

# Aplicación de la teoría de actos propios para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en Bolivia<sup>1</sup>

*Application of the stoppel for the extension of the arbitration agreement to non- signatory parties in Bolivia*

MARÍA FERNANDA ROJAS SANGÜESA \*

**Recibido:** 28 de julio de 2020

**Aceptado:** 12 de octubre de 2020

## Resumen

Debido a la complejidad de las relaciones jurídicas, se ha podido evidenciar que, en ocasiones, una parte que no ha suscrito la cláusula arbitral, a través de sus propios actos, ha otorgado su consentimiento. Asimismo, es posible que a lo largo de la relación contractual se incorporen nuevos actores. Es por esto que, la doctrina, ha desarrollado teorías justificativas que reconocen que la cláusula arbitral puede ser extendida de manera excepcional a partes no signatarias. Una de estas es la teoría de los actos propios que comprende el consentimiento tácito y la buena fe. Perú es uno de los países que ha adoptado esta teoría

---

<sup>1</sup> Esta investigación es parte de la tesis de grado “Aplicación de la teoría de actos propios para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en Bolivia”, que la autora defendió en agosto de 2020 en la carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” en la ciudad de La Paz, Bolivia para la obtención de su licenciatura en Derecho.

\* Licenciada en Derecho (Universidad Católica Boliviana “San Pablo”). Investigadora independiente y entrenadora del equipo de arbitraje de la UCB. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8811-9123>

Contacto: [fer.rojas.san.07@gmail.com](mailto:fer.rojas.san.07@gmail.com)

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 7, octubre 2020, pp. 133-170 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa). DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.2020752>

en su Ley de Arbitraje. Al respecto, si bien en Bolivia se reconoce el consentimiento tácito, no se han determinado sus alcances en materia arbitral, y tampoco se reconoce expresamente dicha teoría en la Ley de Conciliación y Arbitraje. Razón por la cual, se realizó un análisis, y se establecieron las condiciones de compatibilidad jurídica entre ambos países para determinar cuáles son los alcances y criterios que se deben tomar en cuenta para adoptar o no esta teoría en nuestro país, a fin de evitar su incorrecta aplicación que ocasionaría una violación a la seguridad jurídica de las partes.

*Palabras clave:* partes no signatarias / consentimiento tácito / buena fe / actos propios / condiciones de compatibilidad.

### **Abstract**

Due to the complexity of legal relation, it has been possible to evidence that, sometimes, a party that has not signed the arbitration agreement, through its own acts, has granted its consent. Likewise, it is possible that new actors may be incorporated during the contractual relationship. Because of this reason, the doctrine has developed justification theories that recognize that the arbitration agreement may be extended exceptionally to non-signatory parties. One of these is the theory of *stoppel*, which includes implicit consent and good faith. Peru is one of the countries that have adopted this theory in its Arbitration Law. In this regard, although Bolivia recognizes implicit consent, its scope in arbitration matters has not been determined, nor is this theory explicitly recognized in the Conciliation and Arbitration Law. For this reason, an analysis was made and the conditions of legal compatibility between both countries were established in order to determine the scope and criteria that must be considered to adopt this theory in our country, in order to avoid its incorrect application that would cause a violation to the legal security of the parties.

*Keywords:* non-signatory parties / implicit consent / good faith / stoppel/ conditions of compatibility.

## **1. Estado de la cuestión**

El arbitraje tiene su partida de nacimiento en el acuerdo que suscriben las partes, en este sentido, los convenios en materia de arbitraje exigen que la cláusula arbitral conste por escrito. Esta exigencia “tiene su razón de ser en que todo acuerdo arbitral válido excluye la jurisdicción ordinaria, por lo cual, el motivo que justifique la obligación que conste por escrito asegura la existencia de este acuerdo” (Redfern, 2007, p. 222).

En virtud a ello, las diversas legislaciones han adoptado esta posición y es un requisito de forma que el acuerdo conste por escrito. Sin embargo, el requisito que esté firmado por las partes ha generado inconvenientes en cuanto a los alcances que ésta pueda tener.

Por esta razón, pese a que la cláusula arbitral conste por escrito, se puso en tela de juicio la forma en que las partes deben brindar su consentimiento. En la doctrina, se pueden encontrar dos corrientes, una de ellas alega que el fundamento principal del arbitraje es el consentimiento expreso e inequívoco de las partes. Por el contrario, otro sector de la doctrina que alega que es posible la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en virtud al consentimiento tácito de las partes, pues su actuar refleja una voluntad inequívoca de acudir a la jurisdicción arbitral.

Por una parte, se encuentran aquellos que se oponen a la extensión de la cláusula arbitral en virtud al consentimiento tácito, añadiendo que debe existir consentimiento expreso en cuanto a la aceptación de la cláusula arbitral; sin perjuicio que exista aceptación del contrato principal.

Una persona realiza una oferta para la celebración de un contrato que a su vez contenga una oferta para la celebración de un acuerdo arbitral, tanto el

contrato principal como el convenio arbitral se considerarán formados al momento en el cual el oferente reciba la aceptación de la contra parte, tanto del contrato, como del acuerdo arbitral (Martín, 2015).

Es decir, si existe aceptación del contrato principal y no así del acuerdo arbitral, no puede considerarse como aceptación, tomando en cuenta que el acuerdo arbitral es autónomo.

Por otra parte, existe una corriente doctrinaria muy diferente que, considera que es posible brindar el consentimiento de manera implícita. Es decir, en ocasiones, una parte que no ha firmado el convenio Arbitral, a través de sus propios actos, ha otorgado su consentimiento tácito. De igual forma, es posible que durante la ejecución de la relación contractual continente de la cláusula arbitral existan nuevos actores “que se vienen favoreciendo de dicha ejecución, derivan beneficios o derechos contractuales consistentemente y por sus propios actos vienen demostrando lealtad al contrato principal que contiene un convenio arbitral que ellos conocen perfectamente y están de acuerdo en que exista” (Santistevan, 2008, p. 25).

Razón por la cual, se han establecido lineamientos para justificar dicha extensión en virtud a determinados patrones de hechos, es decir, la voluntad no es válida por sí sola si no ha sido exteriorizada. Borda (1946) precisa que la declaración de voluntad también debe entenderse por el proceder, actos, signos y aún el silencio que permite inferir a la otra parte la voluntad de obligarse.

Debido a lo señalado anteriormente, parte de la doctrina y la jurisprudencia internacional contemplan la posibilidad de extender la cláusula arbitral a partes no signatarias, en virtud a ciertos elementos fácticos y teorías jurídicas. Dentro de las teorías justificativas surgidas en Europa, se encuentran: *el consentimiento implícito o asunción del consentimiento basado en la conducta*, doctrina del grupo de sociedades, teoría del mandato aparente, y levantamiento del velo

societario. Asimismo, en EE. UU., también se ha extendido la cláusula arbitral a partes no signatarias en virtud a las siguientes teorías: incorporación por referencia, asunción de obligación, levantamiento del velo societario y *teoría de actos propios*. Como es evidente, la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias es aceptada en muchos países, sin embargo, sin perjuicio de la teoría justificativa en la cual se base, el consentimiento tácito es su fundamento principal, pues sin consentimiento no puede existir arbitraje.

Al respecto, el presente artículo está enfocado en la *la asunción del consentimiento basado en la conducta o teoría de actos propios* para la concurrencia de una de las partes al arbitraje. Esta teoría asume que la participación directa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, es un buen indicio para considerar que aquel no signatario ha consentido en formar parte del convenio arbitral (Matheus, 2018).

