

## **Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías “no consensuales” de partes no signatarias en la legislación peruana<sup>1</sup>**

Guillermo Fernando Cabieses Crovetto\*

Rodrigo Vega Méndez<sup>2\*\*</sup>

**Resumen.** - Si bien el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que reposa en el consentimiento, hay quienes afirman que, en ciertas circunstancias, la incorporación de una parte no signataria se explica por consideraciones de buena fe o equidad, y no propiamente por el consentimiento. Este artículo busca dilucidar si dichas teorías “no consensuales” realmente merecen una categoría independiente a la luz del derecho peruano.

**Abstract.** - Although arbitration is a dispute resolution mechanism that relies on consent, there are some who claim that, in certain circumstances, the incorporation of a non-signatory party is explained by considerations of good faith or equity, and not properly by consent. This article attempts to determine whether such “non-consensual” theories truly deserve an independent category under Peruvian law.

**Palabras claves.** - Arbitraje - Convenio arbitral - Partes no signatarias- Teorías no consensuales de partes no signatarias

**Keywords.** - Arbitration - Arbitration agreement - Non-signatory parties - Non-consensual theories of non-signatory parties

---

<sup>1</sup> Los autores agradecen los valiosos comentarios de los profesores Hugo Forno Flórez y Freddy Escobar Rozas brindados durante la elaboración del presente artículo.

\* Máster en Derecho (LLM) por la Universidad de Chicago. Abogado por la Universidad de Lima.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## **I. Introducción**

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias excepcional. A través de él, las partes tienen la oportunidad para, respecto de ciertos conflictos, escapar de la justicia ordinaria sometiendo la controversia ante jueces privados (denominados árbitros) que pueden ser elegidas ellas mismas. Más aún, se le concede la oportunidad de fijar las reglas del proceso. Es un mecanismo de fuga que habría querido Josef K. en el Proceso.<sup>3</sup>

Para que este mecanismo funcione, las partes tienen que pactarlo. Es decir, sólo cuando las partes acuerden someterse a este mecanismo excepcional de solución de controversias, es que lograrán escaparse de la justicia ordinaria. Esto es así porque el ordenamiento jurídico cree que esta renuncia a la supuesta protección que brinda el Estado mediante su sistema de administración de justicia tiene que ser, salvo excepciones establecidas en la legislación, consentida por las partes.

Ahora bien, existen algunos casos en los que este consenso no es expreso, sino tácito, por lo que la determinación de si existió la voluntad de someterse a la jurisdicción arbitral, abstrayéndose de la justicia ordinaria requerirá de la interpretación de ciertos actos que puedan convencer a los árbitros sobre si es que, quien no brindó su consentimiento expreso al convenio arbitral, lo hizo de manera tácita, por lo que debe ser incorporado en el proceso arbitral.

El presente artículo analizaremos brevemente algunos de estos supuestos en los que partes no signatarias de un convenio arbitral pueden ser incluidas en el arbitraje. A su vez, analizaremos las denominadas teorías "no consensuales" de partes no signatarias a efectos de determinar si estas son consistentes con la naturaleza consensual del arbitraje en el Perú y si es que son aplicables bajo nuestra legislación.

A tales efectos, en la segunda sección se incluye un breve comentario sobre la naturaleza consensual del arbitraje. En la tercera, abordaremos el concepto tradicional de partes no signatarias. En la cuarta sección se describiremos algunas de las teorías de partes no signatarias más comunes en la práctica arbitral. En la quinta sección introduciremos el concepto de las teorías no consensuales de partes no signatarias, describiendo algunas de las teorías que comúnmente son incluidas bajo esta categoría y analizando si realmente merecen una clasificación distinta frente a las teorías tradicionales. Por último, en la sexta sección se incluyen las principales conclusiones del presente artículo.

---

<sup>3</sup> Josef K. es el personaje principal de la novela *El Proceso* de Franz Kafka.

## II. Naturaleza consensual del arbitraje

Como hemos indicado, el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias hetero compositivo caracterizado por el consentimiento. En otras palabras, se trata de un mecanismo que permite que las partes puedan, en cierto tipo de conflictos (llamados arbitrables)<sup>4</sup>, abstraerse del sistema de justicia estatal y someter su controversia ante un sistema de justicia privada, en donde los árbitros actúan como jueces y las partes pueden fijar las reglas del procedimiento.

Naturalmente, como se trata de una renuncia al derecho de acceder al sistema de justicia estatal para someterse a un sistema de justicia privado, se requiere que quienes decidan abstraerse de la justicia pública, brinden su consentimiento a ello. A tal efecto, comúnmente, firmarán un acuerdo, denominado convenio arbitral, mediante el cual disponen que cualquier controversia arbitrable que surja de la relación jurídica de que los vincula deberá ser sometida a un arbitraje a ser llevado de conformidad con determinadas reglas que se precisan o referencian en dicho convenio. Es por ello que el arbitraje es denominado una “criatura contractual”<sup>5</sup>.

La razón por la que el arbitraje debe ser consensual radica en que, históricamente, la administración de justicia ha evolucionado hacia a un sistema centralizado administrado por el Estado. En tal sentido, por regla general, cualquier controversia que surja entre las personas debe ser sometida ante este sistema. No obstante, también fruto de la evolución, vemos que la ley permite que los particulares puedan, respecto de cierto tipo de conflictos (usualmente, pero no exclusivamente, de índole comercial) someter sus controversias ante mecanismos de solución privados, como es el caso del arbitraje.

Ahora bien, la consensualidad del arbitraje funciona, el común de las veces, de manera relativamente sencilla. Lo habitual es contar con un convenio arbitral

---

<sup>4</sup> En el ordenamiento peruano, el artículo 2 de la ley peruana de arbitraje (Decreto Legislativo 1071) dispone en su primer numeral que “*pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen*”. Como explica el profesor Alfredo Bullard al referirse a dicho artículo: “*La norma contempla lo que es arbitrable en dos movimientos. El primero es una regla permisiva y abierta: es arbitrable toda materia que sea de libre disponibilidad. Si se puede contratar libremente sobre algo, se puede someter ese algo a arbitraje. El segundo movimiento se refiere a lo que no es disponible. Incluso materia no disponible puede ser arbitrable si una ley o un tratado internacional así lo autorizan. Con ello queda claro que lo disponible se puede arbitrar por autorización del artículo 2 y lo no disponible por cualquier otra norma del ordenamiento que lo autorice*” (2012: p. 29). BULLARD, Alfredo “El dilema del huevo y la gallina: el carácter contractual del recurso de anulación”. En: Derecho & Sociedad. No. 38. Lima. (2012). Quienes estén interesados en verificar como la justicia privada ha funcionado en prácticamente todos los ámbitos del derecho a lo largo de la historia en distintos lugares, pueden consultar el libro de Bruce Benson, *The Enterprise of the Law*, cuyos datos bibliográficos se encuentran en la sección de bibliografía del presente artículo. BENSON, Bruce *The Enterprise of Law: Justice without the State*. Independent Institute (2011).

<sup>5</sup> En palabras de Alfredo Bullard: “*El arbitraje es, antes que nada, una criatura contractual. Más allá de las discusiones sobre su naturaleza jurídica (en la mayoría de ocasiones ociosas e inconducentes), el origen contractual del arbitraje (es decir el convenio arbitral) es, salvo excepciones extrañas y casi folclóricas, indiscutible. [...] La regla general es que no hay arbitraje sin acuerdo. Es decir no hay arbitraje sin contrato.*” (2012: p. 18). BULLARD, Alfredo “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarios al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana”. En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, núm. 2. Lima. (2012).

*Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías “no consensuales” de partes no signatarias en la legislación peruana*

escrito. Este se materializa, usualmente, dentro del mismo documento que recoge el contrato cuyas disputas se someten al arbitraje, aunque es separable de aquél, a efecto de poder servir como mecanismo para incluso cuestionar la validez del propio contrato al que está referido<sup>6</sup>.

En resumen, el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias de carácter voluntario que requiere de un acuerdo mediante el cual las partes renuncian a su derecho de acudir a la jurisdicción estatal ordinaria para someter sus controversias a una jurisdicción privada bajo la competencia de un árbitro o tribunal arbitral. Este acuerdo se conoce típicamente como convenio arbitral y, bajo el mismo, las partes pueden pactar quiénes serán los árbitros que integren el tribunal, qué materias se encuentran sometidas a su jurisdicción, cuáles son las reglas del procedimiento, entre varias otras cuestiones.

Sin perjuicio de ello, la complejidad se presenta cuando se dan circunstancias especiales en las que cierta parte no brindó su consentimiento expreso al arbitraje, es decir, no firmó el convenio arbitral, pero sí realizó ciertos actos o desempeñó ciertas conductas que representaron una forma de consentimiento tácito al mismo. A estas partes se le denomina “partes no signatarias” y en las secciones siguientes desarrollaremos brevemente bajo qué teorías se justifica su inclusión dentro el procedimiento arbitral.

### **III. El concepto tradicional de partes no signatarias**

Tomando como punto de partida la naturaleza consensual del arbitraje, nos encontramos ahora ante una pregunta: ¿cómo es posible incluir dentro del proceso arbitral a quienes no han suscrito el convenio arbitral?

A efectos de responder esa pregunta, es importante distinguir entre los terceros y las partes no signatarias en el arbitraje. Antiguamente, existía una discusión respecto de si las partes no signatarias eran terceros o auténticas partes del arbitraje; discusión que hoy en día se encuentra zanjada. Por un lado, los terceros son personas que no han prestado su consentimiento en modo alguno (expreso o tácito) al convenio arbitral; y, por ende, no se encuentran ni pueden considerarse comprendidos dentro del este. No pueden ser partes del proceso arbitral. Por otro, como su nombre lo indica, las partes no signatarias, sí son partes del convenio

---

<sup>6</sup> Lo anterior es una de las manifestaciones del principio de inevitabilidad del arbitraje conocida como la separabilidad del convenio arbitral: el hecho de se cuestione la existencia, validez o eficacia del contrato que contiene al convenio arbitral dentro de una de sus cláusulas no implica que dicho convenio sea necesariamente inexistente, inválido o ineficaz. Esto se encuentra recogido en el segundo numeral del artículo 41 de la ley peruana de arbitraje (Decreto Legislativo 1071): *“El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.”*

arbitral, solo que han prestado su consentimiento de manera tácita. En razón de ello, sí pueden perfectamente ser partes en el arbitraje si se solicita su inclusión.

