

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**Inclusión de Terceros No Signatarios del Convenio Arbitral en el Arbitraje
en Ecuador**

María del Mar Heredia Chamorro

Rodrigo Jijón Letort, Doctor, Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, 16 de mayo de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Inclusión de terceros no signatarios del convenio arbitral en los procesos de arbitraje en el Ecuador”

María del Mar Heredia Chamorro

Dr. Fabián Jaramillo
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Rodrigo Jijón
Director de Tesis

Dr. Jaime Vintimilla
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 14 de Mayo de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

M. del Mar J.

Nombre:

C. I.: 1712834207

Fecha: 14 / 05 / 2013

Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "Inclusión de terceros no signatarios del convenio arbitral en los procesos de arbitraje en el Ecuador", presentado por la estudiante, señorita María del Mar Heredia Chamorro previo a la obtención del título de Abogada.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

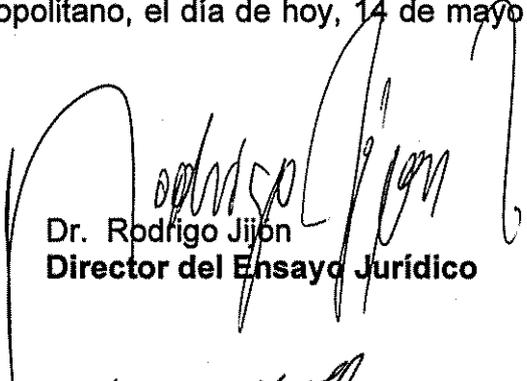
Señor Doctor Fabián Jaramillo, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Rodrigo Jijón, Director del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Jaime Vintimilla, Informante del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado a la estudiante por espacio de una hora, decidió asignar a la Defensa Oral la calificación de 95.0 /100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 88.5 /100, da la nota final de Grado de 91.75/100, equivalente a " A " la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

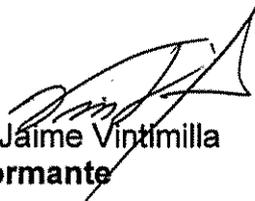
Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, 14 de mayo de 2013.



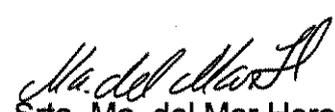
Dr. Fabián Jaramillo
Presidente del Tribunal



Dr. Rodrigo Jijón
Director del Ensayo Jurídico



Dr. Jaime Vintimilla
Informante



Srta. Ma. del Mar Heredia

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/ TITULO: "Inclusión de terceros no signatarios del convenio arbitral en los procesos de arbitraje en el Ecuador"

ALUMNO: María del Mar Heredia Chamorro.

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema presentado por el alumno es de gran importancia ya que analiza uno de los temas más controvertidos en el arbitraje nacional o internacional cual es la extensión de la cláusula arbitral a terceros que no firmaron el acuerdo. La posición es novedosa porque cuestiona la premisa fundamental del arbitraje que es el consentimiento de las partes.

El problema presentado es, además, actual y vigente y propone soluciones que no requieren reformas legales, lo que las hace más posibles.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis es trascendente puesto que se refiere a la posibilidad de ampliar la jurisdicción de los árbitros a personas que no se han sometido expresamente a dicha jurisdicción. El objetivo de esta nueva corriente es facilitar el arbitraje y conseguir de esta manera la solución efectiva y rápida de los conflictos que es una de las grandes aspiraciones de cualquier sistema jurídico.

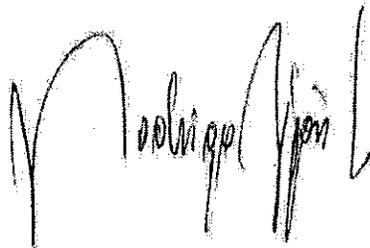
c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Los documentos empleados son suficientes y pertinentes, a pesar de la novedad del tema. El estudiante ha hecho un esfuerzo en conseguir material de derecho comparado, y de derecho local en relación con los distintos temas planteados.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El estudiante ha justificado la hipótesis planteada. Su argumentación está debidamente motivada y adecuadamente respaldada.

FIRMA DIRECTOR:

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rodrigo Jijón L.', written in a cursive style.

Rodrigo Jijón L.

RESUMEN

La constante evolución de las relaciones jurídicas y las necesidades de la práctica en el área comercial, hacen necesaria el desarrollo y adaptación del ordenamiento jurídico. La realidad del sistema arbitral requiere una pronta flexibilización de este sistema al ser el mecanismo preferido por las partes para resolución de controversias de los negocios jurídicos a los que se ven involucrados. Por este motivo, a través de la presente tesina se pretende analizar y resaltar la necesidad de adaptar el régimen arbitral ecuatoriano permitiendo la extensión del alcance del convenio arbitral a aquellas partes que, pese a no haber convenido el arbitraje mediante un convenio escrito, su conducta presupone su ineludible aceptación de esta jurisdicción para dirimir los conflictos, y que además se verán directamente afectadas por el proceso arbitral que se lleve a cabo. No obstante, esta apertura del sistema arbitral, como se observará en el trabajo planteado, debe llevarse a cabo en casos excepcionales, con estricto apego al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

ABSTRACT

The constant evolution of the legal and practical necessities in the commercial area, require the development and rearrangement of the legal system. The arbitration system actually requires prompt flexibility as it has become the preferred mechanism for the parties to resolve disputes of legal transactions in which they are involved. Therefore, through this thesis we will analyze and highlight the need to adapt the Ecuadorian arbitration scheme allowing extension of the scope of the arbitration agreement to parties who, despite not having agreed to arbitration by a written agreement, conduct presupposes its inevitable acceptance of this jurisdiction to settle disputes, and that will be directly affected by the arbitration process conducted. However, this opening of the arbitration system, as will be seen in the proposed work, must be done in exceptional cases, strictly in accordance with Ecuadorian law.

ABREVIATURAS

C	Constitución de Ecuador
CC	Código Civil de Ecuador
CPC	Código de Procedimiento Civil de Ecuador
CCI	Corte Internacional de Arbitraje / Cámara de Comercio Internacional
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Convención de Nueva York	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras 1958
Convención DDHH	Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José 1969
Declaración DDHH	Declaración Universal de Derechos Humanos 1948
LAM	Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador
LAP	Ley de Arbitraje de Perú
UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	8
1. CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE	14
1.1. Definición, naturaleza y principios del arbitraje	14
1.2. Normativa aplicable al arbitraje en Ecuador.....	16
1.2.1 El arbitraje al amparo de la Constitución.....	16
1.2.2 Ley de Arbitraje y Mediación	18
1.2.2.1 Convenio Arbitral.....	19
1.2.2.2 Capacidad de las partes para suscribir un convenio arbitral.....	20
1.2.2.3 Materia que puede someterse a arbitraje	21
1.2.2.4 Arbitraje en Derecho y Arbitraje en Equidad	21
1.2.2.5 Arbitraje Administrado y Arbitraje Independiente.....	22
1.2.2.6 Procedimiento Arbitral	23
1.2.2.7 Laudo Arbitral	24
1.2.2.8 Recursos contra el Laudo Arbitral.....	24
1.2.2.9 Ejecución del Laudo Arbitral	26
1.2.3 Código Civil, Código de Procedimiento Civil y Código de Comercio	26
1.2.4 Acercamiento a la incorporación de terceros no signatarios en el arbitraje latinoamericano.....	27
2. CAPÍTULO II. INCLUSIÓN DE TERCEROS NOS SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE.....	29
2.1 Definición de terceros no signatarios.	30
2.2 Principios del derecho aplicables a la incorporación de terceros no signatarios en el arbitraje.....	36
2.2.1 Derecho constitucional de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva..	36
2.2.2 Buena fe.	38
2.2.3 In favor arbitris.	40

2.2.4	Kompetenz-Kompetenz.....	40
2.3	Casos de admisibilidad de terceros no signatarios en el proceso arbitral de acuerdo a la doctrina.	41
2.3.1	Incorporación por referencia.	43
2.3.2	Celebración de contratos a favor de terceros.....	44
2.3.3	Cesión de derechos y obligaciones contractuales.....	45
2.3.4	Representación y agencia.....	47
2.3.5	Estoppel.	48
2.3.6	Levantamiento del velo societario y la doctrina del grupo de sociedades.	53
2.4	Inclusión de terceros no signatarios en la práctica arbitral ecuatoriana.	59
2.4.1	Incorporación por referencia.	59
2.4.2	Estipulación a favor de terceros.....	59
2.4.3	La cesión de los derechos y obligaciones contractuales.....	60
2.4.4	La representación o agencia.	61
2.4.5	La doctrina del <i>estoppel</i>	61
2.4.6	El levantamiento del velo societario.....	62
3.	CAPÍTULO III. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA INCLUSIÓN DE TERCEROS NO SIGNATARIOS EN LOS PROCESOS ARBITRALES.....	64
3.1	Requerimiento de convenio escrito del convenio arbitral.....	65
3.2	Ad solemnitatem y ad probationem.	67
3.3	Principios contractuales: autonomía de la voluntad, pacta sunt servanda y res inter alios acta.	68
3.4	Carácter intuitu personae de la cláusula arbitral.....	69
3.5	Separabilidad de la cláusula arbitral.	70
	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	72
	BIBLIOGRAFÍA	74

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que no está sujeto a la Función Judicial, y cuya función es resolver las controversias que las partes someten a él. Si bien es independiente de la potestad jurisdiccional del Estado, sus resoluciones tienen la misma fuerza y capacidad de ser ejecutadas. Normalmente, las partes pactan someterse al arbitraje antes de que se produzca el conflicto, pero también pueden decidir amistosamente, luego de que surja el mismo. Consecuentemente, podemos determinar que el arbitraje es un medio consensual, ya que sin el convenio de ambas partes no puede suscitarse. Así, la Ley Modelo CNUDMI, reformada en el año 2006, corrobora este carácter del convenio arbitral cuando en su artículo 7 establece que el convenio arbitral “es un *acuerdo* por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas” [Las cursivas son nuestras]¹.

El sistema arbitral se basa en los principios de oralidad, celeridad, inmediación, especialidad en la materia, obtención de una resolución más técnica y profesional, transparencia, confidencialidad e inapelabilidad del laudo emitido. Estas características del arbitraje constituyen una regla general para los distintos sistemas arbitrales internos en cada país, como también se observan en el arbitraje desnacionalizado, y conceden a las partes involucradas un beneficio por sobre el sistema judicial de cada país. Por ejemplo, en el arbitraje observamos que las partes pueden decidir quién resolverá el conflicto (escogiendo un árbitro o un tribunal de tres árbitros, de acuerdo a la normativa contemplada por la Ley Modelo CNUDMI 2006), permitiéndoles así optar por personas especializadas en la materia del conflicto que se ponga en su conocimiento. De igual manera, al ser el laudo inapelable, las partes sometidas a este procedimiento obtendrán una resolución efectiva en corto tiempo

¹ Ley Modelo CNUDMI (2006). Artículo 7.

por cuanto la decisión no puede someterse a nuevas instancias sino únicamente en los casos previstos por la ley para plantear la acción de nulidad del mismo.

De lo anteriormente mencionado, es importante retomar el carácter consensual del arbitraje con el fin de desarrollar la problemática de la presente tesina. Al ser el arbitraje esencialmente consensual, en principio, quiere decir que los convenios pactados con esta finalidad son únicamente oponibles entre las partes que lo firman y se obligan a renunciar al sistema de justicia ordinaria. Esto significa que solo los suscriptores del acuerdo están obligados a acudir a un proceso de esta naturaleza, y ningún tercero que no se haya adscrito al mismo podría verse envuelto en el proceso arbitral.

Es en este punto en el que surgen dos opiniones distintas que pretenden puntualizar el alcance del convenio arbitral devenido de la voluntad de las partes que se acogen al mismo. Existe una corriente formal que considera que debe respetarse de manera predominante el carácter contractual del arbitraje y la voluntad expresa de las partes, y no admite que terceros no signatarios del convenio se incorporen al proceso arbitral. La legislación a nivel internacional y la doctrina en general es consistente en afirmar que la voluntad que se requiere para adherirse a un proceso arbitral debe ser expresa. Esto en virtud de que implica la renuncia de la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria y a los medios que el Estado provee para la solución de conflictos. Así en la Ley Modelo CNUDMI (reformada en el año 2006), se encuentra la siguiente disposición:

Opción I

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

- 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.
- 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
- 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida, archivada por medios

electrónicos, magnéticos ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

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

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

Por el contrario, encontramos que existen nuevas tendencias por las que, pese a la ausencia de un consentimiento expreso, terceros pueden someterse al arbitraje como consecuencia de que su conducta o determinadas situaciones jurídicas, que dan a entender que estos han convenido someterse al arbitraje, o cuya participación se haga necesaria en el procedimiento.

En base a la breve exposición que antecede, el presente trabajo académico pretende dar contestación a las siguientes interrogantes: ¿qué ocurre en caso de que una persona se vea envuelta en el conflicto arbitral sin haber firmado una cláusula o compromiso arbitral? ¿Está obligado a someterse a la jurisdicción arbitral ecuatoriana? ¿Puede comparecer en el proceso? Todo lo cual nos llevará a demostrar que los procesos arbitrales en el Ecuador deben admitir la inclusión de terceros no signatarios siempre que se cumpla con determinadas condiciones. Para ello, se dividirá su exposición de la manera que a continuación se detalla.

En el primer capítulo de la presente tesina se recopila brevemente las características del sistema arbitral y la legislación vigente en el Ecuador que regula el área de interés.

En el segundo acápite, analizaremos la posibilidad de incorporar en el sistema arbitral ecuatoriano la figura de inclusión de terceros no signatarios, para lo cual se iniciará dando una breve explicación de la admisibilidad de esta figura derivada de las disposiciones de la Constitución vigente. Posteriormente, se procederá a definir y delimitar el alcance de incorporar a terceros no signatarios en los procesos arbitrales, y los casos en los que se podría acoger esta figura de acuerdo a la doctrina, legislación y casuística nacional e internacional.

En el tercer capítulo se expondrá la corriente doctrinaria contraria, por la que se delimita la posibilidad de acudir al sistema arbitral en virtud de las partes que suscriben el convenio.

Finalmente, incorporaremos un capítulo con la exposición de las conclusiones y recomendaciones pertinentes para el tema analizado.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE

1.1. Definición, naturaleza y principios del arbitraje

El arbitraje, en su expresión más primitiva, es un mecanismo consensual creado para suplir y regular de alguna manera la justicia llevada a cabo por mano propia y nace en las antiguas civilizaciones mucho antes de la existencia de la justicia pública y los jueces. En aquella época, una persona agredida se regía por un mecanismo de autotutela, es decir que, una vez recibida la agresión actuaba en contra del agresor de manera independiente. Por este motivo, resulta indispensable para el desarrollo de las sociedades crear un mecanismo de resolución de conflictos regulado para evitar soluciones injustas o excesivas.²

Con estos antecedentes, observamos que la institución arbitral se desarrolla principalmente en el Imperio Romano y se consolida en la época medieval. Durante el Imperio Romano se crean instituciones judiciales encaminadas a brindar justicia y resolver conflictos puestos a su conocimiento aplicando la ley del Imperio, y paralelamente se observan procesos de naturaleza arbitral aunque limitados.³ Con la caída del Imperio, las sociedades quedan en manos de los señores feudales, los mismos que debían brindar protección a sus súbditos a cambio de tributos, motivo por el que se crean procedimientos de resolución de conflictos para suplir el vacío que surge como consecuencia de la desaparición de un Estado como autoridad encargado de brindar este servicio a sus ciudadanos. Así, en este escenario se consolidan procesos arbitrales domésticos, los cuales, años más tarde, se ven reemplazados por los juicios señoriales del sistema feudal. No obstante, el auge del mundo mercantil de aquella época y la necesidad de resolver los conflictos que surgían de las relaciones jurídicas mercantiles promueven el resurgimiento del arbitraje y su ulterior consolidación. Consecuentemente, observamos que en el siglo

² Mario J. Lupo. *Historia del Arbitraje*. <http://www.taphra.org.ar/historia.htm> (acceso: 16/9/2012).

³ Mario Castillo Freyre. *Orígenes del Arbitraje*. http://www.castillofreyre.com/articulos/origen_del_arbitraje.pdf (acceso: 18/9/2012).

XVI, se crean asociaciones comerciales que instauran el mecanismo arbitral para la resolución de controversias de sus socios.⁴

La Revolución Francesa es sin duda alguna el momento histórico en el que el arbitraje alcanza su mayor reconocimiento, llegando incluso a tener vigencia a nivel constitucional. La Constitución francesa de la época define al arbitraje como un mecanismo voluntario de resolución de conflictos privados en materia disponible, con árbitros libremente elegidos por las partes, sometiendo el proceso a un control estatal.⁵

De esta manera, podemos apreciar que desde sus orígenes el arbitraje se presenta como una forma de resolución definitiva y obligatoria de conflictos intersubjetivos, originada siempre en la voluntad de las partes, a través de la intervención de un tercero imparcial, que no forme parte del estado.⁶ Sin embargo, en principio, los procesos de esta naturaleza debían ser siempre adscritos a un control estatal, característica que ha sido parcialmente eliminada a lo largo del desarrollo de esta institución.

Actualmente, ha de entenderse que el arbitraje no es sino un mecanismo que complementa el sistema de administración de justicia puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de sus conflictos⁷ ya que suple la insatisfacción, insuficiencia y falencia de la prestación del servicio brindada por la función judicial; y que el único control estatal al que podrá someterse la decisión arbitral, en principio, es la acción de nulidad. En concordancia con lo antes expuesto, observamos que la Tercera Sala de lo Civil y Comercial de la Cámara Nacional de Apelaciones Federal de Argentina, establece lo siguiente:

El arbitraje se lo puede presentar como un tránsito de la solución contractual a la judicial del litigio; un subrogado, un sustitutivo de la jurisdicción, un procedimiento parajudicial, en el cual el estado se encuentra interesado no solo en proteger, sino también en ejercer una función de control del procedimiento seguido y del laudo que en él se pronuncia.⁸

⁴ L. Fernando Reglero Campos. *El arbitraje*, Madrid: Ed. Montecorvo, 1991.