Y es que, si una parte ha invocado una cláusula o derecho alegando la existencia de una relación contractual, no puede –posteriormente– argüir desconocimiento en cuanto a la obligación de acudir al arbitraje, alegando que no es parte del conflicto.

A su vez, esta teoría tiene su fundamento en la buena fe, en su calidad de principio rector de las relaciones contractuales, entendido éste como “la confianza que debe presidir las relaciones jurídicas, le da legitimidad a las expectativas que cada parte forma respecto del comportamiento de su contraparte durante la prolongación de una relación contractual en particular” (Betti, 1969, p. 74).

En suma, la teoría de actos propios o asunción del consentimiento basado en la conducta, exige un comportamiento consecuente de las partes contratantes. Es decir, que nadie puede cambiar de comportamiento de manera injustificada cuando ha generado en otro, expectativa de comportamiento futuro López (1997). En efecto, esta teoría busca *prevenir que una parte asuma una posición contraria a*

*sus actos propios* y la misma pretenda hacer valer el contrato cuando le es beneficioso o niegue cuando le sea desventajoso.

Actualmente, en varios países de Latinoamérica, también se han adoptado estas teorías justificativas para la extensión de la cláusula arbitral, siendo Perú uno de ellos. Al respecto, un caso icónico suscitado en la República del Perú, expediente 451-2009 de 5 de marzo de 2013, abrió paso a la posibilidad de incluir en su legislación la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias. Por un lado se encontraba la empresa Technology Service Group, en adelante, TSG, contra Harinas Especiales, Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C.

Si bien, en primera instancia, las demandadas impugnaron el laudo y obtuvieron su anulación. En un segundo momento, la parte demandante, interpuso recurso de casación y la Corte Suprema, señaló que el Tribunal Arbitral, en virtud a la competencia con la que goza, estaba facultado para decidir acerca de la existencia y alcances de la cláusula arbitral. Este caso, sin duda alguna, estableció los lineamientos sobre los cuales es posible la extensión de la cláusula arbitral en dicho país.

En consecuencia y fruto del desarrollo de la doctrina y jurisprudencia en cuanto al consentimiento tácito basado en la conducta, en fecha 31 de agosto de 2008 entró en vigor la nueva Ley de Arbitraje Peruana, en la que se regula la extensión de la cláusula arbitral en su artículo 14, que refiere:

El convenio Arbitral se extiende a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración o 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 (Ley de Arbitraje, 2008, art. 14).

De este modo, el legislador peruano permite, *de manera excepcional*, la extensión de la cláusula arbitral, dando solución a casos en los cuales sea necesaria o indispensable la participación de un no signatario para la resolución efectiva de un conflicto. Dicho esto, el presente artículo está dirigido a establecer las condiciones de compatibilidad del marco jurídico boliviano respecto al peruano para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en virtud a la teoría de actos propios desarrollada en el Perú.

Esta elección tiene tres motivos: En primer lugar, se ha elegido Perú al ser un país que, al igual que Bolivia, es miembro de la Comunidad Andina de Naciones, cuyo objetivo es el desarrollo integral y equilibrado para la integración latinoamericana, en consecuencia, existe cercanía cultural y de convivencia, lo cual ayudará a determinar de mejor manera si es o no posible la extensión de la cláusula arbitral a una parte no signataria, sin alejarse de la realidad social y normativa; en segundo lugar, porque en dicho país, existe basto desarrollo jurisprudencial y doctrinal del tema a tratar, de este modo existirá mayor precisión en la investigación; en tercer lugar, porque la Ley de Arbitraje Peruana regula la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias. En consecuencia, esto permitirá analizar los criterios establecidos por la legislación en cuanto al consentimiento tácito y la buena fe, como fundamentos principales para dicha extensión, además, conocerlos en la práctica.

## **2. Aspectos metodológicos**

El tipo de investigación realizada fue de profundidad descriptiva, temporalmente sincrónica, siendo la ley y la jurisprudencia las fuentes primarias. Respecto al enfoque, se realizó una investigación cualitativa

debido a que la investigación estuvo enfocada en interpretar, comprender y describir los presupuestos exigidos por la legislación peruana para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en virtud a la teoría de los actos propios, misma que comprende el consentimiento tácito y la buena fe. Posteriormente, ese enfoque permitió establecer cuáles son las condiciones de compatibilidad del marco boliviano respecto al peruano para la extensión de la cláusula arbitral.

### **3. Compatibilidad jurídica**

El *consentimiento tácito* y la *buena fe* son adoptados como objeto de estudio. En primer lugar, la Ley de Conciliación y Arbitraje ha adoptado varias propuestas contenidas en la Ley Modelo de la CNUDMI en su versión 2006 (Vucsanovich, 2017). Igualmente, la Ley de Arbitraje Peruana adoptó el modelo de ley de arbitraje propuesta por la CNUDMI, simplemente efectuándose ajustes y adecuaciones que los legisladores consideraron necesarios para ejercer mejor la práctica del arbitraje en el Perú (Montezuma, 2018).

Dicho modelo normativo, hace referencia al consentimiento tácito como constancia de la cláusula arbitral. Es decir, 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. (Ley Modelo de la CNUDMI, 2006, art. 7, opción I, numeral 3).

En segundo lugar, el Código Civil Boliviano establece como requisito fundamental para la formación del contrato, el consentimiento. Asimismo, se establece que el consentimiento tácito resulta presumible de ciertos hechos o actos, este sentido, se toman en cuenta los actos propios de la persona para asumir la expresión de su consentimiento.

De igual forma, el Código Civil Peruano, señala que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, tanto el consentimiento tácito como el expreso son aceptados, a menos que la ley exija una forma determinada.

Finalmente, en cuanto a la *buena fe*, la Ley de Conciliación y Arbitraje, determina que el arbitraje se sustenta en dicho principio y que las partes deben proceder de manera honesta y leal. De igual forma, el Código Civil Boliviano, establece que los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, *las reglas de la buena fe* y el destino económico social de esos derechos y deberes. Asimismo, el contrato deba ser ejecutado de buena fe y obliga no sólo a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza.

La exigencia de la buena fe, también se plasma en el artículo 1362 del Código Civil Peruano, el cual dispone que los contratos deban negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Por su parte, la Ley de Arbitraje Peruana, en su artículo 38, dispone que las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el Tribunal Arbitral en el desarrollo del arbitraje. (Art. 38, Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, 2008).

Para finalizar, en cuanto a los parámetros de compatibilidad a utilizarse, en palabras de Rodilla (2009) un sistema jurídico compatible, debe presentar: coherencias técnico-legales, coherencia en los principios que inspiran las normas y finalmente, coherencias normativas que regulen la conducta de las personas dentro del sistema jurídico.

### **3.1. Progresión histórica internacional**

El 21 de junio de 1985, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en el décimo octavo período anual de sesiones, aprobó la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional. Razón por la cual la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1985) emitió un informe en el cual señaló que:

La Asamblea General, en su resolución 40/72 de 11 diciembre de 1985, recomendó que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal Arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.

La Ley Modelo, constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso Arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo Arbitral, refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo. Se adoptó la forma de una Ley Modelo como instrumento de armonización y perfeccionamiento dado que consiente a los Estados proceder con flexibilidad a la preparación de nuevas leyes de arbitraje. (Secretaría de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1985)

En referencia a dicho cuerpo normativo, existen dos hitos que se deben destacar en esta investigación. Inicialmente, la Ley Modelo de la CNUDMI (1985) establecía que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté

consignado en un *documento firmado* por las partes, o en un intercambio de comunicaciones.