Es incorrecto, entonces, denominar a las partes no signatarias como “terceros”, puesto que no se trata de terceros que sean forzados a ingresar al arbitraje, sino de auténticas partes del proceso arbitral que han no prestado su consentimiento por escrito, sino tácitamente. Este razonamiento ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina arbitral internacional, al punto que, en el caso particular de la ley peruana de arbitraje (Decreto Legislativo 1071) (en adelante la “Ley de Arbitraje”), se ha incluido un artículo dedicado a reconocer expresamente la posibilidad de incluir partes no signatarias en el proceso arbitral. En efecto, el artículo de marras señala a la letra 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 pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”

En palabras de Bullard:

“Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual y escapa del contenido del artículo. El artículo 14 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 la buena fe.

Entonces no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación al convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito de validez), sino por hechos diferentes, que deben ser interpretados como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a los que se derivan de la regulación contractual ordinaria.” (2012: p. 23) (énfasis agregado).

Ahora bien, es importante destacar que este artículo no tiene precedentes en ninguna otra jurisdicción y que, hasta donde tenemos conocimiento, la Ley de Arbitraje es la única en el mundo que contiene una disposición de esta naturaleza. En efecto, como advierte la doctrina:

"Cuando se habla de arbitraje, la ley peruana es líder y –según tenemos entendido– la única ley de arbitraje en el mundo que ha incorporado una regulación que permite que partes no signatarias del acuerdo de arbitraje sean parte del proceso. La ley peruana se llevó a cabo con el propósito de emular la práctica de arbitraje internacional, la cual ha permitido hace décadas que personas no signatarias del convenio arbitral participen en el procedimiento legal." (O'Neill & Repetto 2011: p. 526).<sup>7</sup>

Esta precisión es relevante puesto que, por muy novedoso que resulte el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, no debe perderse de vista que la posibilidad de incluir a una parte no signataria en un arbitraje no encuentra su justificación exclusivamente en este artículo, sino también en el artículo 13 que regula las formas del consentimiento del convenio arbitral y, por qué no decirlo, en la práctica arbitral internacional. De otra forma, llegaríamos a la equívoca conclusión de que el Perú es el único país en el mundo en el cual se admitiría la posibilidad de tener partes no signatarias en un arbitraje, algo manifiestamente falso. Lo único que hace el referido artículo 14 es recoger y reforzar una práctica recogida en la casuística y la doctrina del arbitraje comercial internacional.

No obstante, el principal sustento, a nuestro entender, para poder incorporar a una parte no signataria radica en las disposiciones del ordenamiento peruano que dan la posibilidad de manifestar el consentimiento de forma tácita; sin que ello contravenga en modo alguno la naturaleza consensual del convenio arbitral en los términos que hemos mencionado en la segunda sección.

De manera genérica tenemos que el artículo 141 del Código Civil peruano, establece que:

"La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia

---

<sup>7</sup> A mayor abundamiento, Alfredo Bullard también sostiene que: "Desde el punto de vista legislativo, el artículo 14 es una novedad a nivel mundial. No existe ninguna otra ley o cuerpo normativo que recoja una norma como la indicada. Sin embargo, no es una absoluta novedad porque los principios contenidos en la norma están recogidos en diversa jurisprudencia arbitral y judicial y en la doctrina, como veremos más adelante." (2012: p. 23). Asimismo, a nivel jurisprudencial, existe un pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos de junio de 2020 que, al tratar el tema de las partes no signatarias, tomó como referencia la legislación peruana como el único ejemplo en que un Estado ha regulado de manera expresa esta materia: "Los Estados Unidos identifican al menos a un Estado Parte con legislación doméstica ilustrando un entendimiento similar. Ver Sumilla para Estados Unidos como Amicus Curiae 28 (discutiendo la legislación nacional de Perú)." (traducción libre) (Caso GE Energy Power Conversion France SAS, Corp., FKA Converteam SAS v. Outokumpu Stainless USA, LLC, et al; decidido el 1 de junio de 2020). Texto original: "The United States identifies at least one contracting state with domestic legislation illustrating a similar understanding. See Brief for United States as Amicus Curiae 28 (discussing Peru's national legislation)." O'NEILL, Cecilia; REPETTO, José Luis "Características principales de la ley peruana de arbitraje". En *ILSA Journal of International & Comparative Law*. vol. 23 (2017).

de vida que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.” (énfasis agregado).

Mientras que de manera más específica encontramos que el artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece que:

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

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

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

[...]” (énfasis agregado).

Si bien es cierto que el artículo 13 de la Ley de Arbitraje es infeliz en su redacción (pues en su tercer numeral le atribuye el carácter de acuerdo escrito a uno que sea concertado de otra forma), no debe perderse de vista que representa un avance respecto de su antecedente, el artículo 10 de la antigua ley peruana de arbitraje (Ley 26572) (en adelante la “Antigua Ley de Arbitraje”), que estuvo vigente hasta el 31 de agosto del 2008 e incurría en la misma contradicción de señalar que se entendía por escrito lo que no lo es:

“El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Se entiende además que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento.

*Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías “no consensuales” de partes no signatarias en la legislación peruana*

Se entenderá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de el o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención.

El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.” (énfasis agregado).

Como puede verse, bajo la Antigua Ley de Arbitraje, los convenios arbitrales debían necesariamente estar formalizados por escrito para ser considerados válidos, pero se consideraban escritos supuestos de consentimiento tácito que el propio artículo recoge, incurriendo así en la misma contradicción que la Ley de Arbitraje actual. El avance radica en que por lo menos la actual ley elimina esta formalidad *ad solemnitatem* incluyendo una disposición abierta que reconoce la validez de un convenio arbitral celebrado mediante “la ejecución de ciertos actos” distintos a los escritos, de los que pueda derivarse el consentimiento, a pesar de calificar absurdamente dichos actos como escritos.

Los autores Fernando Cantuarias y Roque Caivano al referirse al artículo 13 de la Ley de Arbitraje han sostenido que:

“Aunque mantiene la exigencia de forma “escrita” (artículo 13.2) luego aclara que ese requisito se satisface “cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio” (artículo 13.3) y, específicamente, “cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta” (artículo 13.4).

Esta norma, cuya fuente ostensible es la “Opción I” del artículo 7 de la Ley Modelo de UNCITRAL enmendada en 2006, 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 voluntad entre las partes, por encima de cualquier requisito formal. No sólo se elimina la exigencia de la firma de las partes y del intercambio de comunicaciones entre ellas, sino que se amplía 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, la forma requerida por la LA dejó de ser un requisito *ad solemnitatem* para convertirse un requisito *ad probationem*. El principal efecto de la norma en comentario es que se da preeminencia al contenido por sobre el continente: en tanto cumpla la principal finalidad que se atribuye a la forma en el moderno derecho de los contratos (dar seguridad a los actos, constatar la presencia del individuo al realizar el acto y registrar su voluntad;



en suma, ser objetivamente reconocible y valorable), el acuerdo arbitral será válido.” (2008: pp. 57-58). (énfasis agregado).

En tal sentido, más allá de la contradicción que implica que se considere como escrito lo que no lo está<sup>8</sup>, lo cierto es que hoy no cabe duda de que la manifestación de voluntad realizada de manera tácita respecto de un convenio arbitral, se encuentra permitida por el ordenamiento peruano y que tiene plena validez a efectos de acreditar el consentimiento. En tal sentido, incluso si el artículo 14 no hubiese sido incluido dentro de la Ley de Arbitraje, sería igualmente posible incorporar a partes no signatarias a un arbitraje cuya ley arbitral aplicable sea la peruana.

Ahora bien, al momento de evaluar la incorporación de una parte no signataria en un convenio arbitral es importante tener presente cuál debe ser estándar a ser empleado. A tal efecto, el análisis correspondiente a la incorporación o rechazo de una parte no signataria se enmarca dentro del denominado análisis de jurisdicción<sup>9</sup>, el cual busca determinar los alcances de la competencia del tribunal arbitral.

Naturalmente, en este análisis de jurisdicción bastará que el tribunal arbitral encuentre elementos que le generen la convicción únicamente respecto de quiénes forman parte del convenio arbitral y sobre qué materias puede pronunciarse el tribunal arbitral; mas no implica un pronunciamiento sobre el fondo que haga responsable a una parte frente a la otra. Es decir, el hecho de que una parte no signataria sea incorporada al arbitraje no implica (en esa etapa, al menos) que ésta sea responsable por los reclamos de la otra parte.

---

<sup>8</sup> La contradicción en términos referida habría podido evitarse si es que, en lugar de recurrir a la argucia de indicar que el convenio arbitral requiere un consentimiento expreso, pero que puede considerarse expreso lo tácito, el legislador hubiese indicado directamente que el consentimiento al convenio arbitral puede ser expreso o tácito. CANTUARIAS, Fernando; CAIVANO, Roque “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En *Revista Peruana de Arbitraje*, núm. 7. Lima. (2008).