⁵ Héctor Óscar Méndez. “El arbitraje ¿Contrato o proceso?” *Revista de Derecho Procesal: Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos*. Rolandarazi et. al. (directores). Rubinzal Culzóni Editores (2010-2), p. 313.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Carlos Alberto Soto Coaguila. “Presentación”. *El Arbitraje en Perú y el Mundo*. 1ra. ed. Ediciones Magna. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. XII.

⁸ CNFed.CCsalaIII, 26-5-94v, Mollo, Vicente Ernesto c/YPF y otro

El arbitraje en todo momento debe entenderse como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que actúa de manera paralela a la función judicial, y que ayuda a descongestionar el gran número de causas puestas a su conocimiento. Las partes únicamente pueden acceder a esta jurisdicción de manera voluntaria, renunciando a la jurisdicción estatal solo en aquellos casos en que la materia sobre la que verse el conflicto tenga relación a derechos disponibles.

Es necesario resaltar que la finalidad primordial del arbitraje es incidir en la esfera del proceso al excluir el conocimiento del asunto por parte de los jueces. Los árbitros asumen una función consustanciada con la función privada, sometándose a reglas de derecho privado sin transgredir el ordenamiento jurídico y deberán emitir un laudo de carácter meramente declarativo por el que pondrán fin al conflicto presentado por las partes.

1.2. Normativa aplicable al arbitraje en Ecuador

El ordenamiento jurídico ecuatoriano regula el sistema arbitral principalmente a través de la Constitución y la Ley de Arbitraje y Mediación. Adicionalmente, se encuentran normas de aplicación supletoria y complementaria en distintos cuerpos normativos como el Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Código Laboral, entre otros.

Por otro lado, el Estado ecuatoriano ha suscrito convenios internacionales en materia de arbitraje que deberán ser tomados en cuenta para regular esta área en particular.

A continuación, se desprende una aproximación del sistema arbitral ecuatoriano y las normas locales que regulan el mismo.

1.2.1 El arbitraje al amparo de la Constitución

La Constitución ecuatoriana de 1929 y las codificaciones subsiguientes mencionan a breves rasgos el sistema arbitral, destinando la institución arbitral únicamente para la resolución de conflictos de carácter laboral. Y, pese a la larga lista de Constituciones Políticas que han regido en el sistema ecuatoriano, el arbitraje fue reconocido como

método alternativo de solución de controversias por primera vez en la Constitución que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998.⁹

Actualmente, la Constitución vigente desde el año 2008 reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos a la solución de conflictos, siempre que se desarrollen sobre materia arbitrable.¹⁰ De esta manera queda consagrada la existencia de la jurisdicción arbitral en el sistema ecuatoriano, otorgando a los árbitros plena competencia para resolver conflictos sometidos a su fuero sin intervención de autoridad alguna y para dictar laudos ejecutables.

Adicionalmente, la Constitución admite procesos arbitrales en los que una de las partes sea el Estado, siempre que exista un procedimiento favorable de la Procuraduría General y estos se lleven en derecho. No obstante, si el arbitraje que involucra al Estado es de carácter internacional, las partes deberán sujetarse a la siguiente disposición:

Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.¹¹

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

La norma citada previamente ha limitado el área del arbitraje internacional en que el Estado ecuatoriano sea parte del convenio y ha dejado sin efecto algunos de los tratados celebrados en la materia. Como consecuencia de ello, el arbitraje en el Ecuador ha sufrido

⁹ Armando Serrano Puig. *El tratamiento del Arbitraje en la Nueva Constitución del Ecuador 2008*. <http://institutoecuatorianodearbitraje.blogspot.com/2008/10/el-tratamiento-del-arbitraje-en-la.html> (acceso: 20/9/2012).

¹⁰ Artículo 190 Constitución: Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

¹¹ La redacción de este artículo es confusa, pues si lo que se buscaba era que Ecuador no incluya cláusulas arbitrales en Tratados Bilaterales Internacionales (TBI's), debió considerarse que en esos casos no estamos frente a controversias de índole contractual o de índole comercial.

un gran retroceso frente al resto de países latinoamericanos que han impulsado esta institución beneficiando el área comercial local e internacional de sus países. Esto por cuanto el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismo objetivos que ante los órganos jurisdiccionales del Estado, es decir, una decisión con efectos de cosa juzgada”¹² en un tiempo menor al previsto en la justicia ordinaria y con la garantía de contar con árbitros especialistas en la materia puesta a consideración para que resuelvan la controversia.

1.2.2 Ley de Arbitraje y Mediación

La Ley de Arbitraje y Mediación fue publicada en el R.O. No. 145 el 04 de septiembre de 1997 acogiendo varios de los principios y disposiciones de la Ley Modelo CNUDMI¹³. De manera posterior, se expide una Ley Reformatoria a la LAM el 25 de febrero del año 2005 mediante la cual se modifican algunos de los artículos de la misma. Finalmente, la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional decide expedir la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, la misma que se publica en el R.O. No. 17 del 14 de diciembre de 2006 incorporando toda la regulación pertinente para la materia arbitral, ya que algunas de las normas se encontraban en diversos cuerpos normativos.

La codificación en mención, en su artículo primero, define al arbitraje en los siguientes términos:

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

De esta manera, resulta evidente que el Ecuador contempla al sistema arbitral como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, el mismo que le permite descongestionar la función judicial.

¹² Bernardo M. Cremades. “El arbitraje en la doctrina constitucional española”. *Lima Arbitration* No. 1 (2006), p. 186.

¹³ Ramiro Salazar Cordero. “Ecuador”. *International Arbitration in Latin America*. Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (eds.). La Haya: Kluwer Law International, p. 136.

1.2.2.1 Convenio Arbitral

La institución del arbitraje se fundamenta en la autonomía de voluntad de las partes, por la que renuncian a la jurisdicción estatal y someten su controversia a la jurisdicción arbitral. Así, un convenio arbitral puede concebirse como “un negocio jurídico por el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de algunas de ellas, que se hayan planteado o que puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica.”¹⁴

De acuerdo al artículo 5 de la LAM¹⁵, el convenio arbitral es “el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.” Convenio que deberá constar por escrito, expresando la voluntad inequívoca de las partes para arbitrar, y en el que se determinará el nombre de las partes, la materia que se sujetará al arbitraje y otros detalles referentes al procedimiento en sí.

El convenio no necesariamente será un documento formal suscrito por las partes, por cuanto la ley y la doctrina actual admiten la existencia de un acuerdo arbitral basado en comunicaciones intercambiadas entre los interesados a través de medios de comunicación que puedan ser documentados.¹⁶

¹⁴ Bernardo M. Cremades. “El arbitraje en la doctrina constitucional española”... *Óp Cit.*, p. 188.

¹⁵ Artículo 5 LAM: El convenio arbitral es el acuerdo en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral. No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él.

¹⁶ Artículo 6 LAM: Se entenderá que existe un convenio arbitral no solo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Es necesario resaltar que las partes que celebren un acuerdo arbitral están obligadas a someterse a la jurisdicción de los árbitros¹⁷, y podrán renunciar a ello de mutuo acuerdo mediante un convenio escrito. De igual manera, se podrá entender que las partes renuncian al convenio cuando una de ellas presentare una acción ante la función judicial, sin que la otra ponga oposición alguna en la contestación a la demanda planteada.¹⁸

1.2.2.2 Capacidad de las partes para suscribir un convenio arbitral.

La ley y la Constitución disponen que las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir pueden someterse a procedimientos arbitrales. En el caso en que una de las partes sea del sector público, se requiere una aprobación previa de la Procuraduría General del Estado.¹⁹

El Código Civil ecuatoriano establece la presunción de capacidad de las personas, siendo los casos de incapacidad excepcionales, de acuerdo a lo previsto en los artículos

¹⁷ Artículo 7 LAM: El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.

¹⁸ Artículo 8 LAM: Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales.

¹⁹ Artículo 4 LAM: Podrán someterse a arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,
- d) En el convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

1461²⁰, 1462²¹ y 1463²². Es importante verificar la capacidad y autoridad de la parte suscribiente, especialmente en el caso de arbitrajes pactados por personas jurídicas o instituciones estatales, ya que la incapacidad de una de las partes es causal de nulidad de la cláusula arbitral.

1.2.2.3 Materia que puede someterse a arbitraje

La ley no delimita ni define de manera explícita las materias que pueden someterse a arbitraje en el Ecuador, indicando únicamente que se podrá remitir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos aquellos casos que sean susceptibles de transacción, es decir que, podrán someterse aquellos problemas que para ser resueltos admiten una negociación en base a las normas previstas por el Estado ecuatoriano. En suma, son materia arbitral todas las controversias respecto de las cuales las partes contratantes tengan libre disponibilidad, como por ejemplo controversias de carácter comercial, contractual, entre otras.

No podrá someterse a arbitraje ninguna controversia referente a derechos fundamentales, estado civil o derechos reconocidos mediante una sentencia previa.²³

1.2.2.4 Arbitraje en Derecho y Arbitraje en Equidad

²⁰ Artículo 1461 CC: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;
 Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
 Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
 Que tenga una causa lícita.
 La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

²¹ Artículo 1462 CC: Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.

²² Artículo 1463 CC: Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

²³ Ramiro Salazar Cordero. "Ecuador"... *Óp. Cit.*, p. 137.

Las partes signatarias del convenio arbitral podrán decidir si el proceso se da en derecho o en equidad. A falta de convenio de las partes, el fallo tendrá que dictarse en equidad²⁴, a excepción de los arbitrajes en los que una de las partes sea el Estado ecuatoriano, ya que necesariamente deberán llevarse a cabo en derecho.

En el arbitraje en equidad, los árbitros expedirán un fallo basado en su leal saber y entender, tomando como guías los principios generales de Derecho, la doctrina, la costumbre, instrumentos internacionales, jurisprudencia, leyes nacionales e internacionales, siempre y cuando su aplicación resulte en una decisión justa y equitativa para las circunstancias que hayan sido puestas a su consideración.²⁵

Por otro lado, en un arbitraje en derecho, los árbitros están obligados a expedir un laudo basado en el derecho vigente y las disposiciones previstas por el ordenamiento jurídico.²⁶ Sin embargo, el arbitraje en derecho no está limitado a la aplicación de normas escritas puesto que podrá tomar en consideración principios generales del derecho, jurisprudencia y doctrina.

1.2.2.5 Arbitraje Administrado y Arbitraje Independiente

El artículo segundo de la LAM dispone la posibilidad de desarrollar un arbitraje administrado o independiente, lo cual dependerá de la voluntad de las partes.²⁷

Por arbitraje administrado entendemos que es aquel en el que las partes eligen a una organización o centro de arbitraje para que administre y desarrolle el proceso en base a la ley y al reglamento de la institución. El arbitraje administrado tiene la finalidad de apoyar a los árbitros y a las partes en el desarrollo del arbitraje, supliendo cualquier vacío que surja

²⁴ Artículo 3 LAM: Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

Si el laudo debe expedirse fundado en equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.

²⁵ Corte de Apelaciones de París. Causa No. 2008410. Sentencia de 1984.

²⁶ Carlos Alberto Soto Coaguila. “Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú – Ley No. 26572.” *El Arbitraje en Perú y el Mundo*. 1ra. ed. Ediciones Magna. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 8.

²⁷ Artículo 2 LAM: El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten y esta Ley.

del convenio y del mismo procedimiento cuando en este no se especifiquen temas como el nombramiento de árbitros, plazos, normas procedimentales, entre otras.²⁸

El arbitraje independiente por otro lado, es aquel que se desarrolla en base a lo que las partes acuerden, siempre que se sujete a los lineamientos y principios de la ley.

1.2.2.6 Procedimiento Arbitral

El proceso arbitral inicia mediante la demanda interpuesta por una de las partes suscribientes del convenio arbitral ante el director del centro de arbitraje escogido por las partes. Una vez presentada la demanda, el centro de arbitraje notificará a la contraparte. Posteriormente, se designará al Tribunal en base al procedimiento pactado por las partes o el reglamento del centro. El contenido de la demanda debe incluir:

1. La designación del centro o árbitro ante quien se la propone.
2. La identificación del actor y la del demandado.
3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión.
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige.
5. La determinación de la cuantía.
6. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor.
7. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.²⁹

Además, deberán observarse los requerimientos establecidos en el artículo 68³⁰ del Código de Procedimiento Civil, en aquello que no se encuentre regulado en la LAM.

Por otro lado, a la demanda deben adjuntarse el convenio arbitral, las pruebas y la solicitud de la práctica de diligencias probatorias necesarias para el caso controvertido.

²⁸ Carlos Alberto Soto Coaguila. “Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú – Ley No. 26572”... *Óp. Cit.*, p. 10.

²⁹ Artículo 10 LAM.

³⁰ Artículo 68 CPC: A la demanda se debe acompañar:

1. El poder para intervenir en el juicio, cuando se actuare por medio de apoderado;
2. La prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz;
3. La prueba de la representación de la persona jurídica, si ésta figurare como actora;
4. Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; y,
5. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso.

Una vez presentada la demanda y constituido el tribunal arbitral de acuerdo al convenio suscrito por las partes, se procede a la citación al demandado, el cual deberá responder en un término de 10 días, adjuntando las pruebas pertinentes y solicitando las diligencias que considere necesarias.³¹

1.2.2.7 Laudo Arbitral

“El laudo arbitral es el documento contentivo de la decisión de él o los árbitros acerca de la discrepancia que las partes han sometido a su consideración.”³² Los mismos tienen efecto de sentencia ejecutoriada y pueden ser ejecutados de la misma manera que las sentencias emitidas por tribunales de última instancia, ya que son inapelables e inimpugnables.

Los laudos arbitrales, al igual que cualquier sentencia, deben emitirse en apego al orden público, debidamente motivados y limitándose únicamente a resolver sobre el conflicto que fue puesto en conocimiento del tribunal arbitral.

1.2.2.8 Recursos contra el Laudo Arbitral

El laudo arbitral en el Ecuador es inapelable y admite, únicamente la interposición de un recurso de ampliación o aclaración del laudo emitido antes de que este se encuentre ejecutoriado. Mediante estos recursos, las partes únicamente podrán solicitar a los árbitros que amplíen o aclaren la motivación del fallo.³³

De manera adicional, la ley ecuatoriana, al igual que otras legislaciones arbitrales, reconoce la acción de nulidad del laudo arbitral. Las causales de nulidad del laudo arbitral

³¹ Artículo 11 LAM.

³² Legis. *En qué consiste el laudo arbitral.* http://www.arbitrajecomercial.com/BancoFAQ/en_que_consiste_el_laudo_arbitral/en_que_consiste_el_laudo_arbitral.asp?CodSeccion=6 (acceso: 2/9/2012).

³³ Artículo 30 LAM: Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar.

Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.

Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.

son limitadas y taxativas, de manera tal que únicamente se podrá interponer dicha acción en los siguientes presupuestos de acuerdo al artículo 31 de la LAM:

- a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;
- c) Cuando no se hubiere convocado, o no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de los hechos que deban justificarse;
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,
- e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Una acción no es otra cosa que la “facultad de dirigirse a la autoridad judicial, para que declare o haga efectivo el derecho violado”³⁴. Por consiguiente, la acción de nulidad no tiene la finalidad de analizar y controvertir la decisión de los árbitros, sino que está destinada a precautelar el cumplimiento de las normas del debido proceso en el arbitraje, la validez del convenio arbitral y el alcance del mismo. Es un mecanismo mediante el cual se pone en conocimiento de un tribunal de la justicia ordinaria un laudo arbitral para que este corrobore la validez o no del mismo, no pudiendo pronunciarse sobre el fondo de la controversia ni emitir una nueva decisión. Es decir que, el ámbito de la acción de nulidad limita e impide el ejercicio de un control judicial sobre el fondo de la controversia que haya sido resuelta mediante el fallo.³⁵

Por otro lado, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 2008, se contempla la posibilidad de interponer una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional para ejercer un control estatal sobre el laudo arbitral. La figura de la acción extraordinaria de protección puede plantearse contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia para evitar la violación de cualquier derecho garantizado en la Constitución mediante cualquiera de las resoluciones antes indicadas,

³⁴ Definición de Savigny citado por Xavier Andrade Cadena. *La nulidad de Laudos arbitrales*. http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/nulidad_de_laudos_arbitrales.pdf (acceso: 15/9/2012).

³⁵ Fernando Rodríguez Mendoza. *Procedimiento Arbitral*. Santa Cruz de la Sierra: Editorial El País, 2004, p. 203.

siempre que se hubieren agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal.³⁶ Tomando en consideración que los laudos arbitrales son decisiones con fuerza de sentencia, nada impide que las partes, una vez interpuesto el recurso de nulidad del laudo, acudan ante la Corte Constitucional mediante una acción extraordinaria de protección para someter el laudo a un control estatal que pueda dejarlo sin efecto.

1.2.2.9 Ejecución del Laudo Arbitral

Una vez llevado a cabo el proceso arbitral y emitido el laudo correspondiente, será fundamental la ejecución del mismo de manera oportuna. “La ejecución de un laudo es el acto judicial, obligatorio y forzoso por el cual un juez hace efectiva la decisión de los árbitros sobre la materia controvertida, utilizando para ello todas las medidas que la legislación contemple.”³⁷

Para ello, la LAM en su artículo 32 establece la Vía de Apremio como medio para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Por Vía de Apremio entendemos un mecanismo mediante el cual el juez se sirve de medidas coercitivas para que las providencias emitidas sean obedecidas por las personas involucradas.³⁸ Es importante resaltar que, son competentes para ejecutar el laudo los jueces de primera instancia y no los árbitros. Esto en cuanto la función de los árbitros culmina con la emisión de un laudo debidamente motivado que pueda ser ejecutado.

1.2.3 Código Civil, Código de Procedimiento Civil y Código de Comercio

³⁶ Artículo 94 C: La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

Artículo 437 C: Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

³⁷ Xavier Andrade Cadena. “*Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en el Ecuador: Un Camino Inexplorado.*” http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/reconocimiento_y_ejecucion_de_laudos_extranjeros_en_el_ecuador.pdf (acceso: 15/9/2012) .

³⁸ Artículo 924 CPC: Apremios son las medidas coercitivas de que se vale un juez o tribunal para que sean obedecidas sus providencias por las personas que no las cumplen dentro de los términos respectivos.

