sino que acepta la definición al punto de considerar que escrito significa también no escrito. Aunque sigue siendo necesario que exista algún medio que permita constatar la existencia de la voluntad”⁶.

Entiéndase que la forma debe ser por escrito, sin sanción de nulidad. Se da preeminencia al contenido por sobre el continente: en tanto cumpla la principal finalidad. Prevalece la realidad a la formalidad.

El artículo 13 de la Ley establece que el convenio arbitral puede adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. De esta forma se

⁵ GONZALES COSSÍO. Idem. Pp 99 y ss .

⁶ CANTUARIAS, Fernando – Roque J Caivano. Idem p. 58

otorga al convenio arbitral plena eficacia y se reconoce su condición de acuerdo separable del contrato en el que se inserta. La Ley independiza la cláusula arbitral del contrato en que se incluye, no solo respecto de las causales de las que pueda derivar su invalidez o ineficacia, sino también de la existencia misma.

Otra forma que puede adoptar el convenio arbitral es cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada sea accesible para su ulterior consulta. Se considera por escrito no solo a lo contenido en un documento, sino también a lo que se encuentre por escrito de la comunicación realizada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares.

La Ley en el artículo 13 inciso 5 establece que también se considerará escrito el convenio arbitral cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación donde la existencia del convenio no sea negada por ninguna de las partes.

3.-LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

En principio, el convenio arbitral como todo contrato, surte efectos entre las partes que lo celebran y suscriben, pues, “la fuerza obligatoria de los contratos tiene fundamento en la voluntad de las partes y, por consiguiente, no puede tener eficacia ni producir efectos respecto de quienes no han prestado su consentimiento. En el caso del acuerdo arbitral en particular, ese principio tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje, siendo paralelamente obligado a resignar la competencia de los tribunales judiciales”⁷.

Sin embargo, el artículo 14 de la Ley establece que los efectos del convenio arbitral se extienden a los no signatarios, es decir, se extiende a aquellos que sin celebrar o suscribir el convenio expresaron de una u otra manera su conformidad con el sometimiento al arbitraje o de las partes que indirectamente se encuentren vinculadas al contrato principal que contiene el convenio arbitral. Hay supuestos donde se admite que partes que no han

⁷ ROQUE J. CAIVANO. Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. En http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf. 16/09/2011

suscrito ni celebrado el convenio arbitral, sean obligados a intervenir en un proceso arbitral, se trata de personas que “tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de «terceros», que por alguna razón pueden considerarse «asimilados a las partes». Tal es, por ejemplo, el caso de los sucesores universales de las partes, a quienes se extienden activa y pasivamente los efectos de la cláusula arbitral, o en ciertas hipótesis, el de los fiadores de las partes”⁸.

4.-LA EXCEPCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

El artículo 16 de la nueva LA reconoce el principio de autonomía del convenio arbitral, es decir, el convenio arbitral incluido en un contrato no sigue la suerte ni se regula por las normas del contrato principal. El convenio arbitral tiene vida propia y no depende del contrato donde está inserto.

El artículo en mención establece que si dentro de los plazos establecidos en un proceso judicial se interpone la excepción de convenio arbitral ésta debe ser amparada así se haya formulado la excepción antes o después de iniciado el arbitraje, con la salvedad que el Juez puede intervenir y cuestionar el convenio arbitral únicamente cuando el convenio arbitral sea manifiestamente nulo, pero siempre y cuando no se haya iniciado el arbitraje, pues, una vez iniciado el arbitraje ni el Juez ni alguna autoridad judicial puede cuestionar el arbitraje, esto basado en el principio de competencia, que señala que el árbitro es competente para conocer su competencia.

5.- JURISPRUDENCIA ARBITRAL SOBRE LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

Uno de los casos más conocidos, que en alguna medida puede considerarse el origen de la doctrina francesa del «grupo de sociedades», es el caso «Dow Chemical c. Isover Saint Gobain», arbitraje administrado por la Cámara de Comercio Internacional.. El tribunal

⁸ CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando. Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 697.

arbitral, integrado por Berthold Goldman, Michel Vasseur y Pieter Sanders, aceptó la legitimación para participar en el juicio arbitral (como demandantes) de dos sociedades del Grupo Dow no-signatarias del acuerdo arbitral, bajo el argumento de que «la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron». Esta doctrina fue seguida en el caso CCI N° 4972 (en que debía resolverse si la cláusula firmada por la sociedad controlante podía ser extendida a sus subsidiarias) y en los casos CCI N° 5721 y 5730 (en que, al contrario, se trataba de examinar si la cláusula firmada por la subsidiaria podía ser extendida a la controlante).

En el laudo dictado en el caso CCI N° 5103 el tribunal arbitral, luego de analizar las circunstancias del caso, sostuvo que «se cumplen las condiciones que llevan a reconocer la unidad del grupo económico, ya que todas las sociedades que lo componen tienen la misma participación, tanto real como aparente, en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen por sobre el de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones económicas internacionales exige que se tome en cuenta esa realidad económica y que todas las sociedades del grupo respondan conjunta y solidariamente por las deudas de las que ellas, directa o indirectamente, sacaron provecho.

En el laudo dictado en el caso CCI N° 6519, si bien sólo se admitió la demanda contra la única sociedad que había sido parte en el acuerdo arbitral, la exclusión de las restantes se fundó en que no habían tenido participación efectiva en el negocio. En el laudo se aclaró que los efectos del acuerdo arbitral podrían haberse hecho extensivos a las otras, si se hubiese probado que estuvieron representadas de manera efectiva o implícita o que jugaron un papel activo en las negociaciones que la precedieron o están implicadas de manera directa en el contrato que contiene la cláusula arbitral.

En el laudo preliminar sobre competencia, dictado en los casos CCI N° 7604 y 7610,¹³ se resolvió que corresponde «la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestren la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente». En el caso, la sociedad matriz fue considerada parte del arbitraje, fundamentalmente porque se juzgó que había aceptado implícitamente la cláusula arbitral: en un proceso judicial relativo a la garantía que asumiera por las obligaciones de su filial, había planteado la incompetencia del tribunal judicial a favor de la arbitral. Prevaleció, en este caso, la doctrina del acto propio y la violación al deber de buena fe.

6.- CONCLUSIONES

- En el arbitraje prima la voluntad de las partes, es decir, son la partes quienes acuerdan someter su conflicto de derecho disponible a la decisión de un Tribunal Arbitral y, de esta forma apartarse de la Jurisdicción Estatal.
- El convenio arbitral puede celebrarse antes o después que surja la controversia.
- El convenio arbitral debe celebrarse por escrito para que sirva como medio de prueba para acreditar su existencia, es decir, constituye una formalidad *ab probationem*.
- En el convenio arbitral prima la libertad de forma, es decir, son las partes quienes tienen plena libertad para establecer la forma, clase, plazos, idioma, sede y desarrollo del proceso arbitral.
- Las formas que puede adoptar el convenio arbitral son cuatro: i) Dentro de una cláusula incluida en un contrato, ii) La de un acuerdo independiente al contrato, iii) Cuando se encuentre por escrito y se desprenda de la comunicación realizada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, iv) Cuando resulte de un intercambio de escritos de demanda y contestación, donde la existencia del convenio no sea negada por ninguna de las partes.

- El convenio arbitral surte efectos entre las partes que lo celebran y suscriben, Sin embargo, el artículo 14 de la Ley establece que los efectos del convenio arbitral se extienden a los no signatarios, es decir, se extiende a aquellos que sin celebrar o suscribir el convenio expresaron de una u otra manera su conformidad con el sometimiento al arbitraje o de las partes que indirectamente se encuentren vinculadas al contrato principal que contiene el convenio arbitral.

7.- Bibliografía

-CAIVANO, Roque J: “Negociación, Conciliación y Arbitraje: Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos.” *Apenac*. Lima, 1998

-CAIVANO, Roque J. . Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. En http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf. 16/09/2011

-CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando – Roque J Caivano: “La nueva Ley de Arbitraje Peruano: Un salto a la modernidad”, *Revista Peruana de Arbitraje* Nro. 7 - Lima. 2008.

-CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando. Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991

-GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco. “La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del consensualismo”, *Revista Internacional de Arbitraje*, Legis, Bogotá. N° 7 julio – diciembre de 2007.

RUBIO GUERRERO, Roger: “Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”. *Themis* N° 53. Revista de Derecho. Pág. 21