<sup>9</sup> Comúnmente se denomina análisis de jurisdicción a aquel que desarrollan los árbitros cuando se presenta un cuestionamiento hacia los alcances de su competencia. Por ejemplo, si alguna de las partes cuestiona que no tiene competencia para pronunciarse sobre ciertas materias incluidas en el escrito de demanda, o si alguna de las partes cuestiona que no ha consentido al convenio arbitral (y que por ende, no debe ser alcanzada por sus efectos). Lo anterior se enmarca dentro del principio de *kompetenz-kompetenz* (el cual constituye otra de las manifestaciones del principio de inevitabilidad del arbitraje). Como explica el profesor Roger Rubio, este “[...] consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral. Esto se conoce como el efecto positivo del principio.” (2010/2011: p.115). Esto se ve recogido en el primer numeral del artículo 41 de la Ley de Arbitraje cuyo texto dispone lo siguiente: “El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.” RUBIO, Roger “El principio de competence-competence en la nueva ley peruana de arbitraje”. En: *Lima Arbitration*. No. 4. Lima. (2010/2011).

*Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías “no consensuales” de partes no signatarias en la legislación peruana*

Atendiendo a ello, el análisis para la incorporación de un no signatario requiere de menos elementos de convicción que los que usualmente requiere el análisis sobre el fondo de la controversia:

“Es importante resaltar que [...] la declaración de competencia incluyendo a la parte no signataria, no implica la aceptación de la responsabilidad de ésta en el incumplimiento demandado –cuestión de fondo sino simplemente el que existen hechos suficientes que al tribunal le generan la convicción de ser competente para conocer el proceso arbitral en contra de los demandados – cuestión de competencia y jurisdicción.” (García 2013: p. 184). (énfasis agregado).<sup>10</sup>

Habiendo hecho estas precisiones, pasaremos ahora a comentar de manera resumida algunas de las justificaciones que suelen ser utilizadas para incluir a partes no signatarias.

#### **IV. Las teorías consensuales de partes no signatarias**

##### **i. Consentimiento tácito**

El consentimiento tácito es en realidad la única forma que justifica la inclusión de una parte no signataria. Como se puede intuir de su propio nombre, consiste básicamente en la realización de ciertos actos o conductas por parte del no signatario que permitan entender de forma indubitable que consintió al contrato (y al convenio arbitral subyacente al mismo) a pesar de no haberlo hecho expresamente.

Se trata de la ejecución de actos que en los hechos son una manifestación de consentimiento tácito en tanto que, razonablemente, una parte solo ejecuta las obligaciones de un contrato cuando está de acuerdo con sus términos; más allá de que no haya prestado su firma escrita sobre el documento.

En palabras de Santiago Talero:

“La aceptación tácita del pacto arbitral, por parte de quienes no lo han suscrito, se deduce a partir de la participación de estos últimos en el negocio jurídico principal y de su efectiva vinculación, en el momento en que se suscribe el pacto arbitral, con la empresa que ha suscrito dicho pacto.” (2010/2011: p.85)

En la misma línea, por el lado jurisprudencial, encontramos el Caso Jaguar France (V 2000 v. Project XJ 220 Ltd.), en donde la Corte de Apelaciones de París sostuvo lo siguiente en un pronunciamiento de 1996:

---

<sup>10</sup> GARCÍA, Hugo “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”. En *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, vol. 13, núm. 15. (2013).

“En el derecho de arbitraje internacional, los efectos de la cláusula arbitral se extienden a las partes que están directamente implicadas en la ejecución del contrato, siempre que su situación y sus actividades deriven en la presunción de que ellos eran conscientes de la existencia y alcance de la cláusula arbitral [...]” (traducción libre).<sup>11</sup>

Por lo tanto, si una parte no signataria ejecuta las obligaciones principales contenidas en la relación contractual, se podrá entender que esta ha consentido a ser parte del convenio arbitral contenido en el contrato subyacente y, como tal, podrá ser incorporada al eventual arbitraje que se derive del mismo.

## ii. Grupo de compañías

La teoría del grupo de compañías surge a partir del famoso caso *Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain* (Caso CCI No. 4131, 1982), en el cual el tribunal arbitral determinó la incorporación de partes no signatarias empleando el siguiente razonamiento:

“[...] la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud de su rol en la celebración, ejecución o terminación de los contratos que contiene 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”. (traducción libre).<sup>12</sup>

Al examinar dicho razonamiento, vemos que, en realidad pareciera que el análisis aplicado por el tribunal arbitral es el mismo que el que se utiliza para explicar el consentimiento tácito; la única particularidad es que, en el caso de *Dow Chemical*, existía una relación de vinculación económica entre las empresas no signatarias y las empresas signatarias del contrato principal que contenía el acuerdo de arbitraje.

Lo anterior nos lleva a concluir que la teoría del grupo de compañías no es otra cosa que un supuesto de consentimiento tácito, puesto que el fundamento de la misma es la ejecución tácita de actos o conductas importantes de cara a la relación contractual de las que se puede intuir un consentimiento. La pertenencia a un mismo grupo económico acaba siendo, en realidad, un indicio adicional para analizar el consentimiento, pero no basta por sí solo para determinar la incorporación de una parte no signataria.

---

<sup>11</sup> Texto original: “*In the law of international arbitration, the effects of the arbitration clause extend to parties which are directly implicated in the performance of the contract as long as their situation and their activities give rise to the presumption that they were aware of the existence and the scope of the arbitration clause [...]*”

<sup>12</sup> Texto original: “*[...] the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise.*”

*Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana*

En base a lo anterior, la doctrina advierte lo siguiente:

"Algunos sostienen que el laudo Dow Chemical y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Paris confirmando el laudo han sido malinterpretadas, y que en realidad no sustentan la teoría de una doctrina independiente de grupo de compañías. Advierten que, haciendo una lectura minuciosa de la decisión, el análisis del tribunal estuvo basado en la intención común de las partes, y que la decisión puede ser aplicada a partir del requisito tradicional del consentimiento en el arbitraje internacional." (Blackaby, Partaside & otros 2015: p. 86). (énfasis agregado). (traducción libre).<sup>13</sup>

En la misma línea se pronuncia el profesor Eduardo Silva Romero:

"[...] la teoría del grupo de sociedades, tal y como lo sugerimos más arriba, no es autónoma de aquella del consentimiento implícito. Es, en efecto, menester subrayar que, incluso en la aplicación de la teoría del "grupo de sociedades", la existencia del consentimiento de las partes sigue siendo un elemento determinante para la extensión del convenio arbitral a personas no signatarias." (2010/2011: p.64).<sup>14</sup>

Por lo tanto, si bien es cuestionable si realmente podemos considerar al grupo de compañías como una teoría autónoma, en la práctica, resulta útil tenerla presente dado que diversos autores y pronunciamientos arbitrales la toman como ejemplo de una de las teorías más comunes para la incorporación de partes no signatarias, por más que en realidad no es otra cosa que la incorporación de una parte que consintió tácitamente al convenio arbitral.

### iii. **Garante**

El caso de la inclusión de un garante se da habitualmente en estructuras transaccionales que contienen una garantía otorgada por una tercera parte que es ajena a la relación principal. Como describen los autores Conejero e Irra:

"En el mundo del comercio internacional, es muy común que en las operaciones intervengan terceros que garanticen total o parcialmente el cumplimiento de las obligaciones de una parte, sin que el garante necesariamente ejecute el contrato en cuestión. Por esta razón, muchos tribunales, tanto arbitrales como estatales, han reconocido que el garante de una parte en una operación, estaría vinculado a un convenio arbitral contenido en el contrato que sustenta la operación que garantiza,

---

<sup>13</sup> Texto original: "Some now argue that the Dow Chemical award and the judgment of the Paris Cour d'Appel confirming the award have been misinterpreted, and do not in fact lend support to an independent 'group of companies' doctrine. They note that, on a close reading of the decision, the tribunal's analysis was based on the parties' common intention, and its decision may be explained by reference to the traditional requirement for consent in international arbitration." BLACKABY, Nigel; PARTASIDE, Constantine; & otros Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration. Sexta Edición. Kluwer Law International. (2015).

<sup>14</sup> SILVA ROMERO, Eduardo "El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje - realidad". En *Lima Arbitration*, núm. 4. Lima. (2010/2011).

especialmente para el caso de bancos que se portan garantes de la ejecución de ciertas obligaciones y aun cuando dichas garantías se hayan otorgado por instrumentos separados y el garante no haya concurrido a la firma del contrato que contiene el convenio arbitral.” (2012/2013: pp. 79-80).<sup>15</sup>

Sin perjuicio de lo indicado, cabe notar que la sola existencia de un garante en una transacción resulta insuficiente a efectos de determinar si corresponde su incorporación como una parte no signataria. Para ello, se requiere de un análisis concreto de las circunstancias, así como del lenguaje incluido en el convenio arbitral. Solo tomando en cuenta esos elementos se podrá concluir si realmente se puede extraer alguna forma de consentimiento tácito del contexto. A este respecto, el profesor Born advierte que:

“Tal como en otros contextos de no signatarios, el correcto análisis requiere tomar en cuenta las relaciones entre las partes y el lenguaje contractual adoptado. El lenguaje del contrato de garantía y la cláusula arbitral subyacente serán significativas en la determinación de si las partes quisieron que el garante quede vinculado (y beneficiado) por la cláusula arbitral en el contrato subyacente. Si el contrato de garantía tiene una redacción restringida o si la cláusula arbitral se refiere específicamente y únicamente a las partes identificadas, entonces probablemente el garante no quedará vinculado por la cláusula arbitral.” (2014: p. 1462). (traducción libre).<sup>16</sup>

Lo anterior tiene sentido desde la óptica de los negocios puesto que, en las transacciones que involucran un obligado principal y un garante que respalde el cumplimiento de las obligaciones del primero, es razonable esperar que las partes prefieran que las controversias derivadas de ambas relaciones sean resueltas en un solo foro y por el mismo tribunal. Sin perjuicio de ello, si por alguna circunstancia especial las partes acordaron algo distinto en los documentos, no podría incorporarse al garante al arbitraje, como es obvio, puesto que resultaría contrario a la voluntad de las partes.

En esa línea, consideramos que, bajo el derecho peruano, sólo en el caso en que haya algo en los documentos o en los hechos que pueda llevarnos a interpretar que el garante consistió tácitamente al convenio arbitral, este puede ser incorporado como parte no signataria en el arbitraje derivado del contrato principal.