El artículo 37 de la LAM³⁹ establece que debe aplicarse supletoriamente las disposiciones del Código Civil, Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio en todo aquello que nos este regulado en la Ley.

De alguna manera, se puede decir que la LAM es un desmembramiento del Código de Procedimiento Civil, ya que, previo a la codificación de una ley de arbitraje especial, las normas arbitrales formaban parte de este último.⁴⁰ Actualmente, encontramos una única norma arbitral en dicho cuerpo normativo, por el que se reconoce la jurisdicción de los árbitros para resolver conflictos en materias transigibles⁴¹. Sin embargo, la normativa del Código de Procedimiento Civil suplirá el vacío de normas arbitrales adjetivas que se encontraren en la LAM.

Por otro lado, las disposiciones del Código Civil, Código de Comercio u otros cuerpos normativos actúan de manera supletoria en la parte sustantiva del arbitraje. Es decir que, “el órgano arbitral deberá aplicar [las normas sustantivas de los cuerpos normativos conexos] para la resolución del fondo del problema que le ha sido sometido”.⁴²

1.2.4 Acercamiento a la incorporación de terceros no signatarios en el arbitraje latinoamericano.

La mayoría de países iberoamericanos contaban con una legislación extremadamente formalista y estricta en materia arbitral. Así “las partes debían llenar un considerable número de formalidades en el acuerdo arbitral para que fuera posible su posterior reconocimiento y ejecución, lo cual significaba un importante obstáculo al acceso expedito del tribunal arbitral”.⁴³ No obstante, en la actualidad, la práctica arbitral y el crecimiento de esta institución han hecho necesaria la implementación de reformas que permitan una mayor flexibilidad en cuanto a los requisitos

³⁹ Artículo 37 LAM: En lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho.

⁴⁰ Íñigo Salvador Crespo. “Especialidad y prevalencia de la ley arbitral sobre las normas de derecho procesal común.” *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* (2009), p. 82.

⁴¹ Artículo 5: La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución Política de la República y sus leyes propias: los jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas.

⁴² Íñigo Salvador Crespo. “Especialidad y prevalencia de la ley... *Óp. Cit.*, p. 83.

⁴³ Cristian Conejero Ross et. al. (Coordinadores). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Colombia: Legis, 2009, p. 34.

formales para acceder al mismo y al contenido de la cláusula arbitral, ya que sin esta apertura, el arbitraje hubiese resultado completamente obsoleto.

Sin duda alguna, la Ley Modelo CNUDMI Reformada en el 2006 significó un paso importante en este proceso de flexibilización del arbitraje. Si bien esta codificación fue elaborada para regular específicamente al arbitraje comercial internacional en materia contractual, “fijó las bases ciertas y uniformes a las por entonces dispersas normas locales reguladoras de arbitraje tanto en la órbita internacional como en la interna o doméstica”.⁴⁴ Como se expuso anteriormente, Ecuador no se quedó atrás e implementó varias disposiciones de la las Reformas a la Ley Modelo CNUDMI del año 2006 en la Ley de Arbitraje y Mediación local para flexibilizar el sistema arbitral ecuatoriano.

Uno de los mayores avances, sin duda alguna, fue la eliminación de la excesiva rigidez exigida para validar una cláusula arbitral. La legislación previa no admitía la posibilidad de acudir a un proceso arbitral si las partes no disponían de un convenio firmado por ambas. Actualmente, y gracias a los lineamientos de la Ley Modelo CNUDMI, el alcance *rationae personae* del convenio arbitral ya no obliga solo a las partes a suscribir una cláusula formalista para acceder al proceso arbitral, sino que admite nuevas alternativas por las que los árbitros podrán demostrar la voluntad de las partes de someterse a dicho procedimiento, extendiendo incluso la cláusula arbitral a partes no signatarias del mismo. A lo largo del siguiente capítulo se explicará con mayor amplitud la cuestión planteada.

⁴⁴ Héctor Óscar Méndez. “El arbitraje ¿Contrato o proceso?”... *Óp. Cit.*, p. 315.

CAPÍTULO II

INCLUSIÓN DE TERCEROS NOS SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE

Sin lugar a dudas la principal interrogante del presente trabajo es si efectivamente debe permitirse o no la incorporación de terceros no signatarios al proceso arbitral, los supuestos en los que será admisible esta apertura y los efectos que acarrea consigo.

Actualmente existen dos corrientes principales referentes al complejo problema jurídico planteado. Tradicionalmente, se ha considerado que las partes son las únicas obligadas y facultadas para acudir a un proceso arbitral, cumpliendo así el requisito normativo que se ha manejado históricamente. Este presupuesto tiene como principal fundamento la autonomía de la voluntad de las partes, por el cual “el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar, sea por suscripción o por adhesión.”⁴⁵

No obstante, las nuevas tendencias han observado la necesidad de transformar la visión restrictiva y ampliar los sujetos que pueden someterse al arbitraje en virtud de salvaguardar la eficacia y validez del sistema arbitral, con apego a la realidad económica y jurídica de los sujetos implicados en las distintas relaciones. En este sentido, los tribunales internacionales y locales han comenzado a contemplar casos en los que se debe reformar ese requisito en el arbitraje, viendo más allá de la literalidad o formalidad de un convenio y analizando el fondo del conflicto.

Sobre esta cuestión en particular, Perú, es irrefutablemente el pionero latinoamericano en la materia por cuanto ha adoptado una posición liberal en su normativa en materia arbitral, extendiendo el alcance del convenio arbitral a aquellas partes cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su

⁴⁵ Fernando de Tranzegines Granda. *El Rasgado Del Velo Societario Para Determinar La Competencia Dentro Del Arbitraje*. <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm> (acceso: 15/3/2011).

participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio está relacionado. Incluso se extiende a aquellas partes que pretendan derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos.⁴⁶

A continuación, se expondrán los distintos casos en los que la doctrina y la práctica han considerado necesaria la incorporación de terceros no signatarios del convenio arbitral, así como los distintos principios que sustentan esta innovación en el área arbitral. Para ello, será necesario identificar en primera instancia el concepto de parte no signataria y su naturaleza.

2.1 Definición de terceros no signatarios.

El convenio arbitral, como se expuso en el Capítulo I de la presente tesina, no es sino un acuerdo mediante el cual las partes que lo suscriben, se obligan a resolver cualquier controversia derivada de un contrato o relación jurídica en particular a través de un procedimiento arbitral, renunciando a las cortes estatales. Se caracteriza por ser esencialmente consensual y por ello se dice que "nace de un negocio jurídico, que como tal, proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral. [A través del cual] las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra."⁴⁷ Por regla general, las partes que pueden someterse a la cláusula arbitral son aquellas personas naturales que tienen libre disposición sobre sus bienes, y a nivel corporativo, aquellos agentes o representantes de las personas jurídicas que comparecen, mediante autorización de estas, a la celebración de la cláusula arbitral.⁴⁸

⁴⁶ Artículo 14 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Perú: 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.

⁴⁷ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?* <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/> (acceso: 24/02/2012).

⁴⁸ Joao Bosco Lee. *International Arbitration in Latin America*. Ed. Nigel Blackaby et. al. La Haya: Kluwer Law International, 2002, pp. 66-69.

Siguiendo con el razonamiento y una vez reconocida la importancia de la expresión del consentimiento para que las partes se obliguen a acudir al arbitraje, es importante conocer qué se entiende por consentimiento. El consentimiento se constituye por todas las declaraciones de voluntad constructivas del negocio que se formulan en relación a otras y que se fusionan de manera armoniosa para buscar que se produzca un efecto jurídico determinado. Esta relación de correspondencia se observa de manera necesaria, ya que deviene de la naturaleza bilateral del negocio jurídico que se celebra. De igual manera, se debe recordar que la expresión de voluntad (sin que esté viciada) constituye un requisito de validez y existencia en todo negocio jurídico.⁴⁹

La expresión de la voluntad en los negocios jurídicos puede darse en distintas formas, y puede ser de manera expresa o tácita. Por manifestación expresa de la voluntad entendemos que, “se da cuando los medios sensibles empleados para comunicar la voluntad, están destinados a manifestar el querer interno o cuando los recursos empleados por el sujeto tienen por finalidad directa dar a conocer su voluntad interna”⁵⁰. Lo importante es que los signos que se utilicen sean inequívocos. Además, el sujeto que manifiesta la voluntad puede ser el propio interesado en el acto o el legitimado para hacerlo. Por otro lado, la manifestación tácita de la voluntad surge cuando la voluntad no ha sido expresada por el sujeto o su legitimado, pero se infiere de actos o comportamientos concluyentes.⁵¹

De la misma manera, es necesario resaltar que, en principio, la cláusula arbitral se rige por el principio *res inter alios acta*, por el que el contrato solo surtirá efecto entre las partes contratantes y suscribientes del mismo, sin afectar a terceros. La fuerza obligatoria de los contratos, y en este caso del convenio arbitral, tiene su fundamento en la voluntad de las partes, por lo que no puede ser eficaz ni producir ningún efecto jurídico respecto de aquellas partes que no han expresado su consentimiento de arbitrar. La importancia de la aplicación de este principio tiene como finalidad evitar que alguien, sin haber expresado su

⁴⁹ Luis Parraguez. Cátedra de Negocio Jurídico. Facultad de Derecho, Universidad San Francisco de Quito.

⁵⁰ Eva María Martínez Gallegos. *La formación del Contrato a través de la oferta y la aceptación*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, p. 16.

⁵¹ Luis Parraguez ... *Óp. Cit.*

consentimiento, sea forzado a acudir ante un tribunal arbitral para resolver un determinado conflicto renunciando así a su derecho de acudir a tribunales estatales en defensa de sus intereses⁵² No obstante, “la complejidad de las relaciones comerciales hoy lleva a situaciones en las que este principio parece injustificado y contrario a la voluntad de las partes”⁵³, al menos si su aplicación se ejecuta en estricto sentido formal. Por este motivo, se han observado numerosos casos en los que los tribunales han llamado a ‘terceros’ a participar en los procedimientos arbitrales. Así, Francisco de González Cossío expone lo siguiente:

Existen instituciones jurídicas y esquemas contractuales diversos que contemplan la participación de personas que no son parte, en su sentido ortodoxo, del acuerdo arbitral, pero cuya participación en el proceso arbitral que de ello derive no sólo es necesaria para lograr los fines deseados al implementar el esquema en cuestión, sino que es de suponerse ello fue la intención del arquitecto del acto.⁵⁴

En base a lo expuesto, conviene precisar que el término ‘terceros no signatarios’ no hace referencia a terceros como tal, sino a partes que no han firmado el convenio pero que son incorporados por su participación mediante actos distintos que configuran un consentimiento tácito al mismo, por lo que el intérprete debe evaluar la existencia de tal consentimiento.⁵⁵ Si bien el consentimiento es esencial para vincularse a un convenio arbitral, este se puede comprobar a través de diferentes actos, y no únicamente mediante la aceptación formal y suscripción del acuerdo en sentido estricto⁵⁶. Conductas que deben ser

⁵² Roque Caivano. “Arbitraje y grupo de sociedades: Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario.” *Revista Lima Arbitration No.1* (2006), p. 122.

⁵³ Alexandra Muñoz. “La extensión del convenio de arbitraje sin consentimiento: ¿una excepción francesa?” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. 15.

⁵⁴ Francisco de González Cossío. “El que toma botín, toma la carga: La solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros.” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. 114.

⁵⁵ Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial, Lima Perú. Resolución Siete. Expediente No. 00014-2010, de 17 de julio de 2012 citada por Carlos Alberto Soto Coaguila (dir.). “Presentación.” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias. Intervención de terceros en el Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. V.

⁵⁶ Arnoldo Wald. “La extensión de la cláusula compromisoria en el arbitraje societario: una perspectiva Brasileña.” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. 48.

interpretadas como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas distintas de aquellas que regulan las relaciones contractuales ordinarias; y las cuales no permiten que las partes aseguren desconocer el contenido de la cláusula y ser ajenas a la misma, si la conducta confirma su aceptación implícita.⁵⁷ Al ser un convenio arbitral un contrato, su extensión se puede justificar a través de principios del derecho de obligaciones como por ejemplo la cesión o subrogación derechos, o en este caso en particular, por medio de la conducta de las partes no signatarias en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato conteniendo la cláusula arbitral.⁵⁸ En todo caso, el consentimiento de las partes es el elemento primordial para extender los efectos del convenio arbitral.

De ahí que, la aplicación de un convenio arbitral a no signatarios no implica una vulneración al principio del efecto relativo de los contratos por cuanto es el denominado efecto relativo del contrato el que brinda el sustento legal a la decisión de aplicar el convenio a terceros no signatarios. Esto en virtud de que el convenio no se aplica a terceros, sino a verdaderas partes que pese a que no figuran en el convenio, son parte del mismo al ratificar su consentimiento en etapas del *iter contractual*, como la negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato vinculado al convenio.⁵⁹

Siguiendo con el lineamiento expuesto, la Corte de Apelaciones de París en el caso *Cotunav* sostuvo lo siguiente:

[...] la cláusula compromisoria insertada en un contrato internacional tiene validez y eficacia propia que permiten su aplicación a partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y en los litigios que pudieren surtir como resultado del mismo, cuando se pueda presumir de la relación contractual y de las actividades de las partes, que éstas tienen conocimiento de la cláusula arbitral, aún cuando no hayan sido signatarias del contrato que estipulaba dicha cláusula.⁶⁰ (Traducción no oficial)

⁵⁷ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta? ... Óp. Cit.*

⁵⁸ Bernard Hanotiau y Erica Stein. “La extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios: ¿una marginalización del consentimiento?” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje*. Anuario Latinoamericano de Arbitraje. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. 57.

⁵⁹ Carlos A. Soto Coaguila. “Presentación.” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje*. Anuario Latinoamericano de Arbitraje. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. VI.

⁶⁰ [...] *la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter des lors qu'il est établi que leur situation contractuelle et leur activité*

Asimismo, la misma Corte en el caso *Korsnas Marma c. Société Durand-Auzias*, expuso que en relación con los usos comerciales internacionales, el convenio arbitral incluido en un contrato disponía de validez y eficacia propia, la misma que hace que su extensión y aplicación sean exigibles a las partes que resultaren directamente involucradas en la ejecución del contrato y las controversias que surjan del mismo. Lo anteriormente dicho en función de que desde el momento en que se establece la relación contractual de las partes, los usos y costumbres propios de la actividad y del negocio conducen a la presunción de que las partes tenían pleno conocimiento de la existencia y alcance del convenio arbitral, configurándose una aceptación tácita aún cuando no hubieren suscrito dicho acuerdo.⁶¹

De la misma manera, el Tribunal Superior de Justicia Brasileiro en el caso *Trelleborg do Brasil Ltda. c. Anel Empreendimentos Participações y Agropecuarias Ltda.*, decidió que la cláusula compromisoria contenida en los contratos debía extenderse al *holding* del grupo *Trelleborg*, aún cuando la sucursal brasileira de la compañía no hubiere firmado el contrato. Decisión que se basó en la participación activa de la compañía brasileira en la negociación y ejecución del contrato motivo de la disputa.⁶² Más aun, el mismo tribunal en la decisión referente a la sentencia extranjera cuestionada del caso *L'Aiglon c. Textil União*, expresó que el convenio arbitral puede ser verificado independientemente de la firma de las partes⁶³. Y es que actualmente, la concepción de derivar el consentimiento de la conducta de las partes forma parte del derecho en diversas jurisdicciones, siempre que la conducta sea determinante y exprese claramente la intención de contratar y obligarse. Como prueba de lo anteriormente enunciado, encontramos que el ordenamiento jurídico estadounidense establece que una promesa o convenio puede ser entendida total o parcialmente a través de una conducta, pudiendo las partes manifestar su

font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elle n'est pas été signataires du contrat qui la stipulait. Corte de Apelaciones de París. Caso *Cotunav*. Resolución de 18 de noviembre de 1989. *Rev. Arb.* (1990), p. 675.

⁶¹ Corte de Apelaciones de París. Caso *Korsnas Marma c. Société Durand-Auzias*. Resolución de 30 de noviembre de 1988. *Rev. Arb.* (1989), p. 691.

⁶² Arnoldo Wald. "La extensión de la cláusula compromisoria... *Óp. Cit.*, p. 49.

⁶³ *Ibíd.*

consentimiento mediante actos u omisiones y no únicamente de manera verbal o escrita. Lo anteriormente dicho opera como manifestación de la voluntad de las partes siempre que exista la intención de participar en la conducta, y la contraparte entiende el consentimiento de la parte devenido de su actuación.⁶⁴

Así, la inclusión de los mal llamados terceros en el arbitraje no permite la incorporación de partes ajenas a la relación contractual. Por el contrario, tienen la finalidad de incluir a aquellas partes que por algún motivo no aparecen en la relación contractual, pero cuya conducta y participación hace necesaria su inclusión en el proceso. Esto nos lleva a concluir que los contratos y los convenios pueden nacer de un consentimiento tácito de las partes, infiriendo de la conducta de las mismas el acuerdo de voluntades necesario para su existencia.

Luego de la exposición realizada consideramos que la efectividad del arbitraje se puede ver comprometida si se restringe de manera absoluta la participación de terceros no signatarios en el proceso. Resulta poco lógico que ciertas personas, cuya participación resultare necesaria o conveniente en el proceso para resolver el conflicto, o cuyo interés se pueda ver afectado en él, no puedan formar parte del arbitraje por el solo hecho de no haber suscrito un acuerdo escrito y formal que contenga su voluntad de acudir a esta sede. Motivo por el cual, es materia de esta tesis demostrar que los procesos arbitrales en el Ecuador deben admitir la inclusión de terceros no signatarios siempre que se cumpla con determinadas condiciones:

- Que el consentimiento de las partes, sin que este sea escrito, pueda deducirse claramente de las actuaciones de las partes en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato en disputa.
- Se debe contemplar el principio de buena fe y aplicarlo en las circunstancias en que se suscite el conflicto para determinar quienes deben o pueden participar en el arbitraje.
- Si la participación del tercero es activa y determinante debe permitirse que ese suscite el arbitraje. La naturaleza de la participación implica que haya una

⁶⁴ Bernard Hanotiau y Erica Stein. "La extensión de los efectos del convenio... *Óp. Cit.*, pp. 63-66.