Posteriormente, la Comisión de las Naciones para el Derecho Mercantil Internacional, mediante la Resolución 61/33, realizó enmiendas a la Ley modelo de la CNUDMI. Entre las cuales, se encuentra el artículo 7, op. I, definición y forma del acuerdo de arbitraje, el cual establece 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.

De este modo, la enmienda realizada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, permite que la forma y definición del acuerdo arbitral se adecue a la realidad. Redfern (2007), asegura que la armonización de la legislación sobre arbitraje en los distintos países del mundo puede lograrse en forma más efectiva mediante la adopción de una ley modelo o uniforme. En consecuencia, la Ley Modelo resultó ser un gran éxito, ya que su texto recorre de principio a fin el proceso arbitral, utilizando términos sencillos y claramente entendibles. Razón por la cual, ha sido adoptada por varios Estados, ya sea en su versión original o con algunos cambios.

Respecto al desarrollo jurisprudencial en el Perú, el caso emblemático tiene como antecedente que, en el año 2002, Technology Service Group, en adelante, TSG, celebró un contrato de prestación de servicios, con Harinas Especiales y Langostinera Caleta Dorada S.A.C., en adelante Caleta Dorada. En el cual, Harinas Especiales se obligó a producir harina de pescado, con pescado que era proporcionado por TSG. De igual forma, Harinas Especiales señaló ser la arrendataria de unas plantas de fabricación de harina que se encontraban en un terreno de propiedad de Caleta Dorada, quién brindó su consentimiento con el acuerdo, mismo que contenía una *cláusula arbitral*.

Posteriormente, Harinas Especiales cedió su posición contractual a Pesquera Industrial Chicama S.A.C, en adelante Chimaca, y los terrenos donde se encontraban las plantas fueron dados en garantía a TSG. Sin embargo, al cabo de un tiempo, Chimaca decidió resolver el contrato con TSG porque no le habría pagado una factura. A su vez, TSG también decidió resolver el contrato por incumplimiento contractual, valorizado en 1 millón de dólares.

Razón por la cual, TSG, en virtud a la cláusula arbitral existente, acudió a la vía arbitral y demandó a Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C. (en adelante las demandadas), pretendiendo la resolución del contrato y el pago de la indemnización.

TSG alegó que si bien no todas las empresas demandadas habían suscrito la cláusula arbitral, todas ellas estaban vinculadas económicamente y que además, habían participado en una serie de acciones fraudulentas con el fin de burlar la deuda existente a su favor. Por su parte, las demandadas impugnaron la competencia del Tribunal Arbitral alegando la inexistencia de la cláusula arbitral.

Razón por la cual, el Tribunal Arbitral conformado por Alfredo Bullard, Rafael Montoya y Alberto Montezuma, reconocidos y connotados profesionales, emitieron un laudo estableciendo que las demandadas, efectivamente eran parte del arbitraje y que además, tenían responsabilidad solidaria frente a TSG. El Tribunal determinó que las demandadas se encontraban vinculadas en aplicación de doctrina y jurisprudencia que reconoce la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias. El fundamento 246 del laudo, citado por Cantuarias (2014) señaló lo siguiente:

Existe amplia doctrina y jurisprudencia de Tribunales Arbitrales, que acepta la inclusión en el arbitraje de personas o empresas que,

si bien no suscribieron el Convenio Arbitral, por la vinculación que tienen con la(s) demandada(s) principales –que sí firmaron el Convenio– sí pueden ser incluidas en un arbitraje, y posteriormente ser incluidas como partes demandadas a las que les alcanzarán los efectos del Laudo Arbitral (p. 175).

El Tribunal Arbitral señaló que si se descubre vinculación entre las empresas demandadas y común voluntad fraudulenta, se tiene que considerar que la empresa signataria (Caleta Dorada), y las demás empresas, conforman una misma parte. Por lo cual, los árbitros tienen competencia para pronunciarse frente a las partes signatarias y no signatarias; el Tribunal Arbitral, hizo énfasis en que no se encontraba frente a terceros ajenos a la cláusula arbitral, sino más bien, frente a partes.

En este sentido, el Tribunal Arbitral, decidió que era válido recorrer el velo societario a fin de encontrar la común voluntad de las empresas vinculadas. A partir de las pruebas aportadas por las partes y, en aplicación al levantamiento del velo societario, el Tribunal llegó a la conclusión que se trataba de empresas que:

Aparecen y desaparecen constantemente, con el objeto de circular los bienes de unas a otras lo que claramente conlleva el perjuicio de las terceras empresas con las que han contratado, las cuales se encuentran con empresas “de fachada” carentes de patrimonio ya que el mismo ha sido transferido a una nueva empresa, formalmente independiente pero que en realidad responde a una misma voluntad. (Parágrafo 175 del laudo, citado por Cantuarias, 2014, p. 175)

En consecuencia, considerando que existían los indicios suficientes para acreditar la vinculación entre las empresas, el Tribunal Arbitral concluyó que Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C., eran parte de un mismo acuerdo arbitral y, por ende, tenían responsabilidad solidaria

con TSG por tener una voluntad común. Además, declaró resuelto el contrato, ordenando el pago de la indemnización a favor de TSG y conminó a las demandadas a correr con todos los gastos del arbitraje.

Ante esta decisión, las demandadas, interpusieron recurso de anulación de laudo ante el Poder Judicial, alegando inexistencia del acuerdo arbitral, violación al debido proceso y existencia de un pronunciamiento ajeno a las materias sometidas a arbitraje.

La Corte Superior centró su atención en la inexistencia del acuerdo arbitral, y concluyó que no existía un acuerdo arbitral que vincule a las demandadas. Anuló el laudo arguyendo que debe existir evidencia que demuestre la voluntad de un sujeto de someterse a la vía arbitral, de lo contrario, se violaría el derecho a acudir libremente a la jurisdicción ordinaria. Además, señaló que la incorporación de partes no signatarias no tiene un fundamento legal, y que se debía resolver conforme al derecho peruano y no así en doctrina o jurisprudencia internacional.

No obstante, TSG interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Corte Superior. La Corte Suprema, afirmó que la Corte Superior cometió un grave error al considerar que el Tribunal Arbitral era inferior frente a la jurisdicción ordinaria y que, en virtud a ese razonamiento, negara la competencia del Tribunal Arbitral, en este sentido, hizo referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional N° 004-2006-PI/TC, la cual establece que los árbitros también desarrollan funciones jurisdiccionales, y que el Poder Judicial no goza de monopolio jurisdiccional. También añadió que un Tribunal Arbitral puede pronunciarse sobre materias como grupo de sociedades y situaciones de fraude que requieran el levantamiento del velo societario.

De este modo, anuló la decisión de la Corte Superior y ordenó a su inferior jerárquico que se vuelva a pronunciar. En este segundo razonamiento, la Corte Superior reconoció que los árbitros, en virtud al principio competence- competence, pueden aplicar el levantamiento

del velo societario. Asimismo, alegó que bajo el mismo principio, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de pronunciarse respecto a las partes que deben concurrir a arbitraje y, si es necesario, extender la cláusula arbitral a partes no signatarias. Finalmente, reconoció que en el caso en concreto, el Tribunal Arbitral no trajo a terceros al arbitraje, por el contrario, valiéndose del principio *competence- competence*, evitó que una parte signataria, aproveche de la existencia de partes no signatarias para cometer acciones fraudulentas y posteriormente, argüir desconocimiento respecto al acuerdo arbitral que eran completamente conscientes que existía. Igualmente, la Corte Superior:

Entendió además, que el reconocimiento normativo de la extensión del convenio Arbitral a partes no signatarias, se justifica en que el arbitraje es verdaderamente una jurisdicción y por los principios de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho que son inherentes a la autonomía de la voluntad que se ve reflejada en el convenio arbitral (Cantuarias, 2014, p.179).