---

<sup>15</sup> CONEJERO, Cristián; IRRA, René “La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado” En *Lima Arbitration*, núm. 5. Lima. (2012/2013).

<sup>16</sup> Texto original: “As in other non-signatory contexts, the correct analysis requires consideration of the relations between the parties and the contractual language that they have adopted. The language of the guarantee agreement and the underlying arbitration clause will be significant in ascertaining whether the parties intended that the guarantor be bound (and benefited) by the arbitration clause in the underlying contract. If the guarantee agreement is narrowly drafted or if the arbitration clause refers specifically and only to identified parties, then the guarantor will likely not be bound by the arbitration agreement.” BORN, Gary *International Commercial Arbitration. Segunda Edición. Kluwer Law International.* (2014).

*Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana*

Los supuestos que hemos descrito brevemente en las líneas precedentes son solo algunos de los diversos casos que se ven en la práctica arbitral en materia de no signatarios. Sin embargo, en cualquier caso, no debe perderse de vista que no estamos ante una lista taxativa que funcione como un molde en el que los árbitros deban necesariamente encajar los hechos de un caso concreto en materia de partes no signatarias.

Hasta este punto, pareciera ser que, ya sea que tengamos partes firmantes o partes no signatarias, su inclusión en el arbitraje siempre se produce sobre la base del mismo fenómeno: el consentimiento, sea expreso o tácito. Es decir, para que haya arbitraje siempre tiene que haber consentimiento de las partes involucradas, sean estas signatarias o no. Sin embargo, hay quienes sostienen que existen ciertas realidades que no parecen encajar con este enfoque consensual para las partes no signatarias. A continuación, desarrollaremos el fundamento de tales argumentos y analizaremos si realmente se puede hablar de teorías no consensuales de partes no signatarias en el ordenamiento peruano.

## **V. Las teorías no consensuales de partes no signatarias**

Hay un sector de la doctrina arbitral internacional que considera que, en ciertas circunstancias, la incorporación de las partes no signataria no se explica porque estas hayan prestado su consentimiento por medios distintos a la firma, sino que se explica por cuestiones de buena fe o consideraciones de equidad (por ejemplo, para combatir acciones fraudulentas). Como afirma el profesor Santiago Talero:

"[...] la vinculación de no signatarios por un pacto arbitral, no siempre obedece a que se determine inequívocamente su consentimiento; también puede obedecer a razones de equidad que llevan al operador jurídico a considerar necesaria la extensión del pacto arbitral al sujeto no signatario."  
(2010/2011: p.85)

Bajo esta perspectiva, se dice que existen casos en los cuales no existe consentimiento alguno por parte del no signatario para someterse al arbitraje, sino que simplemente ha realizado actos o conductas que resultan contravenir la buena fe y como tal, no pueden ser tolerados por el ordenamiento jurídico. De ahí que algunos autores distingan entre las teorías de partes no signatarias consensuales y no consensuales.

El profesor Gary Born lo explica en los siguientes términos:

"El enfoque en algunos contextos de no signatarios no está limitado a temas de consentimiento. Por el contrario, en algunas instancias, la ley aplicable determinará que una entidad está vinculada a un acuerdo de arbitraje incluso si no consintió -o intentó consentir- a quedar vinculado por dicho acuerdo. Este resultado se deriva de la aplicación de la ley aplicable y las consideraciones de equidad, típicamente bajo las teorías del levantamiento

del velo (alter ego), *estoppel*, aparente autoridad o sucesión.” (2014: p.1415). (traducción libre).<sup>17</sup>

En el mismo sentido se pronuncia el autor Stavros Brekoulakis:

“El primer grupo de teorías [las teorías no consensuales] incluye las teorías de autoridad aparente u ostensible, alter ego, el levantamiento del velo societario y *estoppel*. Todas estas teorías, que son en esencia teorías societarias o contractuales (en lugar de teorías arbitrales), están basadas en consideraciones claras de equidad. Aquí, la parte no signataria queda obligada a arbitrar no porque haya consentido a arbitrar, sino porque sería injusto no arbitrar.” (2016: p.144). (traducción libre).<sup>18</sup>

En esa misma línea, la profesora Hilda Aguilar explica:

“[...] el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos (*estoppel*) y la doctrina del “levantamiento del velo”, aun a pesar de ser figuras jurídicas ajenas al criterio básico de la voluntad, son aptas para justificar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptora.” (2009: p.27)<sup>19</sup>

Para estos autores, si limitamos el análisis de las partes no signatarias en el arbitraje a un enfoque basado en el consentimiento, nos topamos con situaciones que no podrán ser abordadas y, por lo tanto, nos estaríamos vistiendo con una camisa de fuerza que desconozca doctrinas o teorías basadas en la buena fe que son recogidas por muchos ordenamientos en el ámbito del derecho civil o comercial, como lo son las teorías del levantamiento del velo societario o de los actos propios. En palabras del citado profesor Brekoulakis:

“Como se demuestra, mientras las teorías de no signatarios existentes pueden funcionar bien bajo circunstancias usuales, usualmente no son capaces de acomodarse a transacciones complejas con múltiples partes que involucran a no signatarios, particularmente en transacciones con grupos corporativos y entidades estatales. Como se sostiene, esto responde al hecho de que el derecho de arbitraje de no signatarios se ha desarrollado como un

<sup>17</sup> Texto original: “The focus in some non-signatory contexts is not limited to issues of consent. Rather, in a few instances, applicable law will subject an entity to an arbitration agreement even if it did not consent – or even intend – to be bound by that agreement. This result is mandated by the force of applicable law and considerations of equity, typically under theories of veil piercing (alter ego), *estoppel*, apparent authority, or succession.” BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Segunda Edición. Kluwer Law International. (2014).

<sup>18</sup> Texto original: “The first group includes the theories of apparent or ostensible authority, alter ego or lifting the corporate veil, and equitable *estoppel*. All these theories, which are essentially corporate or contract law (rather than arbitration law) theories, are based on clear equitable considerations. Here, the non-signatory party is compelled to arbitrate not because it has actually consented to arbitrate, but because it would be unfair not to arbitrate.” BREKOULAKIS, Stavros “Chapter 8: Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality”. En: *The Evolution and Future of International Arbitration*. Editores: Stavros Brekoulakis, Julian David y otros. Kluwer Law International. (2016).

<sup>19</sup> AGUILAR, Hilda “Arbitraje Comercial Internacional y Grupos de Sociedades”. En *Cuadernos de Derecho Transaccional*, vol. 1, núm 2. Universidad Carlos III. Madrid. (2009).

*Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana*

cuerpo fragmentado de un amplio número de doctrinas dispares, las cuales no dan pie a una teoría general de no signatarios en arbitraje." (2017: p.612). (traducción libre).<sup>20</sup>

Sin embargo, en este punto resulta natural preguntarse: ¿Es realmente posible explicar la incorporación de una parte no signataria desde un enfoque ajeno al consentimiento? ¿Acaso no se desnaturaliza por completo la naturaleza del arbitraje? ¿Pueden las partes renunciar a su derecho a acudir al Poder Judicial para resolver sus disputas bajo la jurisdicción de un tribunal arbitral sin consentirlo?

A continuación, pasaremos a comentar brevemente algunas de las teorías de partes no signatarias que suelen ser incluidas por este sector de la doctrina dentro de las denominadas teorías no consensuales, haciendo un énfasis especial en la teoría del levantamiento del velo societario.

#### **i. El levantamiento del velo societario**

El levantamiento del velo societario es un remedio que responde al uso fraudulento de una estructura societaria o una persona jurídica para burlar el cumplimiento de ciertas obligaciones. La consecuencia de la misma es que se prescinde de la personalidad jurídica en el caso concreto, de modo tal que todas las sociedades y los accionistas (o las sociedades y sus empresas hermanas, si se trata de un levantamiento de velo horizontal) pasan a ser consideradas como un único sujeto obligado, un único centro de imputación jurídico.

Al respecto, William Park sostiene que:

"Si las transacciones fraudulentas hicieron de la compañía un cascarón vacío, el árbitro puede sentirse justificado en mirar más allá de la corporación hacia el dueño, independientemente de los que las partes originalmente buscaron. Para efectos jurisdiccionales, la corporación simplemente dejaría de existir, dejando que el hombre de negocios herede la cláusula arbitral." (2009: p.4). (traducción libre).<sup>21</sup>

Ahora bien, algunos autores confunden esta teoría con la teoría del grupo de compañías y la toman como una sola. No obstante, ello resulta errado. El fundamento de la teoría del grupo de compañías radica en el consentimiento

---

<sup>20</sup> Texto original: "As is shown, while the existing non-signatory theories can work well in straightforward circumstances, they are often unable to accommodate complex multiparty transactions that invariably involve non-signatories, in particular transactions with corporate groups and state entities. As is argued, this owes much to the fact that arbitration law on non-signatories has developed as a fragmented body of a wide number of disparate doctrines, which do not account for a general theory of non-signatories in arbitration." BREKOULAKIS, Stavros "Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-Signatories". En: *Journal of International Dispute Settlement*. No. 08. (2017).

<sup>21</sup> Texto original: "If the fraudulent transactions made the company an empty shell, an arbitrator might feel justified in looking beyond the corporation to its owner, irrespective of what the parties had originally intended. For jurisdictional purposes, the corporation would simply cease to exist, leaving the businessman to inherit the arbitration clause." PARK, William "Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma". En: *Multiple Parties in International Arbitration*. Editores: Permanent Court of Arbitration. Oxford University Press. (2009).



tácito, mientras que, en el levantamiento de velo societario, el fundamento radica en evitar el uso fraudulento de una persona jurídica. Gary Born aclara el asunto de la siguiente forma:

“La teoría del alter ego es una regla de derecho que es invocada para desconocer o anular los efectos que resultarían aplicables por la constitución o separación de personalidades jurídicas. El resultado de este análisis es que una entidad se torna no existente o meramente como una parte no incorporada de otra entidad. Este resultado es usualmente alcanzado sin atender a la intención de las partes al momento de contratar, basándose en consideraciones de equidad y buena fe.