“relevancia significativa en los hechos o asuntos que terminan siendo objeto de arbitraje”⁶⁵ y que en caso de que se excluya al tercero del proceso, se infiera que pueda concluir en una injusticia

- Que la actuación del tercero no sea solo relevante sino que se relacione de manera determinante al contenido del contrato.
- Que los terceros no signatarios hayan percibido beneficios del objeto del contrato.

2.2 Principios del derecho aplicables a la incorporación de terceros no signatarios en el arbitraje.

Una vez identificado el concepto y la naturaleza de los terceros no signatarios del convenio arbitral, consideramos imprescindible la revisión y exposición de ciertos principios generales del derecho que sirven como fundamento para la incorporación de esta figura en el sistema arbitral y la flexibilización de la norma arbitral en este aspecto. La necesidad de dar apertura a partes ‘informales’ de la cláusula va más allá de toda práctica y realidad socio-económica del ámbito de aplicación, sino que tiene su base en principios jurídicos aplicables al sistema arbitral, que facilitan la inclusión de los terceros no signatarios dentro del proceso arbitral, entre los cuales encontramos el derecho constitucional de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, el principio de buena fe, el principio *in favor arbitris* y el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

2.2.1 Derecho constitucional de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

La Constitución del Ecuador en su artículo 75 consagra el derecho de acceso a la justicia y a su vez determina el derecho de todas las personas a disponer de tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, prohibiendo la indefensión.⁶⁶ Derecho que a su vez está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención Americana de Derechos Humanos.⁶⁷

⁶⁵ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?... Óp. Cit.*

⁶⁶ Artículo 75 C: Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

⁶⁷ Artículo 25 Convención DDHH:

Si bien las disposiciones referentes al derecho de acceso a la justicia estipuladas en los cuerpos normativos señalados anteriormente no hacen referencia expresa al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, las disposiciones constitucionales y con mayor razón los derechos humanos y universales, son completamente aplicables y de obligatorio cumplimiento dentro del proceso arbitral. Resultará entonces obligación de los árbitros, en este caso, garantizar el acceso a justicia y precautelar los derechos constitucionales de las partes que se someten a este procedimiento, y cuya voluntad fundamenta la jurisdicción de los árbitros para resolver los diferendos.

Derivado del derecho de acceso a la justicia, la Constitución ecuatoriana vigente desde el año 2008 dispone en su artículo 169 que “la justicia no se sacrificará por la sola omisión de formalidades”.⁶⁸ Al momento de hablar de terceros no signatarios, como se demostró anteriormente, estamos ante verdaderas partes del convenio arbitral, por lo que atentaría a todas luces el derecho de acceso a la justicia de las partes, si el tribunal se declarase incompetente para resolver el conflicto puesto a su conocimiento por el simple hecho de existir un consentimiento expreso y formal en sentido estricto.

Felix Amerasinghe en su artículo *Local Remedies in International Law*, expone lo siguiente:

Bajo la rúbrica de la denegación de la justicia se encuentran todos los actos relacionados con el arreglo judicial de las controversias. Esto equivaldría a incluir en el concepto de denegación de justicia, cualquier fallo o incumplimiento al debido proceso. En este sentido no sólo toda injerencia administrativa y legislativa de la

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Artículo 10 Declaración DDHH.-Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

⁶⁸ Artículo 169 C: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

administración de justicia se entenderá como una denegación de justicia, [...], sino también **la negativa a arbitrar en virtud de un acuerdo de arbitraje o con arreglo a una cláusula de un contrato celebrado.** (Las negrillas son nuestras) (Traducción no oficial).⁶⁹

Consecuentemente, en aras de precautelar el derecho de acceso a la justicia, consideramos que los árbitros deberán incorporar a terceros no signatarios en virtud de que forman parte de la relación contractual de la disputa, pese a no haber suscrito un convenio. Es decir que, no podrán ser excluidas las partes dentro del proceso por el solo hecho de no cumplir con una formalidad del convenio.

2.2.2 Buena fe.

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1562 establece que todos los contratos deben ejecutarse de buena fe,⁷⁰ principio universal del derecho aplicable en sentido estricto al convenio arbitral en virtud de la naturaleza contractual del mismo.

La buena fe es utilizado como eje del sistema de obligaciones y contratos, y significa principalmente rectitud y honradez en el trato, marcando una pauta al proceder de las partes dentro del desenvolvimiento de las relaciones jurídicas que surjan entre ellas y la cual deberá ser cumplida a lo largo del *iter contractual*. Este principio busca suplir las lagunas legislativas que puedan manifestarse en las múltiples situaciones de la vida económica y social, estableciendo un comportamiento a observarse por las partes como consecuencia de los usos y costumbres que sean típicos de la relación jurídica en cuestión.⁷¹

En concordancia con la definición estipulada, Fernando de Tranzegines Granda determina lo siguiente:

⁶⁹ *Under the rubric denial of justice all acts connected with the judiciary settlement of disputes. This would amount to including in the concept of denial of justice any failure in due process of law. In this sense not only would all administrative and legislative interference with the administration of justice be included as a denial of justice,[...], but such acts as a refusal to arbitrate under an arbitration agreement or under a clause in a contract entered.* Felix Amerasinghe Chittharanjan. *Local Remedies in international Law*. United Kingdom: CSICL Second Edition, 2005, p. 89.

⁷⁰ Artículo 1562 CC: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

⁷¹ Arturo Solarte Rodríguez. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7Solarteult.pdf (acceso: 11/01/2013)

En última instancia, buena fe es honradez, porque esta idea está estrechamente vinculada con la fidelidad, con la lealtad en el obrar; y la palabra fe (fides) tiene su origen en la palabra fidelidad (fidelitas). Tener fe en alguien es pensar que va a actuar con fidelidad, con lealtad; y tener buena fe en sus actos significa actuar sin que la conducta pueda ser interpretada como una traición, como una deslealtad. En consecuencia, fe, honradez y lealtad, son conceptos que forman un sistema, que crean una atmósfera en las relaciones contractuales basada en la confianza recíproca y en el **cumplimiento de los pactos no solamente en la letra sino sobre todo en el espíritu en el que fueron concebidos.**⁷² (Las negrillas son nuestras)

Tomando en consideración el texto resaltado en la cita expuesta, el principio de buena fe hace posible la incorporación de terceros no signatarios dentro del proceso arbitral, en virtud de que exige a las partes no solo a cumplir con las obligaciones textuales de un convenio, sino que las impulsa a ir más allá de la literalidad llevándolas a actuar de conformidad con la verdadera intención de estas y en base a conductas que resulten típicas de una relación jurídica determinada. La buena fe, en definitiva es “una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, [que] impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas.”⁷³ La aplicación de este principio no se limita a la ejecución de contrato, sino que su aplicación deberá observarse desde el momento de las negociaciones.⁷⁴

Como consecuencia de ello, la concepción de interpretar el consentimiento de las partes de la conducta de las mismas para permitir o no su inclusión dentro de los procedimientos arbitrales, no resulta contraria a los principios generales del derecho contractual, como algunas corrientes doctrinarias exponen. Por el contrario, se ha observado que estos principios forman la base para la incorporación de los terceros no signatarios en el régimen arbitral, y otorgan a los árbitros el instrumento de análisis necesario para ir más allá de la literalidad y formalidad de una cláusula arbitral y ampliar su aplicación.

⁷² Fernando de Tranzegines Granda. “¿Velo societario vs. Arbitraje?” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. 100.

⁷³ Arturo Solarte Rodríguez. *La buena fe contractual ... Óp. Cit.*

⁷⁴ *Ibíd.*

2.2.3 In favor arbitris.

El principio *in favor arbitris* “consiste en hacer prevalecer la voluntad de las partes debidamente estipulada en el convenio arbitral por sobre segunda o ulteriores intenciones de una de aquellas para evitar el proceso y retardar la solución del conflicto existente”.⁷⁵

La LAM en su artículo 7 consagra este principio al disponer que aun cuando exista duda sobre la ejecutabilidad de la cláusula arbitral, el órgano judicial debe declararse a favor del sistema arbitral para resolver la controversia de las partes.⁷⁶

En relación con el tema de la presente tesina, podemos concluir que esta norma legal impulsa a los árbitros a declararse competentes para resolver una controversia puesta a su conocimiento en aquellos casos en los que la cláusula no evidencie las partes involucradas de manera expresa, derivando su competencia de un consentimiento implícito como resultado de la conducta de las partes.

2.2.4 Kompetenz-Kompetenz.

Adicionalmente, el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, estipulado en el artículo 22 de la LAM⁷⁷, implica la facultad del tribunal arbitral no solo para decidir sobre su competencia, sino también para decidir sobre las excepciones que las partes planteen en relación a la existencia de la cláusula arbitral. En palabras de Caivano, es la “posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia cuando esta haya sido cuestionada.”⁷⁸ Por otro lado, la doctrina francesa en relación a este principio dispone lo siguiente:

⁷⁵ Daniel Robalino Orellana. *Control constitucional de laudos arbitrales: procedencia y efectos*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2010

⁷⁶ *Id.*, p. 18.

⁷⁷ Artículo 22 LAM: Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia. Si el tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el tribunal arbitral. Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta.

⁷⁸ Roque Caivano. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc SRL & VILELA Editor, 2000, p. 160.

De acuerdo con comentaristas franceses, [el principio] *Kompetenz-kompetenz* no opera únicamente en una dimensión positiva (autorizando a los árbitros a determinar su propia competencia al principio), sino también en una negativa (restringiendo a las cortes de determinar la competencia de los árbitros al principio) [...] en el caso en que no haya sido llevado ante un tribunal arbitral la corte deberá declinar su competencia a excepción de circunstancias en las cuales se encuentre que el convenio arbitral es manifiestamente nulo o inejecutable.⁷⁹ (Traducción no oficial)

En relación con la cita precedente, cabe recalcar que la aplicación de este principio no está limitada al sistema arbitral, sino que ordena además a los jueces a declinar su competencia como regla general. La única excepción para que los jueces resulten competentes deriva de la nulidad de la cláusula o de la insuficiencia de la misma.

Frente al caso de terceros no signatarios del convenio arbitral, estos pueden alegar la insuficiencia del convenio arbitral para evitar la extensión del alcance del mismo. No obstante, como se aclarará a continuación, los árbitros ecuatorianos serán competentes en aquellos casos en los que la constatación de la actuación de los terceros no signatarios en las etapas contractuales superen incluso el argumento de insuficiencia del convenio para incorporarlos en el proceso.

2.3 Casos de admisibilidad de terceros no signatarios en el proceso arbitral de acuerdo a la doctrina.

La tendencia actual, y sobre todo las relaciones internacionales, han optado por adoptar una interpretación más amplia y flexible de la cláusula arbitral como consecuencia de la globalización, extensión y diversificación de las distintas relaciones que se suscitan en la práctica. Si bien está claro que se debe mantener un orden y parámetros de control para la evolución del arbitraje como institución, no debe existir un apego extremo a las concepciones meramente formalistas.⁸⁰ Por el contrario, el legislador debe permitir la

⁷⁹ According to french commentators, *Kompetenz-Kompetenz* thus has not only a positive dimension (authorizing arbitrators to determine their own competence at the outset), but also a negative one (barring courts from determining the competence of arbitrators at the outset) [...] where the case has not yet been brought before an arbitration tribunal the court must also decline jurisdiction except in the circumstance in which it finds that the arbitration agreement is manifestly null or unenforceable. George A. Berman. "The gateway problem in international commercial arbitration." *The Yale Journal of International Law* Vol. 37 (2012), p.16.

⁸⁰ Arnoldo Wald. "La extensión de la cláusula compromisoria ... *Óp. Cit.*, p. 55.

apertura de los conceptos para adaptarlos a las nuevas necesidades de las partes involucradas de acuerdo a los constantes cambios que surgen en el ámbito de sus relaciones económicas y sociales.

Consecuentemente, tanto a nivel de doctrina como de jurisprudencia, se han establecido principios y casos en los que los árbitros y jueces deberán reconocer el consentimiento de las partes de someterse a un procedimiento arbitral, aún cuando estas no hubieren suscrito un acuerdo. Uno de los casos más importantes en la materia, promotor de la delimitación de los supuestos jurídicos de admisibilidad de terceros no signatarios en el arbitraje, fue el caso *Thomson CSF S.A. c. Redifussion Simulation Ltd.* seguido ante el Segundo Circuito de los Estados Unidos de Norteamérica. El tribunal en el caso en mención determinó que los supuestos en los que se deben incorporar a terceros no signatarios del convenio arbitral son los que a continuación se detallan:

(a) Si esa parte es firmante de un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida en el otro contrato. (...), (b) Si su conducta indica que está aceptando someterse a arbitraje, (c) (...) Si existe, entre el firmante y el no-firmante, una relación de representación o agencia; (d) Si la relación entre la matriz y su subsidiaria es suficientemente cercana como para justificar que se corra el velo societario (Penetración del velo societario); (e) Si quien alega no estar alcanzado por la cláusula arbitral tuvo previamente una conducta contradictoria con esa alegación (*Estoppel*).⁸¹

Por su parte, Roque Caivano en su artículo Arbitraje y Grupos de Sociedades, establece como supuestos de incorporación de no signatarios los siguientes: Incorporación por referencia, el asentimiento tácito, la relación de agencia, la penetración del velo societario, el *estoppel* y la interrelación.⁸²

No obstante, con motivo del presente trabajo académico, consideramos que los supuestos que deben considerarse para la incorporación de terceros no signatarios en los procesos arbitrales en el Ecuador son los siguientes: la incorporación por referencia; la estipulación a favor de terceros; la cesión de derechos contractuales; la representación o

⁸¹ Caso *Evans and Sutherland Computer Corporation c. Thomson – CFS S.A.*, Segundo Circuito de los Estados Unidos de Norteamérica, de 78980 citado por Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta? ... Óp. Cit.*

⁸² Roque Caivano. "Arbitraje y grupo de sociedades: Extensión ... Óp. Cit., p. 129.

agencia; el *estoppel*; y el levantamiento de velo societario y la doctrina del grupo de sociedades.

2.3.1 Incorporación por referencia.

La incorporación por referencia se refiere al supuesto en el que una parte queda vinculada a una cláusula arbitral, así no lo haya firmado, si en el contrato celebrado hace mención a la cláusula en la medida en que pueda entenderse la intención de quedar sujeto al mismo.⁸³ Esto quiere decir que si la Compañía X ha suscrito un contrato de compraventa con la Compañía Z, en el cual no se dispone de ninguna cláusula compromisoria pero se hace referencia a otro contrato en el que exista un convenio arbitral, las partes se verán obligatoriamente subordinadas a un procedimiento arbitral en el supuesto en que surja una disputa derivada de las obligaciones del contrato.

La Ley Modelo CNUDMI, norma base de la legislación arbitral ecuatoriana citada previamente en este trabajo académico, maneja un criterio similar al determinar en su artículo 7.1 numeral 6 que la mera referencia a una cláusula compromisoria contenida en un contrato constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que la intención de las partes sea someterse a dicha cláusula.⁸⁴ De la misma manera, la posibilidad de incorporar a terceros no signatarios de la cláusula arbitral está reconocida dentro de la LAM en virtud de que el artículo 5 de dicho cuerpo normativo establece que “el convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere.”⁸⁵

La doctrina contempla dos situaciones en las que se debe aplicar este supuesto:

- Cuando se celebra un convenio y en este se hace referencia a una cláusula arbitral incorporada en un contrato distinto.
- Cuando la cláusula arbitral se refiera al ‘tercero’ o a un acuerdo secundario que tenga relación con este.⁸⁶

⁸³ Alfredo Bullard González. “¿Y quiénes están invitados a la fiesta?”... *Óp. Cit.*

⁸⁴ *Id.*, p. 10.

⁸⁵ *Id.*, p. 17

⁸⁶ Richard Martin Tirado “*La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje administrativo*”. Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias,

Una evidente aplicación de este supuesto se observa en el caso *Frank J. Rooney Inc. c. Charles W. Ackerman of Fla. Inc.*, en el cual la Corte de Florida resolvió que las partes, al incorporar una referencia al contrato de provisiones del Instituto Americano de Arquitectos, el mismo que contenía una cláusula arbitral, habían convenido en someter sus controversias a una instancia arbitral en los términos referidos en dicho convenio incorporado por la sola referencia al mismo.⁸⁷

2.3.2 Celebración de contratos a favor de terceros.

Existen ocasiones en las que las partes deciden celebrar un contrato a favor de un tercero, en el cual dispongan una cláusula arbitral para la resolución de controversias. La pregunta que surge en este caso es entonces si la cláusula arbitral alcanza al beneficiario del contrato si este no la suscribió. De acuerdo al artículo 14 de la LAP, la cláusula resulta aplicable incluso contra aquellos ‘terceros’ que pretendan derivar beneficios del contrato que contiene la cláusula.⁸⁸ No obstante, la LAM no incorpora en su codificación ninguna disposición similar por lo que no resulta evidente que este supuesto deba ser aplicado en el sistema arbitral ecuatoriano.

La doctrina por su parte establece que la estipulación a favor de un tercero constituye una excepción al principio de *res inter alios acta*, a través del cual dos partes contratantes pueden crear un derecho a favor de un tercero beneficiario.⁸⁹ En el supuesto en el que este contrato incorpore en sí una cláusula compromisoria, el beneficiario de dicho contrato, pese a no firmar el mismo, debe ser admitido en el proceso arbitral que se inicie con motivo del contrato. Sin embargo, será necesario que el tercero beneficiario del contrato manifieste su voluntad de hacer efectivo su derecho, ya sea en el procedimiento arbitral o en un momento anterior al mismo.⁹⁰

Así, Francisco de González Cossío determina que:

Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012. pp., 286.

⁸⁷ *Frank J. Rooney Inc. c. Charles W. Ackerman of Fla. Inc.*, citado por Richard Bamforth et. al. “Joining non-signatories to an arbitration: recent developments.” *Dispute Resolution 2007/2008*, Volume 2: Arbitration. Estados Unidos: Cross-border, p. 9.

⁸⁸ *Id.*, p. 27

⁸⁹ Francisco de González Cossío. “El que toma botín, toma la carga... *Óp. Cit.*, p. 119.