En consecuencia a tan emblemático caso, se decide promulgar la Ley de Arbitraje Peruana mediante Decreto Legislativo 1071, en la cual, en su artículo 14, establece que es posible la extensión del acuerdo arbitral cuando exista consentimiento, que será determinado según la buena fe, *participación activa* y determinante en la negociación, ejecución o terminación del contrato que comprende el acuerdo arbitral o al que el convenio esté relacionado. Además, se extiende a quienes pretendan *derivar beneficios del contrato*. Dicho artículo, abarca las distintas teorías justificativas para la extensión de la cláusula arbitral, entre estas, la teoría de los actos propios. Ya que, ya participación activa dentro de la relación contractual es determinante para concluir si la parte no signataria ha brindado su consentimiento y en consecuencia, asume obligaciones y deriva beneficios.

#### **4. Derecho comparado**

Si bien se ha elegido a Perú como país referente para estudiar las condiciones de compatibilidad jurídica, es menester conocer cuál es el tratamiento de la buena fe y el consentimiento tácito en otras legislaciones. Para lo cual, se ha realizado un cuadro de derecho comparado, mismo que se encuentra dividido en cinco columnas:

- i) La primera, destinada a identificar el país objeto de estudio;
- ii) La segunda, para estudiar la buena fe dentro del Código Civil de cada país. En esta columna, se ha evidenciado que la buena fe puede ser tomada en cuenta como principio, regla de interpretación o deber de conducta de las partes contratantes;
- iii) La tercera, para estudiar el consentimiento, en esta columna se ha podido identificar que no todos los países reconocen el consentimiento tácito y se limitan al consentimiento expreso, sin embargo, aquellos países en que se reconoce el consentimiento tácito éste es inferido a través de los actos propios;
- iv) La cuarta columna, está destinada a estudiar la buena fe dentro de la Ley de Arbitraje del país objeto de estudio, en este caso, se puede evidenciar que la buena fe es tomada en cuenta como principio, regla de interpretación o deber de conducta que debe presidir en todas las etapas contractuales, en el contrato que contiene la cláusula arbitral y durante el proceso Arbitral;
- v) La quinta columna, está destinada a estudiar la forma y alcances del acuerdo arbitral. Al respecto, existen legislaciones en las cuales, la exigencia de que el acuerdo arbitral se encuentre escrito no es suficiente, además, se exige que el acuerdo arbitral se encuentre firmado por las partes. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje Uruguayo exige que el acuerdo arbitral se encuentre firmado por las partes para que éste sea válido. Por el contrario, en la mayoría de los países, la única exigencia es que el

acuerdo arbitral debe constar por escrito, señalando en sus legislaciones, que no es necesaria la firma para que el acuerdo arbitral sea válido, como es el caso de la Ley de Arbitraje Ecuatoriana; y

vi) La sexta columna, está destinada a establecer, la legislación del país objeto de estudio, reconoce el principio competence- competence.

A efectos del presente artículo, de los datos recopilados se puede evidenciar que:

i) Perú reconoce el consentimiento tácito en el Código Civil Peruano;

ii) De igual forma, es el único país que ha reconocido en su ley Arbitral, el consentimiento tácito;

iii) La buena fe, en su legislación, es una regla de interpretación y deber de conducta;

iv) Perú es el único país que ha establecido en su Ley de Arbitraje que es posible la extensión de la cláusula arbitral 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; y

v) Finalmente, se ha podido evidenciar, que Perú reconoce de manera expresa la jurisdicción Arbitral y además, acepta que el Tribunal Arbitral y Árbitros gozan de competencia, es decir, reconoce el principio competence- competence.

En cuanto a la legislación boliviana, se precisa lo siguiente:

i) El Código Civil boliviano, reconoce de manera explícita, el consentimiento tácito, si resulta presumible de ciertos hechos o actos;

ii) La Ley de Conciliación y Arbitraje, exige que el acuerdo arbitral debe constar por escrito, como muestra de consentimiento, no es necesaria la firma;

iii) La buena fe, en la legislación boliviana, es un principio rector y deber de conducta; y

iv) Finalmente, pero no menos importante, Bolivia reconoce de manera expresa la jurisdicción Arbitral y reconoce el principio *competence-competence*.

## **5. Precisiones teóricas**

**Acuerdo Arbitral.** Genéricamente, el acuerdo de voluntades por el cual las partes deciden someter sus controversias a arbitraje se denomina acuerdo arbitral o convenio arbitral, mismo que puede hallarse representado en un solo acto, o bien dividirse en dos actos sucesivos. Caivano (2001)

Martin (2017) añade que “el convenio arbitral, por sí mismo, es un contrato que puede ser expresado como un contrato complementario al contrato principal en un documento separado, o, en su defecto, puede ser instrumentado a través de una cláusula dentro del contrato principal.” (p. 80)

Caivano (2006) señala que el convenio arbitral es el contrato en virtud del cual las partes asignan jurisdicción a quienes intervendrán como árbitros para la solución de un conflicto o una controversia que pueda surgir entre ellas.

A su vez, Vidal (2003) señala que “el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje la controversia que haya surgido o pueda surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” (p. 569).

Igualmente, Estévez y Muñoz (2017) señalan que el convenio arbitral, con independencia de que se exprese en una cláusula inserta en un contrato o como un acuerdo separado, está considerado como un acuerdo de voluntades autónomo, en virtud del cual dos o más partes deciden someter expresamente a arbitraje el conocimiento de una eventual controversia presente o futura. (p.1)

Empero, como se ha señalado anteriormente, si bien la doctrina es genérica al momento de referirse al acuerdo arbitral independientemente de la terminología que utilice, la ley modelo de la CNUDMI, ha indicado que:

El arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o que 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.

Es decir, según la modalidad y documento donde se encuentre el pacto arbitral, se determinará si es una cláusula o convenio arbitral. Razón por la cual, considerando la precisión que realiza la legislación, la presente investigación, estará abocada a la cláusula arbitral, como especie del acuerdo arbitral.

Vucsanovich (2017) define a la cláusula arbitral como:

El acuerdo que forma parte de un contrato por el cual las partes determinan el sometimiento de sus disputas a arbitraje, abstrayéndolas de la justicia ordinaria. Considerando que ésta cláusula representa una previsión ante futuras controversias desconocidas en ese momento. (p. 25)

**Competence - competence.** Rubio (2011) define al principio competence-competence, como “la posibilidad que tienen los árbitros

de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del acuerdo arbitral” (p.101).

Por su parte, Bullard (2013) señala que el principio *competence-competence*, establece que los árbitros son competentes para resolver cualquier cuestionamiento acerca de su propia competencia, además, resuelve un círculo vicioso cuya resolución es esencial para permitir la auto ejecución, para ello los árbitros son dotados de competencia.

Es decir, “el Tribunal Arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, la validez o el alcance (objetivo o subjetivo) del acuerdo arbitral” (Caivano, 2006, p.151).

