

LA IMPORTANCIA DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE EN LA INCORPORACIÓN DE PARTES NO SIGNATARIAS A PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

 *Jesús Augusto Rojas Hernández*



1. Introducción.

Una de las características esenciales de la tutela jurisdiccional efectiva es la posibilidad de obtener un acto jurisdiccional susceptible de ejecución, lo cual en arbitraje se puede ver limitado si alguna de las partes de la cláusula arbitral no puede intervenir en estos procedimientos. Nótese que nos referimos únicamente a “partes” sin distinguir si son o no signatarias del acuerdo arbitral, lo cual consideramos es cónsono con el principio de la buena fe que rige la interpretación de los contratos -inclusive de un contrato sui generis como el pacto compromisorio- y con el Estado de Derecho, el cual tiene como principio superior a cualquier ordenamiento jurídico la justicia, circunstancia que aleja la discusión de pruritos nacionalistas.

El tema de la incorporación de partes no signatarias a procedimientos arbitrales ha tomado relevancia en el arbitraje comercial internacional a partir del Caso No. 5625 de 1987 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en el cual a través de la teoría del *alter ego* se pretendió incorporar a una parte no firmante de un acuerdo arbitral, lo cual contó con una negativa por parte de los árbitros del caso¹. En el contexto venezolano su análisis ha sido más doctrinario que práctico, pero cada vez se hace más latente la posibilidad de encontrar solicitudes de *joinder* en arbitrajes comerciales domésticos.

Aunque pudiera verse *prima facie* este tema como únicamente atinente a las funciones de los tribunales arbitrales, a lo largo de este trabajo podremos apreciar cómo es algo que le corresponde también analizar a las instituciones arbitrales como administradoras de

procedimientos no judiciales.

2. Criterios para aceptar una solicitud de *joinder*.

La petición de *joinder* constituye una solicitud para la extensión subjetiva del acuerdo arbitral², la cual podrá ser aceptada cuando acorde a la buena fe se determine que la parte no signataria haya tenido una 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”³. De igual forma el acuerdo arbitral podrá extenderse a “quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”⁴ o cuando todas las partes del procedimiento, incluyendo la no signataria, estén de acuerdo en su incorporación.

Sin embargo, como podemos ver de estos requisitos generalmente aceptados, deberá producirse una valoración subjetiva en el caso concreto para determinar la actitud activa y determinante en la elaboración, conclusión, ejecución o terminación del negocio jurídico contentivo de un acuerdo arbitral por parte del no signatario.

3. El riesgo del oro amonedado en el arbitraje comercial.

Si en un procedimiento arbitral no se verifican los supuestos condicionantes para la incorporación de un sujeto no signatario del acuerdo arbitral, se pueden plantear serios problemas para el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales arbitrales.

A nivel de arbitrajes entre Estados, este ha sido un problema ya analizado, lo cual ha producido

¹ “El *joinder* arbitral: eficiencia y consentimiento del tercero en el arbitraje”, Mario Reggiardo y Julio Olórtégui H, <https://prcp.com.pe/wp-content/uploads/2019/05/El-joinder-arbitral-Eficiencia-y-consentimiento-del-tercero-en-el-arbitraje-Mario-Reggiardo-y-Julio-Olortegui.pdf>, acceso 11 de abril de 2023.

² Rodrigo Quintero Bencomo, «Aspectos sustantivos del *joinder* en el arbitraje doméstico e internacional», *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, No. 2 (2021): 397-418. <https://avarbitraje.com/anuario-nro2-2021/>

³ Cristián Conejero roos y René Irra de la Cruz, «La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado», *Lima Arbitration*, No. 5 (2012-2013): 56-91. https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2021/01/Cristian_Conejero_Roos_Rene_Irra_de_la_Cruz_.pdf

⁴ Ídem.

la configuración del principio del oro amonedado, según el cual la Corte Internacional de Justicia (CIJ) no puede resolver una disputa⁵ debido a una cuestión de limitación de la demanda -la ausencia de una parte indispensable en la disputa-. La primera vez que se usó este corolario fue en el caso *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, en el cual se estableció de forma enfática que la CIJ debe abstenerse “de resolver una disputa... que se trate de los intereses jurídicos de un tercer Estado que no haya ofrecido su consentimiento y que constituyan el objeto del mismo”⁶.

En ese sentido, consideramos que si la incorporación de un sujeto no signatario del acuerdo arbitral es indispensable al procedimiento, porque el objeto del mismo constituye el interés de este, y no logra adherirse por los criterios para aceptar una solicitud de *joinder*, los tribunales arbitrales no podrán resolver la controversia planteada, ya que el laudo arbitral se encontraría limitado en sus efectos por el principio de relatividad de la cosa juzgada, según el cual el acto jurisdiccional no produce efectos sino entre las mismas partes que participaron en el procedimiento jurisdiccional.