⁹⁰ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?... Óp. Cit.*

La obligación de arbitrar a cargo de un tercero es una extensión natural del hecho que el tercero, al aprovecharse de la estipulación, debe hacerlo sujeto al régimen que el promitente y estipulante han contemplado en el contrato que lo contiene [...] sea que se trate del núcleo del derecho del tercero, o una cuestión accesorio, las fronteras de los derechos y obligaciones del tercero son aquellas contempladas por el contrato que hace nacer en su patrimonio el derecho.⁹¹

Consecuentemente, el derecho que el tercero pretenda adquirir del contrato se rige mediante las estipulaciones del mismo, entre ellas la aplicación del convenio arbitral.

La cláusula compromisorio debe vincular al beneficiario de la estipulación a favor de tercero, lo cual significa que él la puede invocar y esta puede ser invocada contra él. La razón obedece no solo a que el derecho del beneficiario nace fuera de la aceptación como excepción al principio del efecto relativo de los contratos, sino y sobre todo, porque dicho derecho no es más que lo que el promitente y el estipulante desearon que fuera. Dicho derecho resulta del contrato concluido entre ellos y no puede ser entendido fuera de dicho contrato. Por ende, si el promitente y el estipulante desearon una cláusula compromisorio, no parece posible descartarla en lo que concierne al tercero. Dicho de otra manera, de la misma manera que el arbitraje no permite hacer caso omiso de los principios que rigen la transmisión de un derecho o una obligación, tampoco puede prescindir aquellos que son inherentes a la naturaleza de la estipulación a favor de tercero.⁹²

Un caso ejemplificativo de este supuesto es el contrato de seguro, en el cual el beneficiario de la póliza, distinto a la parte firmante del contrato (asegurado), se ve en la obligación de iniciar un proceso arbitral para exigir el pago del siniestro en el supuesto en que el asegurado fallezca. En este caso, la aseguradora no podrá negarse a arbitrar con el beneficiario, pese a no ser suscriptor del convenio en virtud del principio de buena fe. Esto en tanto que la compañía tenía pleno conocimiento de que el tercero era beneficiario de la póliza en caso de muerte del titular.⁹³

2.3.3 Cesión de derechos y obligaciones contractuales.

La cesión es un negocio jurídico mediante el cual el cedente transmite los derechos y obligaciones que posee frente a un deudor a un tercero denominado cesionario.⁹⁴ En la

⁹¹ Francisco de González Cossío. “El que toma botín, toma la carga... *Óp. Cit.*, pp. 121-122.

⁹² Christian Larroumer. *Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage*. Francia: Comité de l'arbitrage, 2005, p. 903 citado por Francisco de González Cossío. “*El que toma botín, toma la carga... Óp. Cit.*, p. 126.

⁹³ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?... Óp. Cit.*

⁹⁴ Emilio Betti. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado (1959), p. 42.

actualidad, este tipo de negocio jurídico se usa frecuentemente en la práctica para ceder los derechos y obligaciones de las relaciones contractuales. Es en este punto donde surge la interrogante que nos concierne en el tratamiento de la presente tesina: ¿al ceder un contrato se cede la cláusula arbitral a favor del cesionario? Existen distintas posiciones al respecto sin embargo, consideramos que en aquellos casos en que se configura una cesión de la posición contractual, y teniendo como punto de partida la intención de las partes, nada impide que se considere asumida la cesión de todos los derechos y obligaciones derivados del contrato, incluida la cláusula arbitral.⁹⁵

Esto por cuanto en la cesión de la posición contractual todas las partes del contrato intervienen y aceptan o no la cesión del contrato, por lo que resultaría contrario al principio de la buena fe que alguno intentará rechazar la aplicación del convenio arbitral. Adicionalmente, el cesionario que se incorpora a la relación contractual, tiene pleno conocimiento de la existencia del pacto arbitral en el contrato y las implicaciones del mismo. De acuerdo a Bullard, en estos casos resultaría ilógico invocar la separabilidad del convenio arbitral argumentando que se produjo la cesión del contrato y no la del convenio. La separabilidad es un mecanismo de control del convenio arbitral, más no un mecanismo para limitar su alcance y efectividad pasando por alto la voluntad de las partes.⁹⁶

En este sentido, la doctrina y jurisprudencia brasilera es concordante con esta posición doctrinaria, y establece que la cesión de derechos y obligaciones de un contrato lleva consigo un cambio de legitimidad en las discusiones que se deriven del instrumento cedido, y que por lo mismo la cesión incluye necesariamente la cláusula arbitral.⁹⁷

Por otro lado, en el caso de la cesión de la posición contractual el ‘tercero’ se vuelve una verdadera parte del contrato, y su actuación se vuelve determinante en las etapas del *iter contractual*, con lo cual se vinculará al convenio arbitral como consecuencia del consentimiento derivado de su conducta. Con mayor razón, si el cesionario pretende ser

⁹⁵ Arnoldo Wald. “La extensión de la cláusula compromisoria ... *Óp. Cit.*, p. 51.

⁹⁶ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?... Óp. Cit.*

⁹⁷ Tribunal Superior de Justicia de Brasil. Caso *Spie Enertrans S.A. c. Industria e construcoes*. Sentencia extranjera cuestionada No. 831. Resolución de 03 de octubre de 2007 citada por Arnoldo Wald. “La extensión de la cláusula compromisoria ... *Óp. Cit.*, p. 51.

beneficiario del contrato motivo de la cesión deberá permitirse su participación en el proceso arbitral, aún en el supuesto en que no exista un convenio suscrito por el mismo.⁹⁸

2.3.4 Representación y agencia.

La incorporación de terceros no signatarios del convenio arbitral puede resultar aplicable en los casos en los que el tercero actúe en la relación contractual por representación o agencia. Este supuesto tiene como punto de partida el contrato de mandato, mediante el cual una parte (mandante) le concede a otra (mandatario) la facultad de realizar actos o negocios en representación suya.⁹⁹ En lo que respecta al mandato, el artículo 2020 del Código Civil ecuatoriano dispone que “es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.”¹⁰⁰

De acuerdo a la doctrina, los elementos para que exista representación son los que a continuación se detallan:

- Que el mandatario (agente o representante) ejecute un acto o celebre un contrato.
- Que en la ejecución o celebración del contrato el mandatario actúe a nombre del mandante.
- Que el mandatario este facultado para representar o actuar por el mandante por la ley (representación legal) o por voluntad del mandante (representación voluntaria).¹⁰¹

En la práctica, es común observar que las partes actúen en representación de otra en la suscripción de un contrato, y más aún cuando las partes son de distintas nacionalidades. No queda ninguna duda sobre la voluntad de arbitrar de la parte representada en el contrato, sin

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ Richard Martín Tirado. “La extensión del convenio arbitral ... *Óp. Cit.*, p. 286.

¹⁰⁰ Artículo 2020 CC: Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario.

¹⁰¹ Karin Helmlinger Casanova. *Arbitraje institucional: experiencia del centro de arbitraje y mediación de Santiago*. Chile: Editorial jurídica de Chile, 2007, p. 13.

embargo, ¿puede incluirse al representante en el proceso arbitral si su actuación en alguna de las etapas contractuales fue observada con el único fin de representar a una de las partes?

La doctrina y jurisprudencia a nivel internacional ha considerado que la cláusula arbitral puede alcanzar al representante o agente en los casos en los que su actuación excedió el mandato, o cuando su actuación lo vincula directamente en el negocio.¹⁰²

Así, uno de los casos de mayor aplicación de la incorporación de un tercero no signatario en el proceso arbitral por representación o agencia se observa en el siguiente supuesto: Una compañía extranjera A pretende celebrar un contrato de construcción con una compañía local B, para lo cual contrata a la compañía local C para que en nombre y representación de A acuda a la negociación y celebración del contrato. No obstante, la actuación de C va más allá del mandato conferido por A y llega incluso a participar en algunas de las prestaciones del contrato sin estar obligado a ello. Al momento de surgir la controversia, C alega no haber suscrito el convenio arbitral, no obstante su inclusión será necesaria ya que la voluntad de arbitrar se deduce de su actuación.¹⁰³

A manera de conclusión, podemos establecer entonces que en los supuestos en los que un parte actúa en representación de otra, y la participación de las partes vincula activamente a un no signatario, llegando incluso a ser titulares de intereses que forman parte de la relación económica-jurídica subyacente del negocio jurídico en cuestión, resultará necesario incorporar al tercero no signatario al convenio.¹⁰⁴

2.3.5 Estoppel.

La doctrina del *estoppel* en su sentido más tradicional es el principio general del derecho conocido bajo el aforismo romano *non-venire contra factum proprium*, o doctrina de los actos propios, mediante el cual una parte no puede hacer valer sus derechos frente a otra, cuando la situación de la última se vio notablemente desmejorada como consecuencia

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?... Óp. Cit.*

¹⁰⁴ Hugo García Larriva. *Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica.* <http://www.latinarbitrationlaw.com/partes-no-signatarias-del-convenio-arbitral-entre-la-realidad-econ-mica-y-la-ficci-n-jur-dica/> (acceso: 17/01/2013)

de una confianza justificada de la conducta de la primera parte.¹⁰⁵ Es decir que, el *estoppel* busca prevenir que una parte se aproveche de la otra, cuando la primera hubiere promovido que esta última actúe de manera tal que perjudique su propio interés.¹⁰⁶ Busca en definitiva fomentar que las personas sean coherentes con sus actuaciones, y permite sancionar a quienes se comporten contradictoriamente, atentando contra el principio de buena fe contractual.¹⁰⁷

Por lo tanto, la aplicación del *estoppel* al arbitraje permite que las partes, suscriptoras o no de un convenio arbitral contenido en un contrato, se obliguen a arbitrar si la conducta de una parte genera una expectativa legítima y razonable de que la otra está dispuesta a someterse a un proceso arbitral para resolver una controversia derivada de dicho contrato.¹⁰⁸

Corroborando la delimitación expuesta, Bullard expone la doctrina del *estoppel* en los siguientes términos:

Según la Doctrina de los Actos Propios no es legítimo desconocer con la mano izquierda lo que hace con la derecha. Ello ocurre sólo cuando (1) la mano derecha y la izquierda pertenecen al mismo centro de imputación (identidad de sujetos); (2) lo que la mano derecha ha hecho anteriormente permite derivar con claridad que la mano izquierda se encuentra obligada posteriormente a conducirse de la misma manera (carácter vinculante de la conducta original); y (3) efectivamente la mano izquierda está haciendo algo incompatible con lo que hizo la mano derecha (contradicción entre la conducta original y la conducta posterior).¹⁰⁹

Es decir que, una de las partes no podrá negarse a arbitrar, si de su conducta se infiere que ha aceptado los términos, obligaciones y consecuencias de la ejecución de un contrato que contenga un convenio arbitral, y que posteriormente niegue su vinculación a dicho convenio por el solo hecho de no haberlo suscrito. Resulta factible entonces la aplicación del *estoppel* en materia arbitral en dos distintos casos:

¹⁰⁵ Martin Hunter, Jessica Pineda y Javier García Olmedo. “La incorporación de partes no signatarias y el carácter consensual del arbitraje: ¿cuál es la posición adoptada por las instituciones arbitrales?” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. 224.

¹⁰⁶ Felix Amerasinghe Chittharanjan. *Local Remedies in international Law...* *Óp. Cit.*, p. 226.

¹⁰⁷ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?... Óp. Cit.*

¹⁰⁸ Park, William. “Non-Signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma.” *Oxford Journals* (2009), p. 24.

¹⁰⁹ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?... Óp. Cit.*

- Cuando un tercero al convenio arbitral invoca a una parte del convenio para someterse a un proceso arbitral: ejemplificativamente, este caso supone la negativa de la parte suscriptora del convenio a someterse a un arbitraje con un tercero, alegando que este no es parte del convenio incorporado en el contrato, habiendo aceptado, no obstante, la actuación del tercero en alguna de las etapas del contrato.
- Cuando una parte del convenio arbitral llama a un tercero al proceso: ocurre en el supuesto en que C (tercero) se niega a ser parte del procedimiento arbitral iniciado por A (parte del convenio), aún cuando su conducta lo vincule estrictamente al contrato que incorpora el convenio, y por consiguiente al convenio en sí.¹¹⁰

Consecuentemente, es necesario destacar entonces que la doctrina del *estoppel* se aplica por igual a las partes signatarias y a las no signatarias. Esto por cuanto ambos aceptan o no la actuación de las no signatarias en alguna de las etapas de la vida del contrato que luego pretenden negar cuando se exige el inicio del procedimiento arbitral.¹¹¹

En este sentido, el Tribunal de la Corte Suprema de Texas en el caso *Meyer c. WMCO-GP L.L.C.* en referencia a la doctrina de *estoppel* y la inclusión de terceros no signatarios en los procesos arbitrales dictaminó lo siguiente:

[...] cualquier persona (incluido un no-signatario) que reclama un beneficio de un contrato conteniendo una cláusula arbitral está impedido de manera equitativa de negarse a arbitrar [...] La corte sostuvo que el *estoppel* equitativo se aplica en dos circunstancias: Si el reclamo del signatario presume la existencia de un acuerdo escrito que contiene una cláusula arbitral, el arbitraje es garantizado. El reclamante “no puede, por un lado, buscar que el no-signatario se mantenga fiel al cumplimiento de las obligaciones impuestas por el acuerdo, que contiene el convenio arbitral, pero por otro lado, negar la aplicabilidad del arbitraje porque el demandado es un no-signatario”. Si el signatario alega ser substancialmente interdependiente, y concertada una mala conducta entre un no-signatario y un signatario, el arbitraje es apropiado. (También referido como “intrínsecamente entrelazado” o “inherentemente inseparable”)¹¹² (Traducción no oficial).

¹¹⁰ Richard Martin Tirado. “La extensión del convenio arbitral ... *Óp. Cit.*, p. 287.

¹¹¹ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?... Óp. Cit.*

¹¹² [...] *any person (including a non-signatory) claiming a benefit from a contract containing an arbitration agreement is equitably estopped from refusing to arbitrate.[...] The court held that equitable estoppel applies in two circumstances: If the signatory’s claims presume the existence of a written agreement containing an arbitration clause, arbitration is warranted. The claimant*

Se observa entonces, que la Corte considera que la doctrina del *estoppel* es aplicable en tanto para signatarios o no signatarios, importando únicamente que se evidencie una conducta de cualquiera de ellas contraria a la buena fe contractual, y contradictoria al intentar ejecutar un contrato excluyendo una de sus obligaciones como la de arbitrar.

Sin embargo, para que se aplique la doctrina del *estoppel* en la inclusión de terceros no signatarios en los procesos arbitrales, se considera necesario el cumplimiento de algunos requisitos. Las cortes norteamericanas han considerado que, para que exista *estoppel* arbitral deben cumplirse con tres requisitos:

- Que existan lazos corporativos estrechos entre las partes signatarias del convenio y la no signataria.
- Que la controversia suscitada esté relacionada directamente con el contrato principal que contiene el convenio arbitral.
- Que la parte no signataria esté percibiendo un beneficio directo del contrato motivo de la controversia.¹¹³

Por su parte, Bullard establece como requisitos para la aplicación de la doctrina de los Actos Propios en materia arbitral lo siguiente:

- Que exista una conducta original, que por su naturaleza, características y circunstancias, generen una confianza en la otra parte que le impulsen a seguir comportándose de la misma manera en base al principio de buena fe. Es decir que, la conducta genera una obligación, la misma que se entiende le vincula al contrato y por consiguiente al convenio.
- Que exista una conducta posterior que resulte contradictoria a la anterior. Es decir que la negativa de someterse al procedimiento arbitral resulta contradictoria del vínculo que existe de la parte con el contrato.

“cannot, on the one hand, seek to hold the non-signatory liable pursuant to duties imposed by the agreement, which contains an arbitration provision, but, on the other hand, deny arbitration’s applicability because the defendant is a non-signatory”. If the signatory alleges substantially interdependent and concerted misconduct between a non-signatory and a signatory, arbitration is appropriate. (This is sometimes referred to as the “inextricably intertwined” or “inherently inseparable” test). Texas Supreme Court. Case of *Meyer v. WMCO-GP L.L.C*, 211 S.W.3d 302, 305. 2006 citado por Richard Bamforth et. al. *“Joining non-signatories to an arbitration ... Óp. Cit., p. 9.*

¹¹³ Martin Hunter, Jessica Pineda y Javier García Olmedo. “La incorporación de partes no... Óp. Cit., p. 225.

- Que ambas conductas se desarrollen por el mismo imputado, ya sea el signatario o el no signatario.¹¹⁴

Los requisitos planteados por las distintas posturas doctrinarias no resultan excluyentes entre sí, y resaltan por su lado el fundamento del *estoppel* en el principio de buena fe contractual. Consideramos entonces que para la aplicación de esta doctrina en los procesos arbitrales ecuatorianos se deberá observar lo siguiente:

- Vínculo entre las partes (signatarios y no signatarios) y el contrato motivo de la controversia que incorpora la cláusula compromisoria.
- Que se genere una confianza razonable en una de las partes como consecuencia de la actuación de las partes.
- Que surja una conducta contradictoria que afecte los intereses de la contraparte involucrada.
- Que la parte afectada haya actuado en todo momento con apego a la buena fe. Esto en virtud de que una parte no podrá invocar el *estoppel* si esta no hubiere actuado de buena fe.

Sin lugar a dudas, la redacción del artículo 14 de la LAP¹¹⁵ refleja la intención del legislador de la indiscutible aplicación de la doctrina del *estoppel* en materia arbitral al establecer que ninguna de las partes puede actuar de manera determinante en las etapas contractuales y contradecir de manera posterior la existencia y aplicabilidad del convenio arbitral pactado en el contrato. En síntesis, los requisitos antes señalados para aplicar la doctrina del *estoppel* generan una expectativa razonable en que las partes se sujetarán al arbitraje por lo que necesariamente deberán someterse a este procedimiento para resolver las controversias derivadas de la relación contractual.¹¹⁶

Si bien la ley ecuatoriana de arbitraje no hace una referencia expresa a la doctrina del *estoppel*, o no incorpora una redacción tan amplia como la ley peruana que permita la aplicación de esta doctrina en el arbitraje ecuatoriano, consideramos que el principio de buena fe contemplado en otros cuerpos legales como el Código Civil, permiten la

¹¹⁴ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?... Óp. Cit.*

¹¹⁵ *Id.*, p. 27.