Este principio implica, en palabras de Caivano (2006):

Reconocer a los árbitros facultados para verificar y resolver las cuestiones relativas a su propia jurisdicción, facultades que comprenden la potestad de analizar y decidir todas las cuestiones de las cuales depende la existencia y extensión de esa jurisdicción. (p. 151)

De igual forma, Martin (2007) hace referencia a este principio, y lo define como:

La facultad que tiene el Tribunal Arbitral o el Árbitro para decidir sobre su propia competencia en un proceso arbitral. Es decir, que ante cualquier cuestionamiento que una de las partes haga respecto a la competencia de los árbitros, serán estos mismos los que deberán resolver sobre su propia competencia sin la intervención de la autoridad judicial.

En este sentido, este principio viene a proteger la autonomía de la voluntad de las partes y protege al acuerdo arbitral, aún en el inopinado caso en que una de las partes pretenda negarlo. Bullard (2013) señala que:

Si este principio no existiera, todo arbitraje sería evitable con la simple alegación de nulidad o inexistencia del acuerdo arbitral, y toda controversia, inevitablemente, llegaría a las cortes ordinarias. Además, el motivo por el que existe el principio *competence-competence* es para respetar el deseo de las partes de arbitrar, no de litigar (p. 70).

**Partes no signatarias.** A la parte no signataria se le extiende el convenio Arbitral, lo cual constituye un tema negocial. Si un sujeto no signatario del convenio arbitral ha consentido en quedar vinculado por éste, se trata de una auténtica parte del mismo y no de un tercero (Matheus, 2018).

A su vez, Santistevan (2019) añade que se llama al arbitraje a verdaderas partes del contrato aunque no lo hubiesen firmado, aquellos que por su vinculación al negocio jurídico pactado en el contrato principal se deben someter al arbitraje, sea como actores o como demandados, para así dar verdadera eficacia al convenio arbitral.

Matheus (2018) precisa la diferencia entre partes no signatarias y terceros, señalando que el tercero es ajeno al contrato continente del convenio arbitral y no ha consentido en quedar vinculado por éste pero tiene interés en el resultado del arbitraje, dado que puede resentir algún efecto del laudo arbitral en el ámbito de sus relaciones jurídicas. Por su parte, un no signatario es aquel que ha consentido en ser parte del acuerdo arbitral, es parte auténtica del contrato.

Razón por la cual, Bullard (2012) añade que muchos, equivocadamente, han señalado que la extensión del convenio arbitral permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual, pues la extensión de la cláusula arbitral permite la incorporación de *partes no signatarias*, es decir de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó, no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas circunstancias o conductas, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible

presumir su consentimiento bajo una lectura de los hechos bajo el principio de la buena fe. (2012)

## **6. Resultados**

Al haber realizado un análisis minucioso en las distintas legislaciones, doctrina y jurisprudencia sobre el consentimiento tácito para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias. Asimismo, al haber analizado la compatibilidad jurídica del marco jurídico boliviano utilizando los tres criterios de ponderación, es decir, coherencia técnico legal, coherencia en los principios y coherencia normativa, se obtuvieron los siguientes resultados:

**Primero.** El consentimiento tácito, contemplado en el Código Civil Boliviano y Código Civil Peruano, es aceptado y se infiere a través de los actos propios de la persona, considerando su actuación dentro de cada etapa del contrato; en segundo lugar, la Ley de Conciliación y Arbitraje por un lado y por otro, la Ley de Arbitraje peruana, han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI, como referencia en sus legislaciones, por consiguiente, ambas legislaciones sólo establecen como requisito la exigencia que el acuerdo arbitral se encuentre escrito, mas no hacen referencia alguna a la forma en la que se deba prestar el consentimiento.

Razón por la cual, para determinar la existencia o no del consentimiento tácito en una relación jurídica contractual, se debe considerar, la etapa pre contractual, la etapa contractual y la etapa post contractual. Debido a que al tratarse de hechos o actos que lleven a considerar que ha existido consentimiento, se debe analizar cada momento. De este modo, se protege la voluntad de las partes.

i) En la etapa pre contractual, se tomó en consideración la participación en la negociación del contrato, es decir si efectivamente existieron ofertas y contra ofertas. Porque en caso de haber existido, la parte

contratante tenía total conocimiento respecto a las condiciones del contrato, derechos y obligaciones, incluyendo la cláusula arbitral. Además, dichas ofertas serán determinantes para la aceptación o no de las partes contratantes, considerando que todo contrato es un negocio jurídico que importa la voluntad de las partes.

En consecuencia, en esta misma etapa contractual, se consideró la activa participación en la suscripción del contrato, es decir, si estuvieron o no presentes en la suscripción del contrato principal. Porque en muchas ocasiones han existido partes que conocían las condiciones del contrato principal, sin embargo, no lo suscribían.

Razón por la cual, es necesario analizar si la parte que no ha suscrito el contrato tiene una efectiva vinculación con una de las partes que sí lo hizo.

ii) En la etapa contractual, la participación activa en la ejecución del contrato es un indicador que las partes han consentido, efectivamente, en quedar vinculadas por el contrato. En este punto, se ha tomado en cuenta si dicha participación fue en nombre de un tercero o en nombre propio, porque en ocasiones, existen sujetos que pretenden desconocer las obligaciones del contrato principal, arguyendo desconocimiento y ausencia de participación, cuando en la realidad, están íntimamente ligados con la parte que ha ejecutado el contrato en nombre suyo.

Este parecer se clarifica cuando se puede comprobar si existe un beneficio económico derivado de dicho contrato, ya sea de manera directa o indirecta.

Por otra parte, si asume obligaciones contractuales, debe hacerlo de manera integral, y no sólo las cláusulas que considere a discreción.

iii) Finalmente, en la etapa post contractual, se ha considera el silencio de las partes, ya que si bien no se han pronunciado respecto a la cláusula arbitral, su actuación permite inferir que las partes han querido. Y que a lo largo de la relación contractual no se opusieron a ninguna disposición del contrato.

**Segundo.** La buena fe es adoptada Código Civil Boliviano y el Código Civil Peruano, como un deber de conducta de las partes contratantes; adicionalmente, la Ley de Conciliación y Arbitraje por un lado, y por otro, la Ley de Arbitraje peruana, establecen que la buena fe es principio rector del proceso arbitral.

Tal como se evidencia en la tabla 1, la buena fe contractual tiene matices diferentes, puede ser entendida como principio, regla de interpretación o deber de conducta. La buena fe, debe ser tomada en cuenta en sus dos dimensiones; la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. La primera, entendida como un estado de consciencia, y la segunda, como un deber de conducta. Razón por la cual, se analizó la buena fe en las 3 etapas contractuales, de la siguiente manera:

i) En la etapa pre contractual, se analizó la buena fe desde el punto de vista subjetivo. Porque en esta etapa, las partes por ignorancia pueden lesionar derechos o por el contrario, incurrir en error, en este sentido, ambos son consecuencia de la mala fe de una de las partes.

ii) En la etapa contractual, se analizó la buena fe desde el punto de vista objetivo. Considerando que en este momento de la relación jurídica, las partes están en el deber de actuar con lealtad y probidad respecto a los alcances de la relación jurídica, es decir, dar a conocer a la contraparte todas las condiciones del contrato, tanto de las obligaciones como de los derechos. Además, tiene el deber de aviso, que comprende el deber de información respecto a todo lo relacionado al contrato.

iii) Finalmente, la etapa post contractual es, sin duda, un punto neurálgico para determinar realmente si ha existido o no buena fe de las partes; en virtud a que se debe tomar en cuenta a la buena fe como criterio hermenéutico de interpretación del contrato, mismo que integra deberes anexos.

En conclusión, Tribunal Arbitral debe considerar la buena fe desde ambas dimensiones, y sobre todo, utilizar este instituto de manera integral, como deber, principio y criterio de interpretación.

## **7. Análisis**

La piedra angular de todo procedimiento arbitral es la voluntad de las partes reflejada en la cláusula arbitral. De este modo, se considera como regla general que, el proceso arbitral sólo alcanzará a quienes sean parte de la relación contractual y hayan consentido incluir una cláusula arbitral. Es decir, nadie puede ser llevado al arbitraje sin que haya brindado su consentimiento, y sin consentimiento no es posible arbitrar.

Sin embargo, es cada vez más frecuente la participación de diferentes sujetos que se encuentran vinculados con el contrato principal, sin haber figurado –aparentemente- como partes contratantes; porque a medida que la relación contractual se va ejecutando, se puede evidenciar la participación de nuevos actores que en principio no figuraban.

No es un hecho controvertido que aún existen discrepancias en cuanto a la extensión de la cláusula arbitral; por la naturaleza del arbitraje y por la posible violación a la seguridad jurídica que esto implicaría; lo cual ocasionaría como consecuencia la emisión de laudos que se tornarían inejecutables o peor aún, nulos, pues las partes tendrían el derecho de al recurso de anulación de laudo, alegando inexistencia de la cláusula arbitral o ausencia de consentimiento. Razón por la cual, *aplicar de modo excepcional* la extensión de la cláusula arbitral, exige a los árbitros examinar de manera muy detallada todo elemento fáctico y jurídico, considerando cada caso en concreto ya que esta decisión no puede ser arbitraria o infundada.

En este sentido, la doctrina ha propuesto una serie de teorías justificativas para la extensión de la cláusula arbitral. Mismas que

tienen por objetivo: i) Proteger la naturaleza jurídica del arbitraje; ii) Proteger a la autonomía de la voluntad de las partes que han decidido acudir a arbitraje; iii) Facilitar el desarrollo de este procedimiento, no hacerlo iría en contra de la propia esencia de lo pactado, iría contra la buena fe que preside cada acuerdo, en el caso en concreto, la cláusula arbitral; iv) Finalmente, hacer posible la ejecución de laudos arbitrales, mismos que fueron emitidos bajo el principio *competence-competence*, sin que éstos sean objeto de anulación.

## **8. Discusión**

En virtud al análisis realizado, si bien existen repercusiones respecto a la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias, es importante considerar en primera instancia, que la declaración de voluntad, Borda (1846) no debe entenderse tan solo con la palabra hablada o escrita, sino toda conducta o proceder que de acuerdo con las circunstancias y apreciada de buena fe se permita inferir la voluntad de obligarse.

Este razonamiento ha sido recogido por algunas legislaciones que consideran que existen dos formas de prestar el consentimiento, ya sea de manera tácita o expresa; o bien, sólo hacen referencia al consentimiento de manera genérica, lo cual permite que sea posible consentir de manera tácita, siempre y cuando la ley no exija una forma determinada.

En Bolivia, el Código Civil ha dispuesto que el consentimiento será expreso si se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; y será tácito si resulta presumible de ciertos hechos o actos. Por otra parte, la Ley de Conciliación y Arbitraje, no establece la forma en la que el consentimiento deba expresarse, sin embargo, sí establece la forma en que el acuerdo arbitral deba ser plasmado.

En cuanto a la buena fe, es un elemento esencial para determinar si es posible la extensión de la cláusula arbitral, pues éste es el elemento que

debe analizar de manera minuciosa el Árbitro o Tribunal Arbitral para concluir si efectivamente ha consentido o no consentimiento tácito. En vista que, la buena fe además de ser un patrón de conducta que debe regir las relaciones jurídicas, también está prevista para cubrir lo que resta a falta de obligación impuesta por el legislador.

No se trata imponer una aplicación múltiple o generalizada de este principio; por el contrario, se debe aplicar atendiendo *cada caso en particular*, debiendo observar las circunstancias, individualizar las condiciones y obtener soluciones equitativas. Considerando las dos acepciones planteadas por la doctrina, la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva.

El momento en el que el Árbitro o Tribunal Arbitral observe la buena fe de las partes, tomando en cuentas ambas acepciones, debe tomar en cuenta todas las etapas contractuales; desde el momento de las negociaciones previas, ejecución del contrato y etapa post contractual, para tomar en cuenta además la participación del agente al que se quiere llevar a arbitraje.

Ambos institutos componen la teoría de los actos propios, teoría que tiene por objetivo principal, resguardar la buena fe, de lo contrario, existiría una tolerancia indebida a la mala fe. Esta teoría, sienta las bases de las demás teorías jurídicas justificativas para la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias. Dado que, conducirse en contra de los propios actos constituye un límite del derecho subjetivo, la buena fe exige una conducta coherente. Los actos propios, según Martínez (2004):

Son inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídica y, asimismo, que exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente. (p.382)

Finalmente, es de suma importancia destacar que, en virtud al principio competence-competence, el Tribunal Arbitral tendrá la facultad y libertad de decidir los alcances del convenio arbitral, con base en elementos debidamente probados. Lo cual no implica, de ningún modo, vulneración al debido proceso, pues éstos gozan de jurisdicción y competencia, fundada en la legislación y el consentimiento, como piedra angular del arbitraje.

## 9. Conclusión

La cláusula arbitral es un contrato, razón por la cual, debe ser tratado como tal y cumplido por las partes. La decisión de un Tribunal Arbitral de extender la cláusula arbitral a partes no signatarias podría transgredir el principio de la relatividad de los contratos, es decir, que el contrato es obligatorio y produce efectos vinculantes para las partes que lo hayan celebrado.

Sin embargo, (Villalobos, 2013) dada la complejidad de las relaciones jurídicas, no en pocas ocasiones, existen conflictos que son potencialmente regidos por una cláusula arbitral que involucra a partes que no han suscrito el contrato principal que contiene una cláusula arbitral empero, en los hechos han participado durante la negociación, celebración y ejecución del contrato. En consecuencia, no son ajenos a la relación jurídica, su participación resulta indispensable para la adecuada resolución de un conflicto.

La extensión de la cláusula arbitral exige un examen detallado y minucioso, de todos los hechos que atañen al caso que se está analizando, de igual forma, se debe tomar en cuenta la conducta que permita inferir el consentimiento tácito por parte del no signatario. El tratamiento para la extensión del acuerdo arbitral *debe ser excepcional*, considerando que cada caso es diferente y requiere un análisis

diferente. En el caso que nos ocupa, es decir, las condiciones de compatibilidad del marco jurídico boliviano respecto al marco jurídico peruano, se ha podido establecer que: existen coherencias técnico-legales; coherencia en los principios que inspiran las normas; y finalmente coherencias normativas que regule la conducta de las personas dentro del sistema jurídico.

**Primero.** Se han establecido las condiciones de compatibilidad del marco jurídico boliviano respecto al marco jurídico peruano en cuanto al consentimiento tácito.

El Código Civil Boliviano, acepta y reconoce el consentimiento tácito, el cual resulta presumible de ciertos hechos o actos; por su parte la legislación peruana, considera que ha existido consentimiento tácito el en el momento en que comienza la ejecución del contrato, ya que esta conducta demuestra de manera indubitable la voluntad de obligarse.