4. ¿Quién debe resolver una solicitud de *joinder*?

Aceptada la procedencia de la extensión subjetiva del acuerdo arbitral, ahora debemos resolver la duda sobre el operador jurídico que debe resolver dicha solicitud. Sobre el particular consideramos que la respuesta se encuentra en un análisis adecuado de la ley de la sede del arbitraje, la cual constituye el “lazo entre la instancia arbitral y un derecho nacional”⁷ y que “determina la competencia de los tribunales judiciales llamados a cum-

plir las funciones de apoyo o control sobre el arbitraje; (b) hace aplicable la legislación sobre arbitraje de ese lugar; y (c) atribuye “nacionalidad” al laudo”⁸.

En ese sentido, si la ley de la sede del arbitraje es la venezolana deberán analizarse las causales de nulidad del laudo arbitral, que según el artículo 44 de nuestra Ley de Arbitraje Comercial⁹ son:

(Omissis)

a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje; b) **Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;** c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley; d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo; e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral; f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público. (Destacado nuestro).

De dicha transcripción podemos notar que una de las causales de nulidad del laudo arbitral se refiere a irregularidades en la constitución de un

⁵ «Guyana, Venezuela y el principio Oro Monetario», International Law Agendas, acceso el 14 de julio de 2023, <http://ila-brasil.org.br/blog/guyana-venezuela-y-el-principio-oro-monetario/>

⁶ Idem.

⁷ Roque J. Caivano, «La sede del arbitraje», Revista El Derecho, 272 (2017): passim. <https://www.medyar.org.ar/opinion1705.php>

⁸ Idem.

⁹ Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial No. 36.430 de fecha 07 de abril de 1998).

tribunal arbitral, lo cual puede ocurrir cuando no todas las partes hayan intervenido en dicho proceso, es decir, no todas hayan podido proponer u objetar la designación de un árbitro.

Asimismo, para responder la pregunta de este apartado consideramos prudente analizar la Convención de Nueva York, que mayoritariamente ha sido incorporada en los ordenamientos jurídicos del mundo, ya que, aunque un laudo pueda ser anulado en la sede del arbitraje, eso no impide su ejecución en cualquier otro foro, salvo que se den los supuestos de la Convención de Nueva York¹⁰ para negar la ejecución de laudos arbitrales¹¹, en la que se establece en uno de ellos:

(Omissis)

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.

De esta forma podemos observar que, tanto en sede de nulidad como de ejecución, puede verse afectado el laudo porque no se respeta el derecho a la igualdad procesal de las partes en la constitución del tribunal arbitral. Esto ocurrió en el caso *Dutco*, caso CCI No. 5836 de 1989, en el cual

Siemens AG (Siemens), BKMI Industrienlagen GmbH (BKMI) y Dutco Construction (Dutco) celebraron un contrato de consorcio en 1981 para la construcción de una planta de cemento en Omán. Iniciada la ejecución del proyecto surgió una disputa interna dentro del consorcio, por lo que Dutco inició un arbitraje CCI contra

Siemens y BKMI. Al conformar el tribunal arbitral, Dutco designó a su árbitro y la CCI determinó que Siemens y BKMI nombren un árbitro de forma conjunta, lo cual hicieron bajo protesta. Emitido el laudo, Siemens y BKMI presentaron una solicitud de anulación del laudo con el argumento de que su derecho al trato igualitario en la designación de los árbitros había sido vulnerado. Alegaron que a diferencia de Dutco, ellas no pudieron designar a un árbitro de forma independiente y fueron obligadas a designar un árbitro de forma conjunta pese a tener intereses contrapuestos¹².

Lo que llevó a que la Corte de Casación Francesa anulara el laudo dictado en el caso, al no darse un trato igualitario a las partes involucradas en la designación y constitución del tribunal arbitral. Este tipo de casos ha llevado a destacados árbitros como Pedro Rengel Nuñez, a sostener que:

Lo que parece estar claro es que la incorporación al arbitraje de partes adicionales, sean signatarias o no del acuerdo arbitral, no es posible después de haberse designado los árbitros, pues es esencial al arbitraje que todas las partes estén involucradas en la conformación del tribunal arbitral. En efecto, en el arbitraje no hay una corte o tribunal prestablecido al cual se somete la disputa, sino que una de sus características principales es la selección de los árbitros por las partes. El derecho de las partes a elegir sus propios jueces es de la esencia de la justicia arbitral¹³.

Postura que es acogida por la mayoría de los reglamentos de los centros de arbitrajes internacionales que contemplan la adhesión de una parte no firmante a un procedimiento arbitral, tal es el caso del Centro Internacional de

¹⁰ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

¹¹ «La ejecución de los laudos en el extranjero, anulados en la sede», Ramón Escovar León, acceso el 19 de julio de 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=uOQ0-VJPkOc>

¹² «El joinder arbitral: eficiencia y consentimiento del tercero en el arbitraje», Mario Reggiardo y Julio Olortegui H, <https://prcp.com.pe/wp-content/uploads/2019/05/El-joinder-arbitral-Eficiencia-y-consentimiento-del-tercero-en-el-arbitraje-Mario-Reggiardo-y-Julio-Olortegui.pdf>, acceso 11 de abril de 2023.

¹³ Pedro Rengel Nuñez, «Procedimiento arbitral y traba de la litis», Preámbulo, No. 1 (2023): 123-140, <https://www.cierc.com/preambulo>

Arbitraje de Madrid (CIAM)¹⁴, el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC)¹⁵, el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC)¹⁶ y la histórica Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)¹⁷.

De la mayoría de estas normativas se desprende como principio general que las solicitudes de *joinder* deben ser presentadas a las instituciones arbitrales para que estas determinen *prima facie* si se cumplen los supuestos para adherir al procedimiento a una parte no signataria. Solo por vía de excepción se contempla la posibilidad de incorporar a una parte no firmante con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral, supuesto en el cual esta parte deberá necesariamente manifestar su conformidad con el tribunal arbitral nombrado para ser incorporado y así evitar los problemas en sede de nulidad y en sede de reconocimiento y ejecución.

En consecuencia, así como a los centros de arbitraje les corresponde aceptar demandas arbitrales, en principio, son los llamados a aceptar o no la incorporación de una parte no signataria, lo cual no tendrá efectos jurisdiccionales -así como no lo tiene la aceptación de la solicitud de arbitraje- sino efectos administrativos, esto de conformidad a la función de administración de las instituciones arbitrales que permite la vigilancia de las garantías procesales en estos procedimientos, actividad que ha sido respaldada por la destacada árbitro Diana Droulers, quien ha sostenido sobre las instituciones arbitrales que

Su función principal es la de velar por que los procedimientos de arbitraje se desenvuelvan libre de contratiempos, asegurando a cada una de las partes la plena garantía de sus derechos de defensa y controlando, aunque de manera

indirecta, los laudos arbitrales para procurarles plena eficacia¹⁸.

Sostenemos que la decisión del centro de arbitraje no tiene consecuencias jurisdiccionales, porque la decisión sobre la existencia de jurisdicción arbitral con respecto a la parte adherida al arbitraje le corresponde al tribunal arbitral en ejercicio del principio *kompetenz-Kompetenz*.

Por tanto, los centros de arbitraje deben adaptar sus reglamentos para facilitar el trámite de solicitudes de *joinder*, así como capacitar a su personal para realizar el análisis preliminar de si la parte adicional se encuentra sujeta al acuerdo arbitral, todo esto para garantizar una tutela jurisdiccional efectiva que dote al arbitraje de eficiencia.

5. Conclusiones.

1. La incorporación de partes no signatarias a procedimientos arbitrales viene a dotar de eficacia al arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos.
2. Para que pueda proceder una solicitud de *joinder*, debe analizarse desde el principio de la buena fe si la parte no signataria se encuentra vinculada u obligada por el acuerdo arbitral.
3. El análisis sobre la existencia o no de vinculación de la parte no signataria puede ser trascendental para los arbitrajes, porque si se determina que el interés de esta es el objeto del arbitraje, pero no puede ser considerada parte, la jurisdicción arbitral se volverá ineficaz para el caso concreto.
4. Para determinar quién debe conocer sobre las solicitudes de *joinder* debe ana-

¹⁴ Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid CIAM. Disponible en <https://madridarb.com/>

¹⁵ Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong. Disponible en <https://www.hkiac.org/>

¹⁶ Reglamento Centro Internacional de Arbitraje de Singapur. Disponible en <https://siac.org.sg/>

¹⁷ Reglamento de Arbitraje Cámara de Comercio Internacional. Disponible en <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>

¹⁸ Diana Droulers, «El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas». En Arbitraje en la práctica I (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, S/D), 7-14.

lizarse la ley de la sede, así como la de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

5. Se reconoce en la mayoría de las legislaciones como causal de nulidad y de negación de ejecución y reconocimiento de los laudos arbitrales, que no todas las partes hayan podido participar en plano de igualdad en la constitución del tribunal arbitral.

6. En principio corresponde a los centros de arbitraje resolver las solicitudes de incorporación de una parte no signataria a

los procedimientos arbitrales, solo por vía de excepción deberán hacerlo los tribunales arbitrales y siempre que la parte adherida acepte el nombramiento del tribunal arbitral.

7. La aceptación por parte de las instituciones arbitrales solo tiene efectos en la administración del caso, ya que en virtud del principio *Kompetenz-Kompetenz* les corresponde a los tribunales arbitrales pronunciarse sobre la extensión de su jurisdicción a una parte no firmante del acuerdo arbitral. ^M