¹¹⁶ *Ibíd.*

incorporación de terceros no signatarios en los procesos arbitrales en los que se observe la doctrina del *estoppel* en la actuación de alguna de las partes. La cláusula arbitral surge de la autonomía de las partes, y al igual que cualquier convenio debe ejecutarse siempre en apego a la buena fe.

2.3.6 Levantamiento del velo societario y la doctrina del grupo de sociedades.

Este supuesto pretende extender los efectos del convenio arbitral a sociedades que, pese a no suscribir el contrato que contiene la cláusula arbitral, deben someterse al arbitraje en virtud de su relación con otras sociedades del grupo implicado en el juicio arbitral.¹¹⁷ En virtud de lo cual, Eduardo Silva Romero determina que:

La cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de 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 ella surgieron.¹¹⁸

Por su parte, algunos autores consideran que la aplicación de esta teoría no se aparta de la existencia de un consentimiento implícito de la parte no signataria del convenio como consecuencia de su conducta en las distintas etapas contractuales. Por el contrario, muchos de ellos subrayan que para la aplicación del levantamiento del velo societario y el grupo de sociedades, la existencia del consentimiento de las partes es el elemento determinante para extender los efectos del convenio arbitral a terceros no signatarios del mismo.¹¹⁹ Sin embargo, consideramos que el hecho de afirmar la existencia de un consentimiento implícito no es del todo acertado en el presente caso, ya que para el levantamiento del velo societario se parte del hecho de la inexistencia del consentimiento ya sea expreso o tácito.

Actualmente, se observa que en las relaciones comerciales se relativiza el término parte para alcanzar el cumplimiento de los objetivos tras el negocio, como consecuencia de la complejidad de las relaciones y su frecuente evolución y modificación. En este contexto,

¹¹⁷ Bernard Hanotiau y Erica Stein. “La extensión de los efectos del convenio... *Óp. Cit.*, pp. 57-58.

¹¹⁸ Eduardo Silva Romero. “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”. *Revista Lima Arbitration No. 4* (2010-2011), p. 53.

¹¹⁹ *Ibíd.*

la aplicación del levantamiento del velo societario en materia arbitral, impide que las partes no signatarias escapen esta jurisdicción a través de procedimientos paralelos en cortes judiciales.¹²⁰ Consecuentemente, la correcta aplicación del levantamiento del velo societario pretende evitar el abuso resultante de la interpretación restrictiva de la cláusula arbitral, permitiendo que los árbitros prescindan de la forma externa de la persona jurídica e incorporen a aquellas personas jurídicas no signatarias cuya actuación y relación con el contrato y las partes signatarias sea indiscutible y determinante.¹²¹

Al respecto, Tranzegines expone que el *veil piercing* o levantamiento del velo corporativo es una institución nueva que permite observar el verdadero conjunto de intereses y relaciones económicas que existen detrás de la forma societaria, evitando así que el formalismo jurídico permita el uso de un escudo bajo el cual se desarrollen actividades que perjudiquen a personas vinculadas de alguna manera con el contrato a ejecutarse. No obstante, esta doctrina es aplicable de manera excepcional para evitar el fraude y para impedir el abuso de derecho.¹²²

Adicionalmente, es necesario señalar que el levantamiento del velo societario se aplica para expandir el universo de demandantes y demandados.¹²³ Es decir que, puede ser aplicado en los supuestos en que un no signatario inicie el proceso arbitral contra un signatario o viceversa.

Sin embargo, esta doctrina es de difícil aplicación en virtud de que la competencia del árbitro se configura solo si se da el levantamiento del velo societario al momento inicial del arbitraje cuando aún no se presentan pruebas que evidencien la relación de una persona jurídica no signataria del convenio con una de las partes signatarias. Por este motivo, los árbitros deben declararse competentes de manera provisional hasta determinar si efectivamente existen los elementos necesarios para el levantamiento del velo societario en la relación contractual motivo de la controversia¹²⁴, hecho al cual varios de los tribunales no estarán dispuestos.

¹²⁰ Arnoldo Wald. “La extensión de la cláusula compromisoria ... *Óp. Cit.*, p. 50.

¹²¹ Karin Helmlinger Casanova. “Arbitraje institucional... *Óp. Cit.*, p. 7.

¹²² Fernando de Tranzegines Granda. “¿Velo societario vs. Arbitraje?”... *Óp. Cit.*, p. 98.

¹²³ Ignacio Suárez Anzorena. “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional.” *Revista Internacional de Arbitraje No. 2* (2005), p. 62.

¹²⁴ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?... Óp. Cit.*

La doctrina del levantamiento del velo societario se observa por primera vez en el caso *Dow Chemical c. Isober Saint Gobain* en 1982. En este proceso se observa la existencia de dos contratos en los que se incorpora una cláusula arbitral. Uno de ellos suscrito por *Dow Chemical AG Suiza e Isober Saint Gobain*, y el segundo suscrito por *Dow Chemical Europa e Isober Saint Gobain*. Como resultado del surgimiento de discordancias entre las partes *Dow Chemical Suiza, Dow Chemical Europa, Dow Chemical Francia y Dow Chemical Estados Unidos* (matriz) inician el proceso arbitral contra *Isober Saint Gobain* ante la Cámara de Comercio Internacional. Por su lado, *Isober Saint Gobain* solicita la exclusión de *Dow Chemical Francia y Dow Chemical Estados Unidos* del proceso, por cuanto estos no eran signatarios de ninguno de los convenitos arbitrales suscrito por el demandado. No obstante, el tribunal se declara competente para resolver el proceso alegando lo siguiente:

La cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debería obligar a las otras sociedades que, por su rol en la celebración, el cumplimiento o la extinción de los contratos en los que se insertan dichas cláusulas, y de conformidad con la voluntad común de todas las partes involucradas en el proceso, parecen haber sido auténticas partes de dichos contratos o haber sido principalmente afectadas por ellos y por las controversias a las que pueden dar origen¹²⁵

Consecuentemente, el Tribunal en este caso resolvió su competencia basándose en dos elementos primordiales para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario:

- Aplicación del principio de unidad y realidad económica: se refiere al conjunto de personas jurídicas en el que una de ellas ejerce el control de las demás, o en el que las personas jurídicas que forman parte del grupo son controladas por una o varias personas naturales determinadas. Esto sin importar la actividad y objeto social de las personas jurídicas, sino simplemente el eje de control de las mismas.¹²⁶

¹²⁵ Cámara de Comercio Internacional. Caso CCI No. 4131, *Dow Chemical c. Isober Saint Gorbain*. Laudo de 23 de septiembre de 1982. Derrains Yves Jarvin Sigvard, Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985.

¹²⁶ Artículo 5 de La Resolución CONASEV No. 722-97-EF-94.10 de 28 de noviembre de 1997 citado por Fernando de Tranzegines Granda. *¿Velo societario vs. Arbitraje?... Óp. Cit.*, p. 101.

En atención al caso planteado, el Tribunal entendió que el grupo de empresas demandantes constituía una realidad económica, en la que, *Dow Chemical* Estados Unidos era el director de orquesta de la relación contractual establecida entre el resto de empresas e *Isober Saint Gobain*.

- Participación activa y determinante de cada una de las empresas (no signatarias) en las distintas etapas contractuales.

En este sentido, Richard Bamforth, en su análisis del caso en discusión hace referencia a estos dos elementos y expone lo siguiente:

Una de las compañías no signatarias de hecho había realizado todas las entregas a Isover Saint Gobain de conformidad de los acuerdos. La otra compañía no signataria era predecesora de una de las compañías signatarias, dueña de las marcas comerciales bajo las cuales los productos eran comercializados, y tenía el control absoluto de las subsidiarias que estaban involucradas directamente o que por el contrato podían participar en la celebración, ejecución o terminación de los contratos de distribución.

El tribunal concluyó que, dado el papel que las partes no-signatarias jugaron en la celebración, ejecución y terminación de los contratos que contenían los acuerdos arbitrales y la intención mutua de todas las partes en el procedimiento, las compañías no signatarias eran de facto partes en los contratos, por tanto, sujetos a las cláusulas de arbitraje contenidas en los contratos.¹²⁷ (Traducción no oficial).

Cabe mencionar que el laudo fue sujeto a una acción de nulidad ante la Corte Internacional de París, la misma que decidió no anular el laudo sosteniendo, en concordancia con el Tribunal Arbitral CCI, que aún cuando dos de las empresas demandadas no eran suscriptoras de los contratos y los acuerdos arbitrales, éstas eran partes en virtud de su actuación en las etapas contractuales que revelaban la voluntad común de

¹²⁷ *One of the non-signatory companies had in fact made all the deliveries to Isover-Saint-Gobain under the agreements. The other non-signatory company was the parent of one of the signatories, the owner of the trade marks under which the products were marketed, and had absolute control over those subsidiaries that were directly involved or could contractually have become involved in the conclusion, performance or termination of the distribution agreements. The tribunal therefore concluded that, given the role that the non-signatories played in the conclusion, performance or termination of the contracts containing the arbitration agreements and the mutual intention of all parties to the proceedings, the non-signatories were de facto parties to the contracts and should therefore be bound by the arbitration clauses contained within them.* Richard Bamforth et. al. "Joining non-signatories to an arbitration: recent developments". *Dispute Resolution Volume 2: Arbitration*. Estados Unidos: Cross-border 2007-2008, p. 11.

las empresas involucradas de cumplir con las obligaciones del contrato haciendo extensible la aplicación del convenio arbitral.¹²⁸

En casos posteriores, los tribunales bajo el auspicio de la CCI han decidido de manera similar al precedente expuesto, extendiendo la cláusula a arbitral a compañías pertenecientes a un grupo económico.¹²⁹ Así, en el Laudo CCI No. 5103 de 1988 se dispone que el Tribunal debe tener en cuenta la realidad económica al momento de establecer su propia competencia considerando que un grupo de sociedades posee una realidad económica única a pesar de la personalidad jurídica distinta a la que pertenece a cada una.¹³⁰ Y de manera similar, el Laudo CCI No. 5721 de 1990 establece que en los supuestos en los que una persona jurídica o natural actúa como eje del grupo de sociedades involucrado en las relaciones contractuales que forman parte de un negocio jurídico determinado, se deberá analizar la independencia de las partes y excepcionalmente dejarla de lado y levantar el velo societario en beneficio de un juicio global.¹³¹

Por su parte, las Cortes y Tribunales norteamericanos aplican la doctrina del levantamiento del velo societario para incorporar a no signatarios en procesos arbitrales, en aquellos casos en que se pretenda perpetuar un fraude o causar una injusticia a las partes involucradas mediante la exclusión de los no signatarios. Un ejemplo de ello se observa en el *Caso Bidas S.A.P.I.C. c. Gov't of Turkmenistan*, en el que el Quinto Circuito decidió lo siguiente:

Un funcionario o accionista de la empresarial firmante del acuerdo de arbitraje se vio obligado a sujetarse al acuerdo de arbitraje, en el que había una unidad de propiedad y del interés corporativo entre la sociedad firmante y la persona, de manera que sus distintas personalidades ya no existía, y el adherirse a esta distinción farsa promovería un fraude o a perpetuar una injusticia.¹³² (Traducción no oficial).

¹²⁸ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?... Óp. Cit.*

¹²⁹ Otto Sandrock. *Arbitration agreements and groups of companies*. Estados Unidos: The International Lawyer, 1993, pp. 953.

¹³⁰ Cámara de Comercio Internacional. Caso CCI No. 5721. Laudo de 1990. Derrains Yves Jarvin Sigvard, Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990.

¹³¹ Cámara de Comercio Internacional. Caso CCI No. 5721. Laudo de 1990. Derrains Yves Jarvin Sigvard, Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990.

¹³² *An officer or shareholder of the corporate signatory to the arbitration agreement was held to be bound by the arbitration agreement where there was a unity of ownership and interest between the corporate signatory and the individual, such that their distinct personalities no longer existed, and to adhere to that sham distinction would promote a fraud or perpetuate an injustice. Case of Bidas S.A.P.I.C. c. Gov't of*

De la misma manera, el Tribunal Suizo en el año 2003 permitió la incorporación de una parte ajena al acuerdo arbitral al demostrar que el no signatario participaba de manera activa en la administración de las compañías involucradas en el acuerdo y en la ejecución del contrato en sí.¹³³

Del análisis expuesto, podemos concluir que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario y el grupo de sociedades debe ser aplicada de manera excepcional ante la presencia de los elementos que a continuación se detallan, con el único objetivo de evitar que las partes eludan su responsabilidad frente a terceros:

- Existencia de unidad económica entre la parte signataria y los no signatarios del contrato y el convenio arbitral. La vinculación puede ser abierta y evidente con una de las partes del convenio arbitral, o a manera de escudo con la finalidad de evadir los compromisos contractuales. Además, dicha vinculación debe comprobarse de manera tal que detrás de cada personalidad jurídica se encuentre una misma persona (natural o jurídica) oculta en aparentes personalidades distintas.¹³⁴
- Mala fe e intención de cometer un fraude o causar una injusticia
- Participación activa y determinante de las partes no signatarias en las etapas contractuales.

A través de esta doctrina no se pretende traer a un tercero al procedimiento arbitral, sino a una parte oculta bajo simulaciones jurídicas.¹³⁵ Por este motivo, los árbitros ecuatorianos deben considerar aplicar la doctrina del levantamiento del velo societaria y declararse competentes para conocer la disputa cuando se infiera la posibilidad de que un

Turkmenistan 345 F.3d 347 (5th Cir. 2003) citado por Richard Bamforth et. al. "Joining non-signatories... *Óp. Cit.*, p. 10.

¹³³ *For the first time took a more liberal approach to non-signatories. In this case, three Lebanese companies (X, Y and Z) entered into a construction contract containing an arbitration clause. When a dispute arose, Z commenced proceedings against X, Y and Mr A. (who was not a party to the agreement), on the basis that Mr A. actively participated in the negotiations and performance of the contract. The Federal Tribunal, applying the principle of good faith, allowed an extension of the arbitration agreement to Mr A., on the basis of the written evidence showing Mr A.'s active involvement in the management of X and Y, and in the actual performance of the contract with Z.* Swiss Federal Tribunal (Y.S.A.L. v Z Sarl ATF 129 III 727-4P.115/2003) (X.S.A.L) on 16 October 2003 citado por Richard Bamforth et. al. "Joining non-signatories... *Óp. Cit.*, p. 12.

¹³⁴ Alfredo Bullard González. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?... Óp. Cit.*

¹³⁵ Fernando Tranzegines Granda. *El Rasgado Del Velo Societario... Óp. Cit.*

no signatario haya creado una fachada para evadir sus obligaciones contractuales frente a un signatario.

2.4 Inclusión de terceros no signatarios en la práctica arbitral ecuatoriana.

La legislación ecuatoriana no dispone de ninguna norma expresa que regule de manera específica la inclusión de terceros no signatarios en los procedimientos arbitrales, ni ha incorporado en su ordenamiento una norma tan abierta como la que encontramos en la Ley de Arbitraje de Perú. No obstante, no encontramos ningún cuerpo normativo que excluya o prohíba de manera determinante la aplicación de los supuestos antes señalados.

Del texto expuesto a lo largo del presente capítulo, se determinó que existen seis supuestos en los que los árbitros ecuatorianos deberían considerarse competentes para conocer procesos arbitrales en los que participen terceros no signatarios del convenio arbitral. Consideramos conveniente una breve explicación de la aplicación de cada uno de los casos en el arbitraje ecuatoriano y los casos que se han observado en este sentido.

2.4.1 Incorporación por referencia.

Como se determinó previamente, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana permite la incorporación de terceros no signatarios al convenio arbitral si existe artículo 5 de dicho cuerpo normativo establece que se hace una referencia expresa a un convenio contenido en otro documento. Por este motivo, no existe discusión alguna en la obligatoriedad de los árbitros de la aplicabilidad de este supuesto.

2.4.2 Estipulación a favor de terceros.

El Código Civil ecuatoriano hace referencia expresa a este supuesto en el artículo 1465¹³⁶, al establecer que cualquiera podrá estipular a favor de un tercero y que para obligar al tercero a cumplir con el contrato se requerirá una aceptación expresa o tácita del mismo. Por lo tanto, un tercero beneficiario del contrato que incorpora el convenio arbitral

¹³⁶ Art. 1465 CC.- Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.

puede ratificar su consentimiento para arbitrar al momento en que surja la disputa que lo involucra. Recordemos pues, que en este caso, el tercero solo se vuelve parte de la relación contractual cuando acepta el beneficio que ésta acarrea.

2.4.3 La cesión de los derechos y obligaciones contractuales.

Toda vez que se produce la cesión de la posición contractual de una de las partes, el cesionario, asume todas las obligaciones y derechos que el contrato cedido contiene y se vuelve parte del mismo. Por consiguiente, el cesionario no es un tercero al contrato y al convenio arbitral, sino una parte, que participará de manera activa en las etapas del contrato pendientes.

Subsidiariamente, debería admitirse la incorporación de los cesionarios del convenio arbitral, en aplicación del supuesto de incorporación por referencia admitido por la legislación arbitral ecuatoriana. Esto por cuanto si bien el cesionario no suscribió un convenio arbitral, se referirá a aquel estipulado en el contrato principal, cedido a su favor.

No obstante, es necesario en este punto, tomar como referencia la decisión pronunciada por la Corte de Nueva York en el caso *Texaco c. República del Ecuador*, en el que no se hizo extensiva la cláusula arbitral a CEPE (actualmente PETROECUADOR). En el caso en mención, nos encontramos frente a un convenio arbitral estipulado en un contrato suscrito entre *Texaco* y la petrolera *Gulf*. Años más tarde, CEPE adquiere acciones de la compañía *Gulf* y se convierte en parte del consorcio petrolero. Como consecuencia de ello, *Texaco* pretende extender el alcance del convenio arbitral al Estado Ecuatoriano e iniciar un proceso arbitral. Empero, la Corte de Apelaciones de Nueva York decide que la cláusula arbitral no alcanza al Estado ecuatoriano por no ser parte directa del contrato que lo incorporaba, resultando imposible someter el conflicto a una sede arbitral.¹³⁷

Si bien esta decisión plantea dudas frente a la incorporación de terceros en los procesos arbitrales, es imprescindible resaltar que este caso pretendía la incorporación del Estado ecuatoriano como tal al procedimiento arbitral. Situación que resulta imposible bajo el amparo de la normativa ecuatoriana en tanto se requiere la aprobación previa de la

¹³⁷ Boletín de la RED OILWATCH. <http://www.oilwatchesudamerica.org/doc/boletin/bole49es.pdf> (acceso: 01/03/2013)

Procuraduría General del Estado en todo convenio arbitral que involucre a instituciones del sector público como requisito *ad solemnitatem*.