En contraste, la teoría del grupo de compañías es ordinariamente un medio para identificar las intenciones de las partes, lo cual no desconoce o afecta la personalidad jurídica de las entidades en cuestión. [...]” (2014: p.1450). (traducción libre).<sup>22</sup>

Se trata entonces de una teoría autónoma, completamente distinta a la teoría del grupo de compañías.

En cuanto a sus requisitos, si bien no existe un consenso unánime en torno a los mismos, la tendencia mayoritaria reconoce los siguientes como esenciales: (i) el control excesivo por parte de la matriz; (ii) la existencia de fraude o una conducta ilícita; (iii) el nexo causal con el daño sufrido; y, (iv) el carácter residual del mismo. En palabras de Pietro Ferrario:

“En vista de lo anterior, las condiciones aplicadas por la jurisprudencia para levantar el velo societario pueden, de modo general, ser identificadas para cada una de las variantes del levantamiento del velo societario, como: (i) el ejercicio excesivo de control de la compañía matriz (la unidad de propiedad e intereses incluye el control); dicho control siendo manifestado por ejemplo, por, la participación en las operaciones del día a día de la subsidiaria, la determinación de las políticas y decisiones de negocio de la subsidiaria, sin considerar a los directores y oficiales de esta última, la emisión de instrucciones hacia el personal de la subsidiaria o la utilización de su propio personal para conducir los asuntos de la subsidiaria; (ii) un elemento fraudulento o ilícito; y (iii) un nexo causal con la pérdida sufrida por el demandante.” (2009: p.662). (traducción libre).<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Texto original: “*The alter ego theory is a rule of law that is invoked to disregard or nullify the otherwise applicable effects of incorporation or separate legal personality. The outcome of this analysis is that one entity is deemed either nonexistent or merely an unincorporated part of another entity. This result is often achieved without regard to the parties’ intentions at the time of contracting, based on overriding considerations of equity parties’ intentions at the time of contracting, based on overriding considerations of equity and good faith. In contrast, the group of companies doctrine is ordinarily a means of identifying the parties’ intentions, which does not disturb or affect the legal personality of the entities in question. [...]*”

<sup>23</sup> Texto original: “*In light of the above, the conditions applied by case law in order to lift the corporate veil can, in general, be identified for each of the variants of the piercing the corporate veil doctrine, as: (i) excessive exercise of control by the parent company (the unity of ownership and interest includes the*

Por el lado de la jurisprudencia internacional, a modo de ejemplo, vemos estos requisitos recogidos en un pronunciamiento de 1960 de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos (*Fisser v. International Bank*):

"(1) Control, no meramente el control mayoritario o completo de las acciones, sino el dominio completo, no solo de las finanzas, sino también de las políticas y prácticas comerciales con respecto a la transacción atacada, de modo que la entidad corporativa involucrada en la transacción no tenía una mente separada, o existencia propia; y (2) el demandado debe haber utilizado dicho control para cometer fraude o algo peor, para cometer la violación de un deber legal positivo u otro deber legal, o un acto deshonesto e injusto en contravención de los derechos legales del demandante; y (3) el control y el incumplimiento del deber mencionados anteriormente deben causar la lesión o la pérdida injusta que se ha denunciado." (traducción libre).<sup>24</sup>

Estos criterios también han sido recogidos en la práctica arbitral internacional. Por ejemplo, en el Caso CCI No. 14208/14236 del 2008, el tribunal arbitral sostuvo que:

"Tal como se derivan [sic] de la casuística arbitral, los principios transnacionales que gobiernan el asunto del levantamiento del velo son los siguientes:

-La existencia de control absoluto sobre la subsidiaria por parte del accionista dominante; los indicios de dicho control siendo particularmente

i) capitalización insuficiente de la subsidiaria;

ii) confusión en el manejo administrativo y los activos;

-Los indicios deben establecer la existencia de un fraude o abuso de derechos, por ejemplo cuando el control y manejo efectivo de la subsidiaria por la compañía contribuyen a comprometer la situación financiera de la subsidiaria y a hacer cualquier acción contra la subsidiaria ilusoria o al menos dudosa, o son usados para promover y proteger los intereses propios

---

*control); such control being manifested by, for example, participation in the subsidiary's day-to-day operations, determination of the subsidiary's policies and business decisions disregarding the directors and officers of the latter, issuing of instructions to the subsidiary's personnel or utilization of its own personnel to conduct the affairs of the subsidiary; (ii) a fraud element or wrongful conduct; and (iii) a causal link with the loss suffered by the claimant." FERRARIO, Pietro "The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is there any reason for this doctrine to exist?". En *Journal of International Arbitration*. Volumen 26. No. 05. (2009).*

<sup>24</sup> Texto original: "(1) Control, not mere majority or complete stock control, but complete domination, not only of finances, but of policy and business practice in respect to the transaction attacked so that the corporate entity as to this transaction had at the time no separate mind, will or existence of its own; and (2) Such control must have been used by the defendant to commit fraud or worse, to perpetrate the violation of a statutory or other positive legal duty, or a dishonest and unjust act in contravention of plaintiff's legal rights; and (3) The aforesaid control and breach of duty must proximately cause the injury or unjust loss complained of." El caso se encuentra disponible en: <https://casetext.com/case/fisser-v-international-bank>

de la compañía matriz a expensas de aquellos que interactúan con la compañía” (traducción libre).<sup>25</sup>

La doctrina latinoamericana va en la misma dirección. El profesor Jorge Ugarte, por citar un autor, explica esta figura en términos similares:

“Puede decirse que abusa de la personalidad jurídica de una sociedad o de sus atributos esenciales quien la utiliza para obtener fines adversos a aquellos que el legislador tuvo en cuenta al establecerla y provoca así su desnaturalización, o quien se vale de ella de manera opuesta a las reglas de la buena fe, la moral o las buenas costumbres: en definitiva, quien ejerce su derecho a someterse al régimen societario de forma antijurídica, esto es, contrariando el ordenamiento actualmente vigente considerado de manera integral.” (2012: p. 708).<sup>26</sup>

En la misma línea, el profesor Santiago Talero sostiene lo siguiente:

“Según esta tesis, esbozada varias veces por la jurisprudencia de los Estados Unidos, se entiende que la vinculación de una empresa a un pacto arbitral que ha suscrito otra empresa del grupo, debe obedecer a la existencia de una estrecha unidad de titularidad e intereses entre las empresas, y a la utilización de la separación jurídica formal entre las empresas de manera abusiva o fraudulenta en el caso concreto. De este modo, el hecho de no desestimar la división de personería jurídica entre dichas empresas, resultaría en una injusticia en el caso concreto. En todo caso, la procedencia de esta situación depende de la demostración fehaciente de los supuestos de la teoría. De lo contrario, se privilegia el principio de separación jurídica y patrimonial entre las empresas involucradas.” (2010/2011: p.87).<sup>27</sup>

En el ámbito jurisprudencial latinoamericano, también encontramos la aplicación de esta figura. Por ejemplo, la Corte Suprema de Chile decretó, en la sentencia del 2 de junio de 2009 (Rol No. 1527-2008), que el levantamiento del velo societario:

---

<sup>25</sup> Texto original: “As they result from the arbitral case law, the transnational principles governing the issue of piercing are the following: -The existence of complete control over the subsidiary by the dominant shareholder, the indicia of such control being in particular i) insufficient capitalization of the subsidiary, ii) confusion in the administration management and assets; The indicia must establish the existence of a fraud or an abuse of rights, for example when the control and effective management of the subsidiary by the company contribute to compromise the financial situation of the subsidiary and to make any action against the subsidiary illusory or at least doubtful or are used to promote and protect the parent company’s own interests at the costs of those who deal with the company”. Los extractos del caso se pueden ubicar en el boletín de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), volumen 24, número 2, publicado en el 2013; disponible en: [https://library.iccwbo.org/content/dr/BULLETINS/Bull\\_0060\\_intro.htm?l1=Bulletins&l2=IC C+International+Court+of+Arbitration+Bulletin+Vol.24%2FNo.2+-+Eng](https://library.iccwbo.org/content/dr/BULLETINS/Bull_0060_intro.htm?l1=Bulletins&l2=IC C+International+Court+of+Arbitration+Bulletin+Vol.24%2FNo.2+-+Eng)

<sup>26</sup> UGARTE, Jorge “Fundamentos y acciones para la aplicación del levantamiento del velo en Chile”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39. No. 03. (2012).

<sup>27</sup> TALERO, Santiago “Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”. En *Lima Arbitration*, núm. 4. Lima. (2010/2011).

*Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana*

"[...] permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre las otras, que esta o estas últimas no son sino el "alter ego" de la dominante, utilizado para obtener un resultado antijurídico. Se previene, de este modo abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe, que podrían verse sobrepasados [...]"

De otro lado, en cuanto a su aplicación residual, el profesor Fernando de Trazegnies explica que:

"[...] tal "desvelamiento" solo puede admitirse como un recurso excepcional, debido a que, si se generalizara, implicaría la destrucción de la sociedad anónima como persona jurídica; lo que equivale a decir, en la práctica, la destrucción de la forma societaria de responsabilidad limitada, con todas las consecuencias que ello implicaría para el sistema económico liberal-capitalista que predomina en nuestro tiempo." (2004: p.13)<sup>28</sup>

Hasta este punto, resulta evidente que, cuando hablamos de levantamiento del velo societario (independientemente de si estamos analizándolo dentro o fuera del contexto del derecho de arbitraje), el uso fraudulento de una persona jurídica no encubre ningún tipo de consentimiento tácito; por el contrario, lo que hay es una intención de usar una estructura societaria como cascarón o escudo para incumplir o burlar determinados compromisos asumidos, dejando a los accionistas o a las otras empresas vinculadas libres de dicho acuerdo. Ese uso fraudulento es, precisamente, lo que el ordenamiento jurídico rechaza por ser contrario a la buena fe.

Cuando hablamos de un uso fraudulento de la persona jurídica, en el fondo, a lo que nos referimos es a un abuso del derecho. Bien indica Hanotiau que:

"[...] el fraude y, de forma más general, la existencia de un abuso de derecho, han sido la base primaria sobre la que los tribunales arbitrales se han apoyado para perforar el velo societario. En un laudo parcial ad hoc de fecha 09 de septiembre de 1983, el tribunal señaló que la doctrina del levantamiento del velo societario está basada en el principio de la buena fe y

---

<sup>28</sup> El carácter residual no es una característica ajena al levantamiento del velo societario en el marco del análisis de jurisdicción. Sin embargo, como se mencionó líneas arriba, en el análisis de jurisdicción usualmente se requieren menos elementos de convicción que en el análisis de las cuestiones de fondo. En tal sentido, el hecho de que una parte no signataria sea incluida en el arbitraje en aplicación del levantamiento del velo societario no necesariamente resultará en que ésta sea luego declarada responsable por las cuestiones de fondo en aplicación de la misma teoría (Park 2009: p.17). Texto original: "*Veil-piercing may be invoked to justify either jurisdiction over a corporate affiliate or one company's liability for the substantive debts of another. This does not mean, however, that arbitrators who join a non-signatory parent must (or should) find the shareholder liable for the subsidiary's obligations.*" DE TRAZEGNIES, Fernando "El rasgado del velo societario dentro del arbitraje". En *Ius et Veritas*, núm. 29. Lima. (2004). (2004: p.13)

en el concepto de abuso de derechos, i.e. el abuso inadmisible de la separación de las entidades legales.” (2006: p.17) (traducción libre).<sup>29</sup>

Ahora bien, siendo una teoría desarrollada principalmente por la jurisprudencia y la doctrina, y teniendo un origen en sistemas jurídicos de tradición anglosajona, corresponde preguntarnos si el levantamiento del velo societario es un remedio que pueda ser aplicado en un ordenamiento jurídico como el peruano; que, a la sazón, no tiene ninguna disposición normativa que faculte expresamente a los tribunales (arbitrales o judiciales) a desconocer la personalidad jurídica en casos de uso fraudulento.

Desde nuestro punto de vista, no obstante, el levantamiento del velo societario sí podría ser aplicado en el ordenamiento jurídico peruano. Como hemos visto, el fundamento de esta figura radica en la prohibición del abuso del derecho (en el caso del levantamiento del velo, específicamente a través del abuso de la personalidad jurídica). En esa línea, yendo a lo recogido el artículo 103 de la Constitución Política:

“Artículo 103.-

[...]

La Constitución no ampara el abuso de derecho.”

Asimismo, el tenor del artículo II del Título Preliminar del Código Civil es el siguiente:

“Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”

Podemos afirmar entonces que cuando se habla del abuso del derecho, se debe entender como una prohibición o limitación general del ejercicio de derechos o instituciones jurídicas en contravención del principio de la buena fe y los deberes que este impone a las partes en el marco de sus relaciones.

Este razonamiento es compartido por De Trazegnies, cuando sostiene que:

“[...] descorrer el velo de la persona jurídica para salvar la moral y la buena fe no es desconocer el artículo 78 del Código Civil sino aplicarlo en concordancia con el artículo II del Título Preliminar del mismo cuerpo legal

---

<sup>29</sup> Texto original: “[...] fraud and more generally the existence of an abuse of rights have been the first basis on which arbitral tribunals have relied to pierce the corporate veil. In an ad hoc interim award of 9 September 1983, the tribunal pointed out that the doctrine of piercing the corporate veil is based upon the principle of good faith and the concept of an abuse of rights, i.e. the inadmissible abuse of the separation of legal entities.” HANOTIAU, Bernard Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions. Kluwer Law International. (2006).

*Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana*

que prohíbe el abuso del derecho y en concordancia con los artículos 168, 1361 y 1362 del mismo Código que obligan a los contratantes a actuar de buena fe y a interpretar los actos jurídicos según el principio de la buena fe." (2001: p.238).<sup>30</sup>

Sin embargo, por si ello no fuera suficiente, la doctrina peruana incluso explica que la razón por cual no se incluyeron disposiciones expresas recogiendo este remedio en la Ley General de Sociedades ("LGS") o el Código Civil peruano fue para evitar que su naturaleza residual y casuística derive en un uso desmesurado de esta teoría. En esa línea se pronuncia Enrique Elías Laroza cuando explica que no se incluyó esta figura en la LGS por ser "[...] un tema eminentemente casuístico y jurisprudencial. Por ello, la LGS no se pronuncia al respecto." (2015: p.77)<sup>31</sup>

Por su parte, Fernando de Trazegnies insiste en que esta doctrina sí está recogida en el ordenamiento jurídico peruano:

"Quiero recordar a este respecto que la teoría del levantamiento del velo societario no es una doctrina extranjera en el Perú, sino que, por el contrario, ha sido tenida en cuenta por los legisladores del Código Civil de 1984 al redactar precisamente el citado artículo 78 de ese Código. En efecto, es importante destacar que el doctor Carlos Fernández Sessarego, autor del proyecto del Libro de Personas, al escribir la Exposición de Motivos del propio artículo 78, afirma que, 'como lo demuestra abundante jurisprudencia comprada y lo admite la doctrina más reciente', no cabe respetar la forma en ciertos casos y es necesario descorrer el velo de la persona jurídica para evitar que se haga abuso de ella. La Comisión Reformadora se negó a incluir este principio en forma explícita en el articulado del Código por temor de que ello debilitara demasiado la teoría de la persona jurídica. Pero admitió que el principio estaba implícito pues se basaba en la buena fe con que deben interpretarse los actos jurídicos, lo que es una premisa subyacente a todo el Derecho. [...]" (2001: pp. 237-238).

En resumidas cuentas, si bien el legislador peruano no incluyó una disposición expresa que recoja la figura del levantamiento del velo societario, sí incluyó los principios de los cuales deriva, puntualmente la prohibición del abuso del derecho y la buena fe. Esta omisión no debe, en ningún caso, ser entendida como una prohibición de descorrer el velo societario, sino más bien como un acto de prudencia del legislador, a efectos de dejar esta figura al desarrollo jurisprudencial, dado su naturaleza residual. Es decir, dejando en manos de quienes impartan justicia el análisis caso por caso, a la luz de los principios mencionados.

---

<sup>30</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando "El derecho de adquisición preferente en la sociedad anónima: la transferencia del control social a través de una sociedad holding". En *Advocatus*, núm. 04. Lima. (2001).

<sup>31</sup> ELÍAS, Enrique. *Derecho Societario Peruano: La Ley General de Sociedades en el Perú*. Gaceta Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica, segunda edición, 2015.

De hecho, en el caso TSG (Caso Arbitral No. 1052-068-2005 bajo la administración de la Cámara de Comercio de Lima)<sup>32</sup>, considerando por autores como Fernando Cantuarias como “[...] el caso más emblemático de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias que se haya conocido en estas latitudes” (2014: p.173), el tribunal arbitral dispuso la aplicación del levantamiento del velo societario sobre las empresas demandadas, como puede verse del laudo de fecha 18 de marzo de 2009, en el que el tribunal sostuvo que:

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

589. Ello en tanto se ha verificado la presencia de los elementos objetivo y subjetivo requeridos por la doctrina y la jurisprudencia internacional, esto es la vinculación entre las empresas emplazadas y la voluntad fraudulenta de perjudicar a terceros, en este caso TSG. Ello se ha desprendido del análisis de los indicios presentes en este caso, los mismos que vistos de manera conjunta (numerales 373 al 583 del presente Laudo), y también de conformidad con lo establecido en el Marco Conceptual previo (numerales 224 al 371 del presente Laudo), han llevado a este colegiado a concluir que en efecto existe una vinculación fraudulenta entre las empresas con el objeto de perjudicar a TSG.”

Si bien dicho laudo fue inicialmente anulado por la Primera Sala Civil de Corte Superior de Lima en un pronunciamiento de fecha 10 de agosto de 2010, dicha sentencia fue posteriormente declarada nula por la Corte Suprema, ordenando a la Corte Superior que emita un nuevo pronunciamiento. Cabe destacar que, en la Casación No. 4624-2010, de fecha 19 de diciembre de 2011, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema reconoció incluso la posibilidad de que el levantamiento del velo societario sea aplicado en el ordenamiento peruano:

“NOVENO. Conforme a los argumentos expuestos, se evidencia el error de la Sala Superior, al haber colocado a la jurisdicción arbitral en un estado de inferioridad respecto a la jurisdicción ordinaria, inferioridad para no poder pronunciarse sobre determinadas situaciones tales como los grupos de sociedades, situaciones de fraude y desvelamiento del velo societario, elemento último sobre el que la doctrina nacional ha elaborado sendos estudios [...]”

---

<sup>32</sup> Los actos principales de dicho expediente arbitral se pueden extraer del Expediente Judicial No. 451-2009

Ante ello, en su segundo pronunciamiento de fecha 5 de marzo de 2013, la Primera Sala Civil de Corte Superior de Lima señaló lo siguiente:

“DÉCIMO OCTAVO. [...]

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

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

Es claro entonces que, al margen de inexistir una disposición normativa que recoja expresamente el levantamiento del velo societario, este puede ser aplicado en el ordenamiento peruano como un remedio basado en la buena fe (específicamente a través de la prohibición del abuso del derecho)<sup>33</sup>. Bien explica Fernando Cantuarias, a propósito del Caso TSG, que:

“[...] si bien el anterior marco legal no tenía una norma como lo es el artículo 14° de la actual Ley de Arbitraje, no es menos cierto que era absolutamente válido apelar a este razonamiento, ya que nuestro ordenamiento legal tiene disposiciones normativas que no le dan la exclusividad a la firma para demostrar la existencia de una manifestación de voluntad y, además, existe la prohibición del abuso del derecho y de la personalidad jurídica, tanto en la Constitución como en la ley. En ese sentido, no amparar la extensión del convenio arbitral es pretender tapar la propia realidad de nuestro ordenamiento jurídico.” (2014: p.182) (énfasis agregado).<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> En el ámbito laboral, el levantamiento del velo societario también ha sido reconocido por la Segunda Sala de la Corte Superior de Lima en un pronunciamiento del 8 de marzo del 2007: “Décimo Séptimo: que al no contar la demandada Restaurant Peña Surquillana E.I.R.L. con recursos que permitan cumplir con la obligación de pago de la acreencia laboral del actor, es acorde a derecho que en el presente caso este Órgano Jurisdiccional aplique la figura del levantamiento del velo societario; Décimo Octavo: que, la citada figura es un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se haya revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación particular. [...]”. Asimismo, desde el ámbito tributario, en la Resolución No. 18464 de fecha 15 de junio de 1984, el Tribunal Fiscal sostuvo lo siguiente: “Que sostener que ese saldo acreedor está limitado a la cuenta con la principal, excluyéndose por tanto el saldo acreedor con otras entidades vinculadas económicamente con la principal, tales como sucursales en otros países, subsidiarias, filiales, incorporadas o, en su caso, matrices de la propia principal, sería admitir una utilización indebida de las formas jurídicas con el objeto de disfrazar la realidad económica.”

<sup>34</sup> CANTUARIAS, Fernando “El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG”. En *Lima Arbitration*, núm. 06. Lima. (2014).



En base a lo anterior, estamos convencidos de que, siempre que se cumplan los requisitos que hemos mencionado anteriormente, la teoría del levantamiento del velo societario puede ser aplicada en el ordenamiento peruano para explicar la incorporación de una parte no signataria a un arbitraje. No obstante, no estamos de acuerdo en que esta deba ser considerada como una teoría no consensual o ajena al consentimiento.

Hemos mencionado que el levantamiento del velo societario se fundamenta en la prohibición del abuso de la personalidad jurídica como manifestación del principio de la buena fe. Sin embargo, no debe perderse de vista la consecuencia de aplicar dicho remedio: esta teoría acarrea el desconocimiento de la personalidad jurídica en el caso concreto, haciendo que las sociedades y accionistas puedan ser consideradas como un solo centro de imputaciones.

Esto quiere decir que, si la sociedad “casarón” suscribió un determinado contrato y se obligó a cumplir sus obligaciones, en aplicación de levantamiento del velo societario, se entenderá que, al ser todos considerados como un solo centro de imputación, todos los accionistas y demás sociedades vinculadas involucradas en el esquema fraudulento también quedan vinculadas por el consentimiento exteriorizado por la sociedad “casarón”. Esto aplica exactamente igual en el contexto arbitral; la única particularidad es que en este caso el contrato es el convenio arbitral y, como tal, los accionistas y demás sociedades vinculadas involucradas en el esquema fraudulento pueden ser perfectamente incluidas en el arbitraje sobre la base del consentimiento prestado por la persona jurídica cuyo velo ha sido descorrido.

Por lo tanto, es incorrecto afirmar que no haya un consentimiento en los casos de levantamiento del velo societario; en estos casos, el consentimiento lo prestó la sociedad “casarón”, pero este, en aplicación del levantamiento del velo societario, alcanza también a las otras sociedades o accionistas no signatarios.

## ii. Los actos propios o estoppel

La doctrina de los actos propios consiste básicamente en impedir que una persona pueda ir en contra de sus actos previos, si es que estos han generado en la otra parte una expectativa legítima basada en la buena fe. Al igual que en el caso del levantamiento del velo societario, la doctrina de los actos propios está basada en el principio de la buena fe. Al respecto, Cecilia O’Neill asevera que:

“El sustento de la doctrina de los actos propios es el principio de la buena fe porque su propósito es fomentar que las personas actúen de modo coherente, sancionando a quienes incurran en contradicciones.” (2005: p. 47)<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> O’NEILL, Cecilia “El cielo de los conceptos jurídicos” versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios”. En *THEMIS*, núm. 51. Lima. (2005).

Los requisitos tradicionalmente reconocidos para aplicar esta teoría son (i) la ejecución de una conducta vinculante; (ii) la formulación de una pretensión contradictoria; y, (iii) la identidad de sujetos (O'Neill 2005: p. 49). Respecto al requisito de la pretensión contradictoria:

"La pretensión importa el ejercicio de un derecho que merece protección. De hecho, el ejercicio de ese derecho es lícito y amparable, pero cuando se produce luego de una conducta vinculante, entran en juego otros elementos, como la buena fe y la confianza, cuya protección revela la existencia de otras prioridades. De esta forma, no es admisible ejercer un derecho subjetivo que, a pesar de ser válido y protegible, es contradictorio con una conducta anterior y vinculante.

De allí que "la pretensión contradictoria, teniendo como referencia un acto anterior, permite la defensa del sujeto que ha receptado ambas conductas, que ha confiado en la primera de ellas y que ha actuado consecuentemente con dicha confianza...", siempre que haya actuado de buena fe. Ejemplos de conductas contradictorias hay muchos. Así, son incompatibles entre sí las conductas de considerar extinguido un derecho y luego considerar que existe, respetar determinado acuerdo y luego impugnarlo, o reconocer un derecho para luego discutirlo." (O'Neill 2005: p. 50)

En tal sentido, podemos afirmar que, bajo la teoría de los actos propios, en esencia, se busca que las partes no puedan desconocer los actos y conductas que realizaron frente a la otra parte llevándola a generarse una expectativa razonable y basada en la buena fe.

Sin embargo, en el caso del arbitraje, no se utiliza exactamente en dichos términos. De hecho, el ejemplo clásico al que suele recurrirse es que una parte no puede reclamar los beneficios de un contrato que contiene un convenio arbitral, desconociendo al mismo tiempo la cláusula arbitral del mismo. Como explica la profesora Moses:

"[...] se puede impedir que un no signatario desconozca su obligación de arbitrar si ha recibido beneficios directos al "haber conscientemente explotado el contrato [que contenía la cláusula arbitral]". En estos casos, el no signatario típicamente ha reconocido el contrato, se ha beneficiado de sus disposiciones, y luego, cuando surge una disputa, ha rechazado la cláusula arbitral. A las cortes no les complace este tipo de conductas, indicando que "el permitir [a un demandante] que se reclamen los beneficios del contrato y en simultáneo evitar sus cargas desconocería la equidad y contravendría los principios subyacentes a la promulgación de la Ley de Arbitraje". Así, bajo esta teoría, si un no signatario se ha beneficiado directamente de las

disposiciones de un contrato, es probable que quede vinculado por la cláusula arbitral.” (2012: p. 37) (traducción libre).<sup>36</sup>

En efecto, la justificación radica en que no puede permitirse que se realice un *cherry picking* a efectos de solo considerar ciertos pactos del contrato, pero no otros. Ello, como es evidente, va en contra del deber de coherencia y lealtad que exige el principio de la buena fe. Hanotiau, refiriéndose a la aplicación de esta teoría en la práctica jurisprudencial, aclara:

“Una teoría de *estoppel* por beneficios directos es también utilizada por las cortes estadounidense para reforzar la posición de que una parte no puede reclamar el beneficio de un contrato y simultáneamente evitar sus cargas, alegando que, como no signataria, no puede ser obligada a arbitrar.” (2006: p.24) (traducción libre).<sup>37</sup>

La doctrina latinoamericana va en la misma línea; por ejemplo, Talero se pronuncia en términos similares:

“El caso típico de la configuración de esta figura respecto de la vinculación de empresas a pactos arbitrales que éstas no han suscrito, radica en que la empresa correspondiente, que no ha suscrito el pacto arbitral, invoque a su favor algún derecho previsto en un contrato entre otra empresa y un tercero, cuando en dicho contrato se encuentra la cláusula arbitral. En ese tipo de situaciones, se entiende que la empresa que ha invocado un derecho contractual a su favor no puede luego contrariar su conducta anterior y desconocer su obligación de acudir al arbitraje alegando que no es parte.” (2010/2011: p. 89).

Ahora bien, cabe precisar que, cuando nos referimos a los beneficios del contrato reclamados por el no signatario, estos deben derivarse directamente del contrato. En palabras de Roque Caivano:

“[...] es necesario aclarar que, conforme la jurisprudencia norteamericana, para que tal cosa suceda, esos beneficios deben ser directos, es decir que deben surgir directamente del acuerdo, no alcanzando que sean meramente indirectos, como sería el supuesto en que la parte no-signataria explotara la

---

<sup>36</sup> Texto original: “However, a non-signatory can be estopped from denying the obligation to arbitrate if it has received direct benefits by “knowingly exploiting the agreement [which contained the arbitration clause].” In these cases, a non-signatory has typically embraced the agreement, benefited from its provisions, and then, once a dispute arises, has repudiated the arbitration clause. Courts are not pleased with this kind of conduct, stating, “To allow [a plaintiff] to claim the benefit of the contract and simultaneously avoid its burdens would both disregard equity and contravene the purposes underlying enactment of the Arbitration Act.” Thus, under this theory, if a non-signatory has directly benefited from the provisions of a contract, it will likely be held to the arbitration clause.” MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Segunda Edición. Cambridge University Press. (2012).

<sup>37</sup> Texto original: “A “direct benefits” estoppel theory is also used by American courts to enforce the position that a party may not claim the benefit of a contract and simultaneously avoid its burdens by claiming that, as a non-signatory, it cannot be compelled to arbitrate.”

*Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana*

relación contractual entre las partes, pero no el acuerdo en sí mismo." (2006: p. 135)<sup>38</sup>

Es decir, si los beneficios reclamados por el no signatario emanan, por ejemplo, de la relación comercial o económica global, sin estar ceñidos específicamente al contrato que contiene la cláusula arbitral, no será posible aplicar la teoría de los actos propios para que dicho no signatario quede vinculado al arbitraje.

Aterrizando esta teoría al ámbito arbitral peruano, tenemos que, en los hechos, este es el supuesto que busca atender la segunda parte del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Al respecto, Bullard explica que:

"Algo similar se deriva del segundo supuesto contemplado en el actual artículo 14 de la LA, referido a que el convenio arbitral se extiende a quienes pretendan derivar beneficios del contrato. En este caso, tampoco hay, en estricto, una intención de someterse a arbitraje bajo los moldes convencionales, pero sí una voluntad que en buena fe conduce a que la parte quede vinculada por el convenio. Por ejemplo, si el beneficiario de un seguro, en el supuesto que fuese diferente al asegurado, pretende, para reclamar su indemnización, recurrir al Poder Judicial y no al arbitraje pactado en el contrato de seguro, su conducta no es consistente con la buena fe. Si bien no suscribió la cláusula arbitral, pretende derivar un beneficio de un contrato sujeto por las partes a arbitraje. En buena fe, no puede acogerse su voluntad de desvincularse de una consecuencia a la que las partes que suscribieron el contrato que le concede el beneficio, quisieron someterse. Consentir al beneficio concedido significa aceptarlo con todas sus consecuencias, las deseadas y no deseadas. Y ello incluye la consecuencia de arbitrar." (2012: pp. 28-29). (énfasis agregado)

A partir de lo anterior, podemos afirmar que, en estricto sentido, la teoría de los actos propios o *estoppel* no encaja del todo, en el contexto arbitral, con la formulación tradicional de esta teoría en el ámbito civil. En este caso en realidad no hay una conducta subsecuente que resulte contraria a una conducta original, sino más bien un *cherry picking* consistente en querer sacar provecho a los beneficios de un contrato, pero desconociendo el convenio arbitral contenido en una de sus cláusulas. Coincidimos con la doctrina arbitral en que estas conductas no deben ser permitidas y también creemos que dicha justificación puede ser perfectamente aplicado en el ordenamiento peruano, pero no porque sean contradictorias sino porque, cuando uno asume los beneficios de un contrato, lo hace con todas sus cargas y obligaciones también; no es posible separar unas disposiciones de las otras, como bien indica Bullard.

En otras palabras, cuando uno adquiere un derecho, lo incorpora en su patrimonio dentro de un contexto. Cuando se trata de un derecho contractual, ese derecho es

---

<sup>38</sup> CAIVANO, Roque "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario". En *Lima Arbitration*, núm. 1. Lima. (2006).

adquirido en conjunto con las demás reglas del contrato que determinan cómo es que ese derecho puede ser ejercido, cuáles son los remedios que caben si la situación jurídica de desventaja que está atado a él es incumplida, cuál es la ley aplicable, cuál es el foro aplicable, entre otros. Cuando uno adquiere ese derecho, por la vía que sea (cesión, derecho a favor de tercero, sucesión, etc.), consiente a todas las situaciones coligadas a este, pues estas son parte del derecho en cuestión.

En tal sentido, pretender rechazar el convenio arbitral que fue pactado en referencia al derecho en cuestión, no es un problema de actos propios, sino, simplemente, es pretender desconocer el consenso dado al momento de adquirir el derecho en cuestión. Equivalente a que el un firmante de un convenio arbitral se niegue al arbitraje.

En esa línea, tampoco creemos que esta teoría pueda formularse como una teoría no consensual. En estos casos el consentimiento sí existe, y este se manifiesta cuando el no signatario opta por tomar los beneficios del contrato.

### iii. Autoridad aparente

La teoría de la autoridad aparente consiste, en esencia, en la creación de una apariencia razonable de que una de las partes firmantes tenía las autorizaciones, facultades o potestades necesarias para suscribir un convenio arbitral por cuenta de la parte no signataria. En palabras del profesor Gary Born:

“Bajo la teoría de la autoridad aparente, una parte puede quedar vinculada por los actos de otra entidad realizados deliberadamente por cuenta suya, incluso cuando dichos actos no fueron autorizados, si el principal putativo creó la apariencia de una autorización a través de palabras o conductas, llevando a la contraparte a creer razonablemente que en realidad existía una autorización.” (2014: p. 1425). (traducción libre).<sup>39</sup>

El sustento no radica propiamente en la ejecución de los principales actos del contrato principal, sino en un despliegue de conductas que llevaron a la otra parte a creer razonablemente, y en buena fe, que la parte firmante estaba debidamente facultada para firmar el convenio arbitral a nombre del no signatario.

Si bien esta teoría puede tener cabida en otros ordenamientos jurídicos, más allá de su fundamento, en nuestra opinión, esta teoría no puede ser aplicada en el ordenamiento peruano en ningún caso (dentro o fuera del contexto arbitral), por cuanto contraviene directamente los artículos 160 y 161 del Código Civil:

---

<sup>39</sup> Texto original: “Under the apparent authority theory, a party may be bound by another entity’s acts purportedly entered into on its behalf, even where those acts were unauthorized, if the putative principal created the appearance of authorization through words or conduct, leading a counter-party reasonably to believe that authorization actually existed.” BORN, Gary *International Commercial Arbitration*. Segunda Edición. Kluwer Law International. (2014).

*Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana*

"Artículo 160.- El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado.

Artículo 161.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros."

En efecto, más allá de las apariencias que se podrían haber generado (y los posibles reclamos por daños y perjuicios que se pudieran derivar), si es que no existía una autorización para el representante concediéndole facultades para, por ejemplo, vincular al representado al convenio arbitral, no podrá considerarse que este último pueda ser considerado parte del convenio si es que el representante suscribió alegando actuar por cuenta suya.

Hasta aquí, hemos explicado brevemente algunas de las teorías de partes no signatarias comúnmente enmarcadas dentro del molde de las teorías no consensuales. Respecto de éstas, podemos concluir que, en realidad, no es correcto afirmar, al menos bajo el derecho peruano, que estas justifiquen la incorporación de una parte no signataria en el arbitraje que no haya consentido a este.

Más todavía, creemos que sólo es posible que una parte (sea signataria o no) pueda ser incluida dentro de un proceso arbitral si es que de alguna manera ha brindado su consentimiento al mismo, sea de manera expresa o tácita; o, que la ley disponga el arbitraje como el mecanismo legal asignado para la solución de determinada controversia. De otra forma, dado que la competencia de los árbitros deriva del consenso, al ser el arbitraje, como hemos indicado, una "criatura contractual", no existiría respaldo jurídico para que un árbitro o un tribunal arbitral se irroge el poder jurisdiccional de ordenar el ingreso al arbitraje de quien no ha prestado su consentimiento a este. En tal caso, estaría ejerciendo una función jurisdiccional que escapa a sus facultades.

## **VI. Conclusiones**

Cuando se busca dilucidar cuál es el alcance subjetivo del convenio arbitral y quiénes pueden ser vinculados al arbitraje, no debe perderse de vista que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias basado en el consentimiento. Esto, en esencia, es lo que justifica el porqué no es posible que una parte se rehúse a formar parte de un arbitraje pretendiendo en su lugar ir a las cortes judiciales, cuando esta previamente ha renunciado a este derecho para someter determinadas disputas a la jurisdicción de un tribunal arbitral o de un árbitro.

En la práctica arbitral se admite que este consentimiento se vea manifestado de manera escrita o de manera tácita, reconociendo el acuerdo de voluntades sin necesidad de una forma *ad solemnitatem*. El concepto de partes no signatarias en el

arbitraje conversa perfectamente con la naturaleza consensual del arbitraje, pues reposa en el consentimiento tácito que el no signatario ha prestado, mediante sus actos, al convenio arbitral.

Sin embargo, como hemos visto a lo largo de este artículo, existe un importante sector de la doctrina que clasifica las teorías de partes no signatarias comúnmente empleadas en teorías consensuales y teorías no consensuales. Respecto a las últimas, alegan que existen ciertas circunstancias bajo las cuales el enfoque tradicional basado en el consentimiento resulta insuficiente y que, por el contrario, el enfoque en estos casos reposa en consideraciones de buena fe o equidad. Los ejemplos típicos que se suelen utilizar para estas teorías son el levantamiento del velo societario, los actos propios o *estoppel* y la autoridad aparente.

Sin embargo, en nuestra opinión, creemos que, al menos a la luz del derecho peruano, resulta errado emplear un enfoque ajeno a la voluntad para explicar la incorporación de un signatario a un arbitraje. Creemos que para que haya arbitraje, siempre tiene que haber consentimiento y cualquier razonamiento que busque desconocer eso atenta directamente contra la naturaleza voluntaria y consensual propia de este mecanismo de solución de controversias. De hecho, como hemos explicado, en los tres ejemplos mencionados anteriormente, es incorrecto sostener que estas son ajenas a la voluntad de las partes por cuanto en dos de ellas sí se presenta una forma de consentimiento tácito, mientras que en la tercera, legalmente no es posible involucrar a quien realizó los actos de autoridad aparente en el arbitraje.

En este artículo no hemos pretendido, en forma alguna, abordar de manera exhaustiva todos los supuestos en que se puede presentar la incorporación de una parte no signataria, sino evidenciar mediante algunos casos específicos, cómo es que necesariamente se requiere del consentimiento a efectos de poder incorporar a alguien dentro del proceso arbitral.

Atendiendo a estas consideraciones, los abogados litigantes y tribunales arbitrales deben ser muy cautelosos en su argumentación cuando pretenden explicar la incorporación de un no signatario en un arbitraje. Es perfectamente posible que las teorías tradicionales o típicas puedan no ajustarse a ciertas realidades o circunstancias y que, como tal, sea necesario recurrir a nuevos planteamientos o cuestionamientos frente a estas. Sin embargo, sea cual sea el enfoque que se emplee, este siempre debe reposar en el consentimiento; de lo contrario, corremos el riesgo de quebrantar los cimientos más elementales sobre los cuales se construye el arbitraje.