En cuando al consentimiento en el arbitraje, las leyes de arbitraje de ambos países establecen como requisito que la cláusula debe constar por escrito, como un requisito para su formación, sin embargo, no exige una forma determinada para otorgar el consentimiento, y tampoco exigen que la cláusula deba estar firmada. Empero, la Ley de Arbitraje Peruana es clara y de manera expresa establece que los alcances de la cláusula arbitral son extensivos a aquellas partes 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. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

En segundo lugar, se han estudiado las condiciones de compatibilidad del consentimiento tácito desarrollado por la jurisprudencia de la CSJ de la República del Perú, esto con el objetivo de determinar cómo es el tratamiento de este instituto jurídico en casos prácticos, más allá que existan coherencias técnico-legales y coherencias normativas. De éste

análisis se concluye que, tanto en Perú como en Bolivia, se analiza el consentimiento desde tres ángulos, la etapa de negociación, ejecución y etapa post contractual.

Considerando que la conducta del no signatario debe ser inequívoca para considerar que ha existido consentimiento tácito. En la etapa pre contractual, la participación en la negociación del contrato es vital, pues en este punto se determina si han o no existido ofertas y contra ofertas, la participación en la negociación es un punto de suma importancia; y la efectiva vinculación con aquella parte que sí ha suscrito el contrato que contiene la cláusula arbitral.

En la etapa contractual, o ejecución del contrato, se debe determinar si ha existido participación activa en la ejecución del contrato y si dicha participación fue en nombre propio o en nombre de un tercero. En consecuencia, la participación activa determinará si el no signatario se ha favorecido de dicha ejecución derivando beneficios, derechos y asumiendo obligaciones. Es decir, beneficios económicos provenientes del contrato principal, ha derivado derechos contractuales invocando una cláusula o derecho, aceptando de esta forma, la existencia de una relación contractual y ha asumido obligaciones contractuales, expresando conformidad o disconformidad con las obligaciones emergentes. Finalmente, en la etapa post contractual, se debe considerar el silencio durante la ejecución del contrato que permitió inferir la voluntad de someterse a la vía arbitral.

**Segundo.** Se han establecido las condiciones de compatibilidad del marco jurídico boliviano respecto al peruano sobre la buena fe. En Bolivia, el Código Civil establece que la buena fe es un deber de conducta, es decir, los contratos deben ser ejecutados de buena fe, igualmente, añade que los derechos deben ser ejercidos de buena fe. De igual forma, el Código Civil peruano, hace referencia a la buena fe como un deber de conducta, y como regla de interpretación de los contratos.

En cuanto a la ley de arbitraje, tanto en Bolivia como en el Perú, se considera que la buena fe es un principio rector del proceso arbitral. Sin embargo, en el Perú la buena fe además de ser considerada un principio y un deber de conducta es un requisito esencial para la extensión de la cláusula arbitral.

Asimismo, se han estudiado las condiciones de compatibilidad de la buena fe desarrollada por la jurisprudencia de la CSJ de la República del Perú, esto con el objetivo de determinar cómo es el tratamiento de este instituto jurídico en casos prácticos.

Se ha analizado la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva, considerando la etapa contractual que se va analizar. Es decir, en la etapa pre contractual, se analizó la buena fe subjetiva, entendida como la ignorancia que lleva a ocasionar derechos o como error, que lleva a considerar legitimaciones impropias. En la etapa contractual, se debe considerar la lealtad y probidad, de las partes al momento de ejecutar el contrato y finalmente, en la etapa post contractual, la buena fe será un criterio de interpretación que deberá integrar deberes anexos al contrato principal y sobre todo, respeto a todas las cláusulas de manera integral y no así conveniente para la parte que pretende desconocer ciertas cláusulas del contrato.

Mientras se analizaba a buena fe durante las distintas etapas del proceso se ha llegado a la conclusión, que en la práctica: i) La buena fe en la etapa pre contractual, es un principio rector que debe regir las negociaciones previas, lo cual incluye el deber de información de las partes; ii) La buena fe en la ejecución del contrato, es un deber de conducta que debe regir las relaciones jurídicas, pues juega un papel importante en la seguridad social; iii) La buena fe, en la etapa post contractual, es una regla de interpretación destinada a respetar de manera integral todas las cláusulas que conforman el contrato principal que contiene la cláusula arbitral. En vista que, si se invocan cláusulas

para obtener derechos y beneficios, se deben asumir las obligaciones también, como es la de acudir a la vía arbitral.

La extensión de la cláusula arbitral, tiene una clara justificación, si las partes han pactado voluntariamente someter la resolución de su controversia al sistema arbitral, el no facilitar el desarrollo de este procedimiento, iría en contra de la propia esencia de lo pactado, iría contra la buena fe que preside cada acuerdo, en el caso en concreto, la cláusula compromisoria. Cabe resaltar, que no se *trata de imponer un principio de aplicación múltiple, se debe observar atendiendo a las circunstancias del momento*, conduciendo a una justicia individualizada. Si bien no es posible abarcar todos los supuestos de hecho, debido a la complejidad de las relaciones jurídicas, se citará a modo de ejemplo, supuestos en los cuales, se podría extender la cláusula arbitral:

- i) A y B suscriben un contrato que contiene una cláusula arbitral. A cede a C el contrato principal,
- ii) A (matriz), negocia un contrato con B. El contrato es suscrito por A (filial) y B, sin embargo, A (matriz) interviene de manera activa en la ejecución del contrato.
- iii) Sociedad A1 crea una nueva sociedad, sobre la cual tiene el control absoluto A2 y es la que suscribe el contrato con B.
- iv) A y B suscriben un contrato, B es absorbida por C.
- v) A y B, celebran un contrato que incorpora una cláusula arbitral. C, sustituye de facto a B. Adquiere derechos, asume obligaciones y deriva beneficios.

En conclusión, aquellos países que reconozcan el consentimiento tácito en observancia de la buena fe contractual, pueden extender la cláusula arbitral en aquellos casos en que sea necesario para que la resolución de la controversia pueda cumplir su fin último, el de resolver

controversias de manera eficaz, pacífica, respetuosos de la lealtad contractual y sobre todo, respetuosos de la voluntad de las partes.

En concreto, Bolivia es un país que tiene las posibilidades de extender la cláusula arbitral a partes no signatarias, y no sólo eso, también existen las condiciones para incluir en la Ley de Conciliación y Arbitraje, un artículo que permita al Tribunal Arbitral y Árbitros, tomar esta decisión. De este modo, se estaría afirmando que, en virtud del principio competence-competence, los Árbitros son los primeros jueces de su competencia. Además, de este modo, el legislador, de manera muy acertada, reconocería nuevamente al arbitraje como una verdadera jurisdicción y destacaría que la jurisdicción arbitral no se encuentra debajo de ninguna otra, siendo capaz de tomar las determinaciones en favor de la correcta resolución de controversias. Por otro lado, las partes no vulnerarían la buena fe que debe regir las relaciones jurídicas, prohibiendo de este modo, el abuso del derecho y violación a la autonomía de la voluntad de las partes. Por último, pero no menos importante, sería un gran paso para la consolidación de Bolivia como una sede de arbitrajes internacionales.

## **10. Referencias**

- Borda, G. (1846). *Manual de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Borda, G. (1989). *Manual de Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Bullard, A. (2012). *¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje*. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje N°2*: Edición Instituto Peruano de Arbitraje.

- Bullard, A. (2013). *¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación*. Recuperado de Revista Internacional de Arbitraje de <https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/11/ALFREDO-BULLARD.pdf>
- Caivano, R. (2001). *El arbitraje: Nociones Introductorias*. Recuperado de [https://pdfs.semanticscholar.org/9c33/d308277fb894ad6f2a165c9e7f78300d2b50.pdf?\\_ga=2.199908654.1053075796.1595206879-1575256483.1595206879](https://pdfs.semanticscholar.org/9c33/d308277fb894ad6f2a165c9e7f78300d2b50.pdf?_ga=2.199908654.1053075796.1595206879-1575256483.1595206879)
- Caivano, R. (2006). *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Recuperado el Lima Arbitration N° 1- 2016 de [http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque\\_j\\_caivano.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf)
- Cantuarias, F. (2014). *El levantamiento del velo societario en Perú*. Recuperado de Lima Arbitration N° 6 de [http://www.limaarbitration.net/LAR6/Fernando\\_Cantuarias.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR6/Fernando_Cantuarias.pdf)
- Código Civil*. Buenos Aires, Argentina, 25 de septiembre de 1869. Recuperado de [http://spij.minjus.gob.pe/graficos/Legcomp/Sudamerica/Argentina/CODIGO\\_CIVIL.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/graficos/Legcomp/Sudamerica/Argentina/CODIGO_CIVIL.pdf)
- Código Civil Boliviano*. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz, Bolivia, 6 de agosto de 1975. Recuperado de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscarg/codigo%20civil>
- Código Civil*. DL 295. Lima, Perú, 24 de junio de 1984. [https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_per\\_cod\\_civil.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf)
- Código Civil*. Caracas, Venezuela, 26 de julio de 1982. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_civil\\_Venezuela.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_Venezuela.pdf)
- Código Civil Chileno*. Chile, 30 de mayo de 2000. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Chile.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Chile.pdf)

- Código Civil Colombiano*. 26 de mayo de 1873. Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Código Civil*. Quito, 10 de mayo de 2005. Recuperado de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>
- Código Civil Paraguayo*. Asunción, Paraguay, 1 de enero de 1987. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_Paraguay.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf)
- Código Civil*. Montevideo, Uruguay, 26 de febrero de 2010. Recuperado de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/uy/uy029es.pdf>
- Constitución Política del Estado*. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz, Bolivia, 7 de febrero de 2019. Recuperada en 15 de septiembre de 2017 de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/>
- Conejero, C y Irra de la Cruz, R. *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado*. Recuperado de Lima Arbitration N° 5 - 2012/2013 de [http://limaarbitration.net/LAR5/Cristian\\_Conejero\\_Roos\\_Rene\\_Irra\\_de\\_la\\_Cruz.pdf](http://limaarbitration.net/LAR5/Cristian_Conejero_Roos_Rene_Irra_de_la_Cruz.pdf)
- De Almeida, M. (2004). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: Editorial La Ley
- Decreto Legislativo 1071*. Lima, Perú, 1 de septiembre de 2008. Recuperada de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\\$FILE/DL\\_1071\\_ley\\_norma\\_arbitraje.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf)
- Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional*. Bogotá, Colombia. 12 de julio de 2012. Recuperado de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Colombia%20-%20Estatuto%20de%20Arbitraje%20Nacional%20e%20Internacional.pdf>

Forgues, J. (2019). *La buena fe en el código civil de 1975*.

Herrera de las Heras, R. (2013). *La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo*. Recuperado de Revista de Derecho Valdivia de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502012000100008#nb11](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100008#nb11)

Iturraspe, M. (1994). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: Editorial La Ley

*Ley Brasileña de Arbitraje*. Brasilia, 2015

*Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas, Venezuela, 7 de abril de 1998. Recuperado de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Venezuela-Ley%20de%20Arbitraje%20Comercial.pdf>

*Ley de Arbitraje Comercial Internacional*. Buenos Aires, Argentina, 25 de junio de 2018. Recuperado de [https://www.cac.com.ar/data/documentos/48\\_Ley%2027.449.pdf](https://www.cac.com.ar/data/documentos/48_Ley%2027.449.pdf)

*Ley de Arbitraje Comercial Internacional*. Montevideo, Uruguay, 13 de julio de 2018. Recuperado de <http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19636-2018>

*Ley de Arbitraje y Conciliación*. Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz, Bolivia, 10 de marzo de 1997. Recuperado de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/1770>

*Ley de Arbitraje y Mediación*. Quito, 14 de diciembre de 2006. Recuperado de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Ecuador%20%20Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediaci%C3%B3n.pdf>

*Ley de Arbitraje y Mediación*. Asunción, Paraguay, 24 de abril de 2002. Recuperado de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/>

ParaguayLey%20de%20Arbitraje%20y%20Mediaci%C3%B3n.pdf

*Ley de Conciliación y Arbitraje.* Gaceta Oficial de Bolivia. La Paz, Bolivia, 25 de junio de 2015. Recuperado de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/708>

*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.* Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional de 1985 con enmiendas de 2006 de [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

*Ley del Órgano Judicial.* La Paz, Bolivia, 24 de junio de 2010. Recuperada de <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/>

*Ley sobre arbitraje comercial internacional.* Chile, 29 de septiembre de 2009. Recuperada de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Chile%20-%20Ley%20de%20Arbitraje%20Comercial%20Internacional.pdf>

López, M. (2003). *La doctrina de los actos propios, sus presupuestos, sus limitaciones y sus posibilidades de aplicación en materia laboral.* Recuperado de Facultad de Ciencias do Trabajo de <file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/actospropiosfuerolaboral.pdf>

Loussouarn, I. (2004). *Tratado de la buena fe en el derecho.* Buenos Aires: Editorial La Ley.

Matheus, C. (2018). *La extensión del convenio Arbitral a partes no signatarias.* San Sebastián: IVADP.

Martinez, R. (2004). *Tratado de la buena fe en el derecho.* Buenos Aires: Editorial La Ley

Redfern, A., Hunter, M. (2007). *Teoría práctica del arbitraje comercial internacional.* Edición Noiana Marigo y Felipe Ossa: Buenos Aires.

- Resoluciones aprobadas por la Asamblea General. 40/72* (11 de diciembre de 1985) de <https://www.un.org/es/documents/ag/res/40/list40.htm>
- Rodilla, M. (2009). *¿Unidad lógica o dinámica? Coherencia y sistema jurídico en Kelsen*. Recuperado de file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/unidad-logica-o-dinamica-coherencia-y-sistema-juridico-en-kelsen%20(1).pdf
- Rubio, R. (2011). *El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje*. Recuperado de Lima Arbitration N° 4 - 2010 / 2011 de [http://limaarbitration.net/LAR4/Roger\\_Rubio\\_Guerrero.pdf](http://limaarbitration.net/LAR4/Roger_Rubio_Guerrero.pdf)
- Santistevan, J. (2009). Extensión del convenio Arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje. Perú: Revista peruana de arbitraje.
- Sentencia Constitucional Plurinacional. 2472/ 2012* (28 de noviembre de 2012) de file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/SCP%202472\_2012%20Arbitraje%20es%20jurisdiccional%20(2).pdf
- Villalobos, A. (2013). *La extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias*. Revista de Ciencias Jurídicas No. 131. Recuperado en setiembre de 2013 de <http://bonafide.cr/wp-content/uploads/2016/10/La-cla%CC%81usula-compromisoria-y-su-extensio%CC%81n-a-partes-no-signatarias-1.pdf>
- Vucsanovich, I. (2017). *La importancia de la voluntad de las partes en el nuevo régimen Arbitral Boliviano*. La Paz, Bolivia: Omikron.