En este sentido, podemos concluir que la incorporación de terceros no signatarios del convenio arbitral es, por regla general, aplicable en el sistema arbitral ecuatoriano, siempre que las partes sean privadas. En aquellos supuestos en los que las partes sean estatales su posible aplicación quedaría restringida, si bien no en todos, en la mayoría de los casos.

2.4.4 La representación o agencia.

A través de esta figura se pretende admitir la inclusión de las partes representadas y sus representantes, de ser necesario, en el procedimiento arbitral. Al respecto, no se dispone ninguna norma

En el proceso arbitral seguido ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Ecuatoriana Americana, citado por Hugo García, se observa la aplicación de esta doctrina en el arbitraje ecuatoriano. En el caso en mención una de las partes suscribientes del contrato “F”, inició el proceso arbitral contra “Y” (contraparte signataria) y “Z” (no-signataria). “Z” planteó una excepción a la competencia del tribunal alegando no haber sido signataria del convenio arbitral ni del contrato por el cual se originó la disputa. No obstante, el Tribunal optó por declararse competente para resolver el proceso iniciado por la Compañía F, en virtud de que “Y” había firmado el contrato a nombre y representación de “Z” en base a la existencia de una sociedad de hecho. El Tribunal consideró que además, existían hechos suficientes para considerar que “Z” había ratificado la presunta representación a través de su conducta en el negocio jurídico.¹³⁸

2.4.5 La doctrina del *estoppel*.

El principio general de buena fe contractual es reconocido por distintos cuerpos normativos y jurisprudencia ecuatoriana, y su aplicabilidad a las relaciones contractuales es indudable. Tomando en consideración que este principio es el fundamento de la doctrina

¹³⁸ Hugo García Larriva. *Partes no signatarias del convenio arbitral ... Óp. Cit.*

del *estoppel*, resulta inadmisibile que los árbitros ecuatorianos no admitan la incorporación de aquellas partes ocultas de las relaciones contractuales. Más aún, si estas han permanecido escondidas de la relación contractual para perpetuar un fraude o perjudicar a la contraparte del negocio.

2.4.6 El levantamiento del velo societario.

El sistema arbitral ecuatoriano cuenta ya con un precedente para permitir la incorporación de un no signatario en el proceso arbitral en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario.

Así, en el caso 075-08 seguido ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, el Tribunal se declara competente para resolver la controversia puesta en su conocimiento al considerar la existencia de un verdadero grupo económico conformado por una de las partes signatarias y la no signataria llamada al proceso. Y de manera adicional, sustenta su competencia en el artículo 7 de la LAM, accionando el principio *Kompetenz-Kompetenz* para dirimir la duda respecto de la competencia o no de las instancias judiciales para resolver el litigio.¹³⁹

El conflicto surge de la existencia de un contrato de publicidad suscrito por la Compañía “A1” y por la Compañía “B”. Una vez generado el conflicto entre las partes B decide iniciar el proceso demandando a la compañía “A1” y a su matriz, la Compañía “A”. El Tribunal, luego de realizar un análisis de los hechos planteados, evaluó y resolvió que la conducta desempeñada por la Compañía “A” la convertía en una verdadera parte de la relación contractual. Los hechos que sirvieron como prueba de ello fueron:

- Las facturas y pagos realizados a favor de la compañía matriz (“A”).
- La disolución de la Compañía “A1” ejecutada dos años después de la suscripción del contrato motivo de la disputa.
- La indicación de que las actividades ejecutadas por la Compañía “A1” eran las mismas desempeñadas por la compañía “A”.¹⁴⁰

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ *Ibíd.*

Además, el Tribunal delimitó los elementos a considerarse para aplicar el levantamiento del velo societario en los procesos arbitrales bajo el amparo de la norma ecuatoriana concluyendo que será necesaria la concurrencia de lo siguiente:

- Constitución de una compañía sociedad anónima.
- Que la creación de la compañía se haya realizado con la finalidad de ejecutar actividades dolosas.
- Que los accionistas o sus administradores formen parte de la sociedad beneficiaria del dolo.¹⁴¹

¹⁴¹ *Ibíd.*

CAPÍTULO III

ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA INCLUSIÓN DE TERCEROS NO SIGNATARIOS EN LOS PROCESOS ARBITRALES

Pese a la innovación y desarrollo del sistema arbitral que hacen posible la apertura y flexibilización del sistema para incorporar a terceros no signatarios a procesos arbitrales en los supuestos indicados en el acápite precedente, persiste una fuerte corriente doctrinaria que considera imposible la aplicación de ello.

Varios autores expertos en la materia consideran que la fuente del arbitraje es contractual y supone que las partes del convenio se abstraigan de la justicia ordinaria para resolver un conflicto derivado de una relación jurídica entre ellas. Por consiguiente, la incorporación de terceros a un arbitraje implicaría citar como demandado a alguien que no es parte del negocio o contrato.¹⁴²

Así, resulta inconcebible la idea de incorporar a terceros en tanto el árbitro se limita a ejercer una jurisdicción delegada por las partes que lo invistieron con el poder de juzgar mediante un contrato entre ellas, y por lo tanto no podría incluirse a quienes no otorgaron el convenio arbitral.¹⁴³ Esto en virtud de que los terceros se verían obligados a renunciar a su derecho constitucional de acceso a la justicia proporcionada por el sistema estatal.

Si bien el convenio arbitral no debe ser aplicado restrictivamente, la interpretación del mismo debe realizarse con estricto apego a su redacción y contenido, incorporando únicamente la voluntad de las partes que lo manifestaron.¹⁴⁴

Con estos antecedentes, consideramos necesario puntualizar los principales argumentos que la doctrina ha expuesto para fundamentar su oposición a la incorporación

¹⁴² Wanda Perdomo Ramírez. “La intervención de terceros en el arbitraje: un desafío al paradigma”. *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. 306.

¹⁴³ Fernando de Tranzegines Granda. “¿Velo societario vs. Arbitraje?”... *Óp. cit.*, p. 103.

¹⁴⁴ Fouchard, Gaillard y Goldman. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 206

de terceros en el arbitraje. A continuación, la presente tesina analizará el requerimiento escrito del convenio arbitral, el carácter *ad solemnitatem* o *ad probationem* del mismo, la prevalencia de los principios contractuales *pacta sunt servanda* y *res inter alios acta*, el carácter *intuitu personae* del convenio, y la separabilidad del convenio arbitral.

3.1 Requerimiento de convenio escrito del convenio arbitral.

La competencia del tribunal arbitral deriva de la voluntad de las partes expresada por medio de un convenio arbitral.¹⁴⁵ Dicho convenio se puede incluir como cláusula incorporada a un contrato o en un documento aparte, sin embargo, este debe ser por escrito. Si bien este requisito puede cumplirse mediante un intercambio de cartas firmadas por las partes, las cláusulas de arbitraje registradas por otros métodos modernos como el télex y el correo electrónico no son suficientes en tanto la firma real es esencial para la existencia de del convenio conforme a algunos instrumentos jurídicos.¹⁴⁶

De manera ejemplificativa, el artículo 2 de la Convención de Nueva York mediante el cual se estipula el reconocimiento del acuerdo por escrito para permitir que las partes se sometan al arbitraje, entendiéndose cualquier convenio incorporado en un contrato, un documento aparte o comunicaciones existentes entre las partes¹⁴⁷

Más aún, aparentemente bajo la Convención de Nueva York, no solo se requiere la existencia de un convenio escrito para iniciar el procedimiento arbitral, sino para ejecutar el

¹⁴⁵ Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis y Stefan Kroll. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, p. 34.

¹⁴⁶ *Form of the arbitration agreement: the agreement to arbitrate can be included as a clause in a contract or as a separate document. It must, however, be in writing. This requirement can be fulfilled by an exchange of letters signed by the parties. Arbitration clauses recorded by other modern methods such as telexes and e-mail would not be sufficient in the context of domestic arbitration since actual signature is essential for the existence of legal instruments.* Artículos 1012, 1013 y 1181 del Código Civil Argentino citado en *International Arbitration in Latin America*. Ed. Nigel Blackaby et. al., La Haya: Kluwer Law International, 2002, p. 81.

¹⁴⁷ Artículo 2 Convención de Nueva York:

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.
3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

laudo.¹⁴⁸ Precisamente, el artículo 4 del cuerpo normativo en mención dispone que se debe adjuntar el acuerdo arbitral original para el reconocimiento y ejecución del laudo.¹⁴⁹

La legislación ecuatoriana ha adoptado una posición más liberal al respecto, sin que esto quiera decir que no se requiera la confirmación de un documento escrito para reconocer la existencia del convenio arbitral. De acuerdo al artículo 5 de la LAM, la cláusula arbitral debe constar por escrito en un contrato o constar en un documento aparte, en los que se especifique el nombre de las partes integrantes del mismo y la voluntad indiscutible de someter una controversia relacionada con un negocio jurídico determinado a la jurisdicción arbitral.¹⁵⁰ Adicionalmente, el artículo 6 del mismo cuerpo normativo dispone que para someter a una parte al procedimiento arbitral debe al menos existir comunicaciones escritas o constancia documental de la voluntad de las partes.¹⁵¹

Consecuentemente, podemos afirmar que la única formalidad exigida por la ley ecuatoriana y otros cuerpos normativos internacionales, es la existencia de un acuerdo por escrito privado, sin que sea necesaria la celebración de dicho convenio mediante escritura pública.¹⁵²

De ahí que, resulta imposible incorporar a partes no signatarias del convenio arbitral en vista de que se pasaría por alto el requerimiento el espíritu del legislador, atentando contra la naturaleza propia del arbitraje. La conducta de los terceros no signatarios en las distintas

¹⁴⁸ Ryan Reetz. "Recent developments concerning the writing requirement in International Commercial Arbitration: a perspective from the United States." *Convención de Nueva York de 1958, Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2009, p. 206.

¹⁴⁹ Artículo 4 Convención de Nueva York:

1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad:

b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

¹⁵⁰ *Id.*, p. 17.

¹⁵¹ *Id.*, p. 17.

¹⁵² Carlos Eugenio Jorquiera y Karim Hermlinger. *International Arbitration in Latin America*. Ed. Nigel Blackaby et. al. La Haya: Kluwer Law International, 2002, p. 96.

etapas contractuales no puede ser equiparada con la existencia de un convenio escrito, ni pretender que ello supla un requisito que ha sido dispuesto mediante ley.

3.2 Ad solemnitatem y ad probationem.

El arbitraje, en principio, fue concebido como un negocio jurídico de carácter solemne por lo que uno de los requisitos de existencia del mismo giraba en torno a la presencia de un convenio arbitral escrito y debidamente firmado por las partes. Es decir que, la forma escrita del convenio arbitral era un requisito *ad solemnitatem* o solemnidad sustancial para comprobar la existencia del convenio pactado por las partes y derivar de esta manera la competencia de los árbitros.

No obstante, la redacción de la norma arbitral ecuatoriana ha modificado esta concepción doctrinaria convirtiendo al convenio arbitral escrito en un requisito probatorio mas no de existencia del negocio jurídico contraído por las partes. Precisamente, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente establece que la existencia del convenio arbitral no depende de la exhibición de un único documento firmado por las partes, sino que podrá comprobarse a través de comunicaciones escritas que documenten la voluntad de las partes de arbitrar.¹⁵³ En palabras de Jorge Santistevan de Noriega “[se sujeta] la existencia de dicho convenio no a la solemnidad escrita sino a su comprobación por otros medios, que es la esencia de la naturaleza *ad probationem*.”¹⁵⁴

Si bien varios autores han concebido este cambio en los requisitos de existencia del convenio arbitral como una flexibilización del régimen que permitiría la incorporación de terceros no signatarios al proceso arbitral, consideramos que esta afirmación no es del todo cierta. El texto de la ley no elimina en ningún momento la necesidad de las partes de documentar de manera escrita su voluntad de arbitrar, y por consiguiente, se permitiría únicamente la inclusión de aquellos ‘terceros’ en los supuestos en los que se observe una manifestación expresa de arbitrar.

Es decir que, aquellos supuestos basados en la conducta de las partes a lo largo de la vida del contrato (como el levantamiento del velo societario, la representación y la doctrina

¹⁵³ *Id.*, p. 17.

¹⁵⁴ Jorge Santistevan de Noriega. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje” *Revista Peruana de arbitraje No. 8* (2009), p. 20.

del *estoppel*), que no disponen de un medio escrito para probar su existencia, no serían aplicables para incorporar a terceros en el arbitraje. Distinto es el caso de la incorporación de terceros por referencia, la cesión o la estipulación a favor de terceros, ya que son supuestos que se fundamentan en la existencia de un convenio contenido en un documento distinto del contrato principal que los relaciona.

Por este motivo, consideramos necesario destacar que ante la falta de constancia de un acuerdo de forma escrita mediante el cual las partes manifiesten su voluntad de arbitrar, nos encontraríamos ante personas que no son parte del convenio o que son terceros en tanto no disponen de medios probatorios para convertirse en verdaderas partes.¹⁵⁵

3.3 Principios contractuales: autonomía de la voluntad, pacta sunt servanda y res inter alios acta.

La autonomía de la voluntad de las partes es el pilar fundamental del nacimiento de los contratos y delimita los efectos que surtirán como consecuencia de la ejecución de estos.¹⁵⁶ Por su origen y por su naturaleza, la doctrina concibe el convenio arbitral como un contrato, ya que es un acto voluntario y libre de los contratantes por el que deciden acudir a los árbitros, para dirimir los conflictos que hayan surgido o puedan surgir de una relación jurídica determinada.¹⁵⁷

Al encontrarnos frente a una relación contractual de las partes mediante la cual se habilita a los árbitros para actuar frente a un conflicto, lo que se estipule en dicho convenio constituye ley para las partes, motivo por el que sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no signatarios.¹⁵⁸ De esta manera, Tranzegines expone que “en tanto que contrato que se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, no permitiendo que se

¹⁵⁵ Richard Martin Tirado. “La extensión del convenio arbitral ... *Óp. Cit.*, p. 282.

¹⁵⁶ Christian Larraoumet. *Teoría General del Contrato Volumen I*. Editorial Temis, 1999, p. 85.

¹⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. 163-99, 7 de marzo de 1999.

¹⁵⁸ Medina Garnes, Fabiola y Manuel Fermín Cabral. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje.” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, p. 88.

extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar, sea por suscripción o adhesión.”¹⁵⁹

En concordancia con el texto que antecede, se observa que en el Código Civil ecuatoriano, se excluye como partes a aquellas personas que se ven envueltas en el negocio jurídico como consecuencia de la mera concurrencia a la celebración de estos.¹⁶⁰ Por consiguiente, la incorporación de personas ajenas a un contrato no puede suscitarse en virtud de que los efectos únicamente recaen sobre las partes del negocio jurídico.¹⁶¹

Así, los que no formaron parte del convenio arbitral no pueden ser parte del arbitraje, en tanto el principio *res inter alios acta* dispone que los efectos de un convenio recaen únicamente sobre las partes.¹⁶² Asimismo, en los casos suscitados en tribunales norteamericanos *United Steelworkers c. Warrior and Gulf Navigation Co.* y *AT&T Technologies Inc.c. Communications workers of America*, el tribunal establece que el arbitraje es una cuestión contractual y que una parte no puede ser obligada a someterse a un arbitraje con relación a una disputa que no ha acordado someter a tal jurisdicción.¹⁶³

En el mismo lineamiento, encontramos que los convenios arbitrales en el derecho alemán se rigen en *strictu sensu* al principio de relatividad contractual, por cuanto su normativa no permite el consentimiento de un proceso arbitral sin la existencia de un convenio escrito.¹⁶⁴

Tanto el principio de la autonomía de la voluntad, como los principios *pacta sunt servanda* y *res inter alios acta*, fundamentan la imposibilidad de que una persona física o jurídica sea considerada parte del convenio arbitral sin haberlo firmado.

3.4 Carácter intuitu personae de la cláusula arbitral.

¹⁵⁹ Fernando de Tranzegines Granda. “¿Velo societario vs. Arbitraje?”... *Óp. Cit.*, p. 103.

¹⁶⁰ Artículo 1561 CC: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales

Partes son aquellas personas que a través de la manifestación de su voluntad crean un acto bilateral, por el que se obligan a ejecutar ciertos actos. La mera concurrencia a la celebración de un contrato de un sujeto no la vuelve parte.

¹⁶¹ Arturo Alessandri. *De los Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Santiago de Chile, 1999, p. 369.

¹⁶² B. Goldman. *Contemporary problems in International Arbitration*. Boston: 198, p. 113.

¹⁶³ Caso *United Steelworkers c. Warrior and Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 1960, y caso *AT&T Technologies Inc.c. Communications workers of America*, 475 U.S. 1986. *Revista Internacional de arbitraje* (2005).

¹⁶⁴ Bernard Hanotiau y Erica Stein. “La extensión de los efectos del convenio...” *Óp. Cit.*, p. 65.

Intuitu personae es una expresión latina que significa en relación a la persona. Esta expresión se emplea en el derecho de los contratos para caracterizar los negocios jurídicos en los que se considera que la personalidad de las partes es un requisito esencial del mismo.¹⁶⁵

Si bien la doctrina se ha ido apartando de la concepción del arbitraje como una relación *intuitu personae*,¹⁶⁶ quienes se oponen a la inclusión de terceros no signatarios en el proceso arbitral manifiestan que resulta contrario a la voluntad de las partes involucrar a un tercero ajeno al convenio. Esto por cuanto perciben la cláusula arbitral como una relación que se basa en la confianza existente entre las partes.

3.5 Separabilidad de la cláusula arbitral.

El principio de separabilidad de la cláusula arbitral surge de la reiterada alegación de la parte demandada de la nulidad del convenio arbitral derivada de la nulidad del contrato que lo contiene. Varias de las demandas arbitrales giran en torno al análisis de la nulidad de un contrato convenido por las partes, y en reiteradas ocasiones se pretendió desvirtuar al arbitraje alegando la inexistencia del convenio como consecuencia de la nulidad del contrato que lo incorporaba.¹⁶⁷ De esta manera, varias personas evadían la jurisdicción arbitral y desvirtuaban el propósito por el cual el convenio había sido suscrito, ocasionando incluso un evidente abuso del derecho frente a la contraparte. Esto en virtud de que la declaratoria de inexistencia del convenio permitía la dilación del proceso para resolver las controversias surgidas en relación al negocio jurídico, y obligaba a las partes a someter la disputa a una instancia judicial.

Entiéndase pues que el tribunal arbitral no podía basar su competencia en la inexistencia de un convenio como consecuencia de la nulidad del negocio jurídico.¹⁶⁸ Consecuentemente, se incorporó al sistema arbitral el principio de separabilidad de la

¹⁶⁵ DR LEYES. *Intuitu personae*.
http://www.drleyes.com/page/diccionario_maximas/significado/I/100/INTUITU-PERSONAE (acceso: 15/01/2013).

¹⁶⁶ Fernando Mantilla Serrano. *El arbitraje en materia societaria*.
<http://www.revistaperspectiva.com/archivos/revista/Especial%20Inf%20Esp%20Fdo%20Mantilla.pdf> (acceso: 02/02/2013).

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

cláusula mediante el cual se emancipó su validez y existencia del contrato que lo contiene. De esta manera, el acuerdo arbitral queda completamente dissociado de las vicisitudes que puedan afectar al contrato principal.¹⁶⁹

Así, la doctrina y la práctica entienden que el convenio arbitral es un acto autónomo e independiente de la relación legal que ocasiona la controversia puesta en conocimiento de un tribunal arbitral.¹⁷⁰ La Ley de Arbitraje ecuatoriana no se aparta de este precepto y consagra este principio en el artículo 5 al declarar que la nulidad de un contrato no afecta la vigencia de la cláusula arbitral.¹⁷¹

Todo lo cual nos lleva a concluir que en base al principio de la separabilidad de la cláusula arbitral, resulta imposible incorporar a terceros que no la hayan suscrito mediante la suposición de una manifestación de voluntad derivada de la conducta de los terceros. En tanto se considere al convenio arbitral independiente de la relación jurídica de las partes, no puede extenderse el alcance del mismo a un tercero que haya participado en la relación contractual y no en la convención arbitral.

¹⁶⁹ Francisco de González Cossío. “El que toma botín, toma la carga... *Óp. Cit.*, p. 121.

¹⁷⁰ Fernando de Tranzegines Granda. “¿Velo societario vs. Arbitraje?”... *Óp. Cit.*, p. 97.

¹⁷¹ *Id.*, p. 17.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La normativa ecuatoriana no restringe la incorporación de terceros no signatarios del convenio arbitral en ninguno de los supuestos analizados a lo largo del presente trabajo académico. Todo parece indicar que la legislación en materia arbitral y las decisiones arbitrales de las cuales se tiene constancia muestran una flexibilización del sistema mediante la cual se podría incorporar a no signatarios por referencia, en base a la representación o agencia, en aplicación de la doctrina de *estoppel*, mediante el levantamiento del velo corporativo, la cesión de la posición contractual, y la estipulación de derechos a favor de un tercero.
- En ningún momento se atenta contra la voluntad de las partes no signatarias del convenio. Por el contrario, la incorporación de falsos terceros en el procedimiento arbitral se deriva de la voluntad de estas exteriorizada en una conducta.
- Es claro que el sistema legislativo nacional concibe la aceptación tácita de los contratos, y la vinculación de las partes al mismo cuando de la conducta se infiere la voluntad inequívoca de contratar.
- La forma escrita del convenio es únicamente un mecanismo probatorio de la cláusula, sin que pueda sujetarse la existencia del convenio a esta formalidad.
- Si bien la forma escrita del convenio permite demostrar la existencia del mismo, no es el único mecanismo de prueba por el que los árbitros puedan guiarse para determinar la presencia o no de la voluntad de las partes para arbitrar.
- Es deber del legislador precautelar los derechos e intereses de las partes. Por consiguiente, la adopción de una interpretación restrictiva y formalista del convenio

arbitral permitiría situaciones en las que se produzca un abuso del derecho y se perjudique a un tercero.

- Bajo el amparo de la constitución, y distintos cuerpos normativos vigentes a nivel internacional, las partes tienen el derecho fundamental de acceder a la justicia y así obtener la tutela de sus derechos. No obstante, este derecho no puede ser limitado al aparato estatal. Por el contrario, la aplicación de ello en el sistema arbitral corroboraría la labor del legislador para precautelar los derechos inherentes de todo ser humano de acceder a una justicia eficaz y expedita.
- La incorporación de terceros no signatarios a procesos arbitrales tiene que ser aplicado de manera excepcional y cuando el árbitro lo considere necesario para dar cumplimiento al debido proceso y a la tutela efectiva de los derechos de los involucrados.
- La congestión del sistema judicial proporcionado por el Estado es el principal promotor de la incorporación de terceros en procesos arbitrales. Mediante la apertura del sistema arbitral, el legislador podría suplir las falencias derivadas del servicio judicial proporcionado por el Estado para resolver un mayor número de controversias en menor tiempo.
- La evolución del mundo comercial y el crecimiento de las transacciones económicas hacen necesaria la apertura del ordenamiento jurídico y la flexibilización del mismo para adaptarlo a la realidad jurídica, económica y social que afrontan las partes. La apertura del sistema arbitral no es la excepción, y consideramos que la innovación del área permitiría mejorar y aumentar el comercio en general en el país.

BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk, René. *Las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Santiago de Chile, 1993.
- Alessandri, Arturo. *De los Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Santiago de Chile, 1999.
- Amerasinghe Chittharanjan, Felix. *Local Remedies in international Law*. United Kingdom: CSICL Second Edition, 2005.
- Amprimo Plá, Natalé. “La extensión de los efectos del Convenio Arbitral a no signatarios.” *Reflexiones con motivo del tratamiento que la Nueva Ley Peruana de Arbitraje efectúa a dicha figura*. *Revista Oficial del Poder Judicial: Año 3, N° 5* (2009).
- Andrade Cadena, Xavier. *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en el Ecuador: Un Camino Inexplorado*.
http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/reconocimiento_y_ejecucion_de_laudos_extranjeros_en_el_ecuador.pdf (acceso: 15/9/2012).
- Andrade Cadena, Xavier. *La nulidad de Laudos arbitrales*.
http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/nulidad_de_laudos_arbitrales.pdf (acceso: 15/9/2012)
- Aylwin Azócar, Patricio. *El Juicio Arbitral*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica 5ta. edición, 2005.
- Bamforth, Richard et. al. “Joining non-signatories to an arbitration: recent developments.” *Dispute Resolution Volume 2: Arbitration*. Estados Unidos: Cross-border, 2007/2008.
- Berman, George A. “The gateway problem in international commercial arbitration.” *The Yale Journal of International Law Vol. 37* (2012).
- Betti, Emilio. “Teoría General del Negocio Jurídico.” *Revista de Derecho Privado* (1959).
- Boletín de la RED OILWATCH.
<http://www.oilwatchesudamerica.org/doc/boletin/bole49es.pdf> (acceso: 01/03/2013)
- Bosco Lee, Joao. *International Arbitration in Latin America*. Ed. Nigel Blackaby et. al. La Haya: Kluwer Law International, 2002.
- Bullard González, Alfredo. *¿Y quiénes están invitados a la fiesta?*
<http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/> (acceso: 24/02/2012).

- Bullard González, Alfredo. *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral Tomo II*. Lima: Instituto Peruano de arbitraje, 2010.
- Caivano, Roque. “Arbitraje y grupo de sociedades: Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario.” *Revista Lima Arbitration No.1* (2006).
- Caivano, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc SRL & VILELA Editor, 2000.
- Caivano, Roque. *La cláusula arbitral: evolución histórica y comparada*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2000.
- Cámara de Comercio Internacional. Caso CCI No. 4131, Dow Chemical c. Isober Saint Gorbain. Laudo de 23 de septiembre de 1982. Derrains Yves Jarvin Sigvard, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985*.
- Cámara de Comercio Internacional. Caso CCI No. 5721. Laudo de 1990. Derrains Yves Jarvin Sigvard, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990*.
- Cámara de Comercio Internacional. Caso CCI No. 5721. Laudo de 1990. Derrains Yves Jarvin Sigvard, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990*.
- Case of Bidas S.A.PI.C. c. Gov't of Turkmenistan 345 F.3d 347 (5th Cir. 2003).
- Caso *United Steelworkers c. Warrior and Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 1960, y caso *AT&T Technologies Inc.c. Communications workers of America*, 475 U.S. 1986. *Revista Internacional de arbitraje* (2005).
- Castillo Freyre, Mario. *Orígenes del Arbitraje*. http://www.castillofreyre.com/articulos/origen_del_arbitraje.pdf (acceso: 18/9/2012).
- CNFed.CCsalaIII, 26-5-94v, Mollo, Vicente Ernesto c/YPF y otro.
- Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005, reformado el 3 de diciembre de 2012.
- Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005, reformado el 24 de noviembre de 2011.
- Conejero Ross, Cristian et. al. (Coordinadores). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Colombia: Legis, 2009.
- Conejero Roos, Cristian. *La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América latina: un análisis comparativo*. Chile: 2008.

Constitución Política de la República de Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958).

Coronel Jones, César. *Arbitraje y poder judicial*. Ecuador: 2008.

Corte de Apelaciones de París. Caso *Cotunav*. Resolución de 18 de noviembre de 1989. *Rev. Arb.* (1990).

Corte de Apelaciones de París. Caso *Korsnas Marma c. Sociéte Durand-Auzias*. Resolución de 30 de noviembre de 1988. *Rev. Arb.* (1989).

Corte de Apelaciones de París. Causa No. 2008410. Sentencia de 1984.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. 163-99, 7 de marzo de 1999.

Craig, W., William Park y Jan Paulsson. "International Chamber of Commerce." *ICC Publication* (2000).

Cremades, Bernardo M. "El arbitraje en la doctrina constitucional española." *Lima Arbitration No. 1* (2006).

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Demogué, René. *Traité des obligations en général*. París: Arthur Rousseau, 1923.

Devolvé, Jean-Louis. "Las terceras partes y el acuerdo de arbitraje." *La ejecución de las sentencias arbitrales en virtud de la convención de Nueva York*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas, 1999.

DR LEYES. *Intuitu personae*.
http://www.drleyes.com/page/diccionario_maximas/significado/I/100/INTUITU-PERSONAE (acceso: 15/01/2013).

Fontaine, N. "Assignment of rights, transfer of duties, assignment of contracts." *Working group for the preparations of principles of international commercial contract*. Cairo, 2000.

Fouchard, Gaillard y Goldman. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 1999.

- Galindo Cardona, Álvaro. “Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador.” *Iuris Dictio II / 4* (2001).
- García Larriva, Hugo. *Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica*. <http://www.latinarbitrationlaw.com/partes-no-signatarias-del-convenio-arbitral-entre-la-realidad-econ-mica-y-la-ficci-n-jur-dica/> (acceso: 17/01/2013)
- Goldman, B. *Contemporary problems in International Arbitration*. Boston: 1987.
- González Cossío, Francisco. “El que toma botín, toma la carga: La solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros.” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.
- González Cossío, Francisco. *Novación y acuerdo arbitral*. www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Novacion%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf (acceso: 10/10/2012).
- Graham, James. “La falsa extensión del acuerdo arbitral a terceros: El ejemplo de México.” *Revista Peruana de arbitraje No. 7* (2008).
- Hamilton, Robert W. *The law of corporation in a nutshell*. Minnesota: West publishing Co. St. Paul, 1991.
- Hanotiau, Bernard y Erica Stein. “La extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios: ¿una marginalización del consentimiento?” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.
- Helmlinger Casanova, Karin. *Arbitraje institucional: experiencia del centro de arbitraje y mediación de Santiago*. Chile: Editorial jurídica de Chile, 2007.
- Hunter, Martin, Jessica Pineda y Javier García Olmedo. “La incorporación de partes no signatarias y el carácter consensual del arbitraje: ¿cuál es la posición adoptada por las instituciones arbitrales?” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.
- Jorquiera, Carlos Eugenio y Karim Hermlinger. *International Arbitration in Latin America*. Ed. Nigel Blackaby et. al. La Haya: Kluwer Law International, 2002.
- Kaplan, Neil. “Novedades relativas a la forma escrita.” *La ejecución de las sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas 1999.

Larrea, Ana María. *Alcance y Límites del arbitraje en equidad*. Guayaquil: Universidad Católica de Guayaquil.

Larrea, Ana María. *Comparecencia de terceros en un proceso arbitral*. Guayaquil: Universidad Católica de Guayaquil.

Larraoumet, Christian. *Teoría General del Contrato Volumen I*. Editorial Temis, 1999

Legis. *En qué consiste el laudo arbitral*.
http://www.arbitrajecomercial.com/BancoFAQ/en_que_consiste_el_laudo_arbitral/en_que_consiste_el_laudo_arbitral.asp?CodSeccion=6 (acceso: 2/9/2012).

Lew, Julian D.M., Loukas A. Mistelis y Stefan Kroll. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 diciembre de 2006, reformado el 9 de marzo de 2009.

Ley de Arbitraje y Mediación de Perú. Artículo 14. Decreto Legislativo No. 1017

Ley Modelo CNUDMI (2006).

Lupo, Mario J.. *Historia del Arbitraje*. <http://www.taphra.org.ar/historia.htm> (acceso: 16/9/2012).

Fernando Mantilla Serrano. *El arbitraje en materia societaria*.
<http://www.revistaperspectiva.com/archivos/revista/Especial%20Inf%20Esp%20Fdo%20Mantilla.pdf> (acceso: 02/02/2013).

Martínez Gallegos, Eva María. *La formación del Contrato a través de la oferta y la aceptación*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000.

Medina Garnes, Fabiola y Manuel Fermín Cabral. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje.” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.

Méndez, Héctor Óscar. “El arbitraje ¿Contrato o proceso?” *Revista de Derecho Procesal: Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos*. Rolandarazi et. al. (directores). Rubinzal Culzóni Editores (2010-2).

Muñoz, Alexandra. “La extensión del convenio de arbitraje sin consentimiento: ¿una excepción francesa?” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias*,

Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.

Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico.* Bogotá: Temis Sexta Edición, 2000.

Oppetit, Bruno. *Teoría del Arbitraje.* Colombia: Legis Editore, 2006.

Park, William. "Non-Signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma." *Oxford Journals* (2009).

Parraguez, Luis. Cátedra de Negocio Jurídico. Facultad de Derecho, Universidad San Francisco de Quito.

Perdomo Ramírez, Wanda. "La intervención de terceros en el arbitraje: un desafío al paradigma." *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje.* Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.

Picand Albónico, Eduardo, "Algunas reflexiones sobre la naturaleza de la Justicia Arbitral." *Estudios de arbitraje.* Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2006.

Picand Albónico, Eduardo, *Arbitraje comercial internacional.* Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2005.

Redfern, Alan et. al. "Redfern and Hunter on International Arbitration." *Oxford University Press* (2009).

Reetz, Ryan. "Recent developments concerning the writing requirement in International Commercial Arbitration: a perspective from the United States." *Convención de Nueva York de 1958, Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.* Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2009.

Reglero Campos, L. Fernando. *El arbitraje.* Madrid: Ed. Montecorvo, 1991.

Robalino Orellana, Daniel. *Control constitucional de laudos arbitrales: procedencia y efectos.* Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2010.

Rodríguez Mendoza, Fernando. *Procedimiento Arbitral.* Santa Cruz de la Sierra: Editorial El País, 2004.

Rubins, Noah. "Arbitration agreements and non-signatories." *Convención de Nueva York: Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.* Lima: Instituto Peruano de arbitraje, 2009.

- Salazar Cordero, Ramiro. "Ecuador." *International Arbitration in Latin America*. Nigel Blackaby, David Lindsey y Alessandro Spinillo (Editores). La Haya: Kluwer Law International.
- Salvador Crespo, Íñigo. "Especialidad y prevalencia de la ley arbitral sobre las normas de derecho procesal común." *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* (2009).
- Sandrock, Otto. *Arbitration agreements and groups of companies*. Estados Unidos: The International Lawyer, 1993.
- Santistevan de Noriega, Jorge. "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje" *Revista Peruana de arbitraje No. 8* (2009).
- Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial, Lima Perú. Resolución Siete. Expediente No. 00014-2010, de 17 de julio de 2012.
- Serrano Puig, Armando. *El tratamiento del Arbitraje en la Nueva Constitución del Ecuador 2008*. <http://institutoecuatorianodearbitraje.blogspot.com/2008/10/el-tratamiento-del-arbitraje-en-la.html> (acceso: 20/9/2012)
- Silva Romero, Eduardo. "El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad." *Revista Lima Arbitration No. 4* (2010-2011).
- Solarte Rodríguez, Arturo. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7Solarteult..pdf (acceso: 11/01/2013).
- Soto Coaguila, Carlos Alberto. "Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú – Ley No. 26572." *El Arbitraje en Perú y el Mundo*. 1ra. ed. Ediciones Magna. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto. "Presentación." *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.
- Suárez Anzorena, Ignacio. "Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional." *Revista Internacional de Arbitraje No. 2* (2005).
- Tirado, Richard Martin. "La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje administrativo." *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario*

Latinoamericano de Arbitraje. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.

Tranzegines Granda, Fernando de. *El Rasgado Del Velo Societario Para Determinar La Competencia Dentro Del Arbitraje*. <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm> (acceso: 15/3/2011).

Tranzegines Granda, Fernando de. “¿Velo societario vs. Arbitraje?” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje*. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.

Wald, Arnoldo. “La extensión de la cláusula compromisoria en el arbitraje societario: una perspectiva Brasileña.” *Aplicación del Convenio Arbitral a Partes no Signatarias, Intervención de Terceros en el Arbitraje*. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Dir. Carlos A. Soto Coaguila. Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.

Whitesell, Anne-Marie. “Non-Signatories in ICC Arbitration.” *ICC Congress Series* (2007).