



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias dentro del marco
jurídico ecuatoriano.**

AUTOR:

Solórzano Samaniego Edwin Francisco

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de ABOGADO DE
LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

TUTOR:

Rodríguez Freire Boanerges Renier

Guayaquil, Ecuador

15 de septiembre del 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **SOLORZANO SAMANIEGO EDWIN FRANCISCO**, como requerimiento para la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

TUTOR (A)

f. _____
Rodríguez Freire Boanerges Renier

DIRECTOR DE LA CARRERA

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo SOLÓRZANO SAMANIEGO EDWIN FRANCISCO

DECLARO QUE:

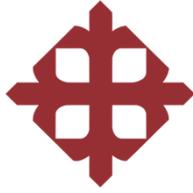
El Trabajo de Titulación, **LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS DENTRO DEL MARCO JURÍDICO ECUATORIANO** previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022

EL AUTOR (A)

f. _____
Solórzano Samaniego Edwin Francisco



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, SOLÓRZANO SAMANIEGO EDWIN FRANCISCO

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación **LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS DENTRO DEL MARCO JURÍDICO ECUATORIANO**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 15 días del mes de septiembre del año 2022

EL AUTOR (A)

f. _____
Solórzano Samaniego Edwin Francisco



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

REPORTE URKUND

The screenshot displays the URKUND interface. On the left, a sidebar shows document metadata: 'Documento' (TESIS EDWIN SOLORZANO.pdf), 'Presentado' (2022-08-30 13:50), 'Presentado por' (edwin.solorzano01@cu.ucsg.edu.ec), 'Recibido' (maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com), and 'Mensaje' (TRABAJO FINAL URKUND EDWIN SOLORZANO). The main area shows a 'Lista de fuentes' (List of sources) with a table of results. The table has columns for 'Categoria' and 'Enlace/nombre de archivo'. The sources listed include links to ResearchGate, IPA, and Universidad del Azuay.

Categoria	Enlace/nombre de archivo
	https://www.researchgate.net/publication/321897960 Partes no signatarias del convenio arbitral e.
	https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-I.pdf
	https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-II.pdf
	Universidad del Azuay / D46567477
	Universidad del Azuay / D16169556
	https://www.ipa.pe/pdf/Anuario-Latinoamericano-2.pdf
	https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7910317

Edwin Solórzano Samaniego

Dr. Boanerges Rodríguez Freire

Fecha: 2 de septiembre

AGRADECIMIENTO

Terminada mi tesis de grado no queda más que agradecer a Dios Todopoderoso por la finalización de un ciclo y una nueva puerta que se abre dentro de mi vida, enfrentar el mundo desde la vida de un abogado que pretende no parar de estudiar y ejercer su profesión de manera correcta, con valores, principios y metas que se fueron formando de a poco pero que se encuentran muy claros.

Agradezco a mis padres por ser ese soporte desde lo emocional hasta lo académico, por brindarme la posibilidad de poder estar en constante estudio y por celebrar mis logros como suyos. También, agradezco a mis hermanos, a mi enamorada y a mi familia en general por apoyarme desde fuera pero siempre deseando lo mejor para mí, este logro es para todos ustedes.

Agradezco a mis profesores de la universidad y a mis compañeros, pues hicieron de esta etapa universitaria un momento perfecto para aprender, conocer y estar dentro de continuas conversaciones de derecho que me han ayudado a mejorar y crecer.

Por último, agradezco al Abogado Miguel Samaniego, a la Familia Izurieta, a los abogados Miguel Mendoza y Alfredo Sierra, a todos los que conforman el estudio jurídico Guzmán Santoro, por ser la mayor fuente de aprendizaje que he tenido a lo largo de mis cinco años de carrera, al abrirme la puerta de sus conocimientos y prácticas que me ha permitido aplicar todo lo aprendido en las aulas de clase dentro de la realidad jurídica del país.

Ab. Edwin Solórzano Samaniego

DEDICATORIA

A mi padre Dios, porque solo tu conoces cuando anhelo concretar mis metas y todo lo que quiero conseguir para cambiar el mundo. Gracias por esta oportunidad.

Ab. Edwin Solórzano Samaniego



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____
OPONENTE

f. _____
**DR. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS
DECANO**

f. _____
**Ab. MARITZA REYNOSO GAUTE, Mgs.
COORDINADOR DEL ÁREA**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas

Carrera: Derecho

Período: UTE A-2022

Fecha: 2 de septiembre de 2022

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado ***LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS DENTRO DEL MARCO JURÍDICO ECUATORIANO*** elaborado por el estudiante ***EDWIN FRANCISCO SOLÓRZANO SAMANIEGO***, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **9 (NUEVE)**, lo cual lo califica como APTO PARA LA SUSTENTACIÓN.

Dr. Boanerges Rodríguez Freire

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
1. EL CONVENIO ARBITRAL. -	4
1.1. LA FORMA ESCRITA DEL CONVENIO. -	6
1.2. LA FIRMA COMO REQUISITO DEL CONVENIO. -	7
1.3. ¿SOLEMNIDAD O PRUEBA? -	8
1.4. LAS PARTES DEL CONVENIO ARBITRAL. -	9
2. PRINCIPIO DE RELATIVIDAD Y VOLUNTARIEDAD. -	11
3. PRINCIPIO DE BUENA FE. -	12
4. LAS DIFERENTES TEORÍAS APLICADAS A LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO A PARTES NO SIGNATARIAS. -	13
4.1 GENERALIDADES. -	14
4.2. GRUPO DE SOCIEDADES. -	15
4.3. INCORPORACIÓN POR REFERENCIA. -	16
4.4 ASENTIMIENTO TÁCITO. -	17
4.5. RELACIÓN DE AGENCIA. -	18
4.6. LA TEORÍA DEL ALTER EGO. -	18
4.7. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS O ESTOPPEL. -	20
4.9. ESTIPULACIÓN A FAVOR DE UN TERCERO. -	21
CAPÍTULO 2: LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL MARCO JURÍDICO ECUATORIANO. -	21
5. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS CINCO Y SEIS DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. -	22
5.1. EN EL ECUADOR, ¿ES LA FIRMA SOLEMNIDAD O MEDIO PROBATORIO?.-	23
5.2. CASO SIPETROL VS. ENAP SIPETROL. -	24
5.3. COMPATIBILIDAD CON EL CONVENIO DE NEW YORK. -	25
6. ESTUDIO DEL ARTÍCULO SEIS DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. -	26
6.1. LA FINALIDAD DE UN REGLAMENTO Y SU INCOMPATIBILIDAD CON EL CASO EN CONCRETO. -	28
6.2. DERECHO COMPARADO Y EFECTOS DEL ALCANCE ARBITRAL EN EL ECUADOR. -	30
CONCLUSIÓN	32
RECOMENDACIONES	33

RESUMEN

El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos reconocido por la Constitución que cada vez es más utilizado dentro del país e internacionalmente debido a muchos factores. Ahora bien, un tema de debate entre los expertos de la materia es la extensión del convenio arbitral a partes que no han sido signatarias de dicho acuerdo, teniendo como consecuencia dos posturas: una restrictiva en la cual el convenio arbitral no se puede extender a nadie que no haya firmado el contrato y, una postura amplia que permite, luego de un análisis por parte de los árbitros del caso concreto, extender dicho convenio a toda persona que, a pesar de no haber firmado el mismo, ostenta la calidad de parte del negocio jurídico materia del conflicto. En el Ecuador, no ha existido una postura clara sobre la posibilidad de aplicación de diversas teorías para la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias; sin embargo, el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación expedido en el año 2021 constituye un primer paso formal para cambiar esto.

Palabras claves: arbitraje, reglamento, convenio arbitral, partes no signatarias, buena fe, iter contractual

ABSTRACT

Arbitration is an alternative dispute resolution method recognized by our Constitution which is increasingly used inside the country and around the world. However, the subject of debate between the experts in this branch of law is the extension of the arbitration clause to non-signatories. As a consequence, two positions had been created: a restrictive position, in which the arbitration clause can't be extended to non-signatory parties; and a flexible position that allows the arbitrators, after analyzing the conflict, to extend the arbitration clause to parties who consent the agreement without a sign on the contract because they play a verify role in the dispute. In Ecuador, there does not exist a clear position about the possibility of applying different theories with the finality to extend the arbitration clause to non-signatories. Nevertheless, the new legal regulation of the Ecuadorian arbitration and mediation act published in 2021 constitutes a first formal step for changing the paradigm of arbitration inside the country.

Key Words: arbitration, bylaw, non-signatories, good faith, arbitration clause, contract.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una institución jurídica que ha tenido un importante crecimiento y desarrollo como mecanismo alternativo para la resolución de controversias. En el ámbito de las relaciones de comercio, las partes en conflicto optan cada vez más en sustraer sus controversias de la justicia ordinaria y resolverlas a través de la justicia privada, con las ventajas que de ello se derivan.

Uno de los temas de debate más importantes dentro del mundo del arbitraje es la posibilidad de extender el convenio arbitral a terceros que no han firmado dicho convenio lo cual, antes del inicio del siglo XXI, parecía imposible. Con los avances en el desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia de la materia, el concepto de convenio arbitral ha cambiado, con la finalidad de favorecer el arbitraje y con esto, la competencia de los árbitros, dos aspectos determinantes dentro del presente tema.

Ahora bien, la extensión del convenio arbitral es un tema que ha sido desarrollado por los mismos árbitros dentro de sus decisiones, ya que no existe mención significativa alguna por parte de las convenciones internacionales acerca de la posibilidad de extender el convenio arbitral a partes no signatarias, en consecuencia, los países han seguido los precedentes arbitrales para regular esta temática, de manera expresa, y marcar una postura en sus legislaciones internas.

Lo que sí está claro para la doctrina es que existen ciertas teorías que se deben aplicar para que un árbitro logre determinar si la extensión del convenio arbitral es posible o no, entre estas tenemos: el grupo de sociedades, incorporación por referencia, asentimiento tácito, relación de agencia, teoría del alter ego, estoppel, cesión de derechos y obligaciones y, posición contractual, finalmente la estipulación a favor de un tercero; teorías que será necesario revisar en el presente trabajo. Estas teorías conforman un listado que, para ciertos países puede ser excluyente, pero, para otros, un listado inicial que puede incrementarse conforme se desarrolla la doctrina.

Existe por parte de la doctrina un consenso en el sentido de que el convenio arbitral puede ser extendido a cualquier persona, natural o jurídica, que ha tenido una participación activa en el negocio jurídico principal, todo esto según los preceptos de la buena fe contractual.

Por último, en el Ecuador no se había adoptado una posición clara sobre la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias hasta el año 2021 en el que se promulgó el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. En el artículo seis del referido reglamento se reguló la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, lo cual constituyó un importante avance en el desarrollo del arbitraje en el Ecuador.

I. CAPÍTULO I: EL CONSENTIMIENTO COMO FUENTE DEL ARBITRAJE

La fuente del arbitraje es el consentimiento que se expresa en el convenio arbitral. La autonomía de la voluntad es la que permite a las partes someter de mutuo acuerdo todas las disputas contractuales y no contractuales a la decisión de uno o más árbitros. Este concepto básico existe desde el nacimiento de la institución arbitral y persiste hasta la actualidad.

Ahora bien, el principio de autonomía de la voluntad rige para todos los contratos y el convenio arbitral, evidentemente, no es una excepción. Las partes son libres de contratar y pueden obligarse en los términos que se definan en la declaración de voluntad.

Dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación, el concepto de convenio arbitral será la clave para reconocer este principio y el origen contractual del arbitraje en general. La importancia de la voluntad y del convenio arbitral es tan marcada que incluso dichos elementos se incorporan dentro de la definición del arbitraje; por ejemplo, en un informe la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2005): “El arbitraje es una justicia privada que nace de la voluntad de las partes. Al acordar un convenio arbitral, las partes eligen resolver sus disputas fuera de los tribunales. Esas disputas se someterán a los árbitros” (p. 5).

1. EL CONVENIO ARBITRAL. -

El convenio arbitral es un elemento fundamental dentro del arbitraje, siendo el punto de partida y la fuente principal del derecho arbitral; este concepto ha sido analizado por varios tratadistas, árbitros, jueces e incluso incorporado en varias legislaciones. A la par con el reconocimiento del arbitraje dentro de una legislación, la definición del también llamado pacto arbitral es importante para determinar el alcance que tendrá dicho acuerdo.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el 17 de diciembre de 1966, decidió mediante resolución crear la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, por sus siglas en español CNUDMI. Esta comisión funciona como un órgano que busca la modernización y regulación del derecho mercantil internacional, siendo un comité que ha promovido el arbitraje desde su creación. Con este antecedente, el CNUDMI elaboró una Ley Modelo sobre el arbitraje con la finalidad de que sea acogida por todos los países adheridos a la Organización de las Naciones Unidas para que la utilicen como base para la creación o

reforma de sus leyes de arbitraje. La Ley Modelo fue adoptada en el año 1985 y definió el convenio arbitral de la siguiente manera:

Art. 7.- 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 (p. 4)

El Ecuador adoptó una definición muy similar en la Ley de Arbitraje y Mediación (2006):

Art. 5.- 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. (p. 3)

Las diferencias entre ambas definiciones son pocas. Lo que más llama la atención es que en la definición de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación se menciona que el acuerdo debe ser por escrito, lo cual no ocurre en la Ley Modelo.

En todo caso, es necesario señalar que el acuerdo arbitral constituye la base del arbitraje. Cecilia Fresnedo de Aguirre (2015) lo considera como “la piedra angular” (p. 9), mientras que Bernardo Cremades (1988) lo considera como “la carta magna” (p. 11).

El convenio arbitral, desde la visión de la doctrina, se configura o materializa de dos maneras: como una cláusula compromisoria (arbitration clause) o como un acuerdo de sometimiento (dispute settlement). La cláusula compromisoria, por regla general, se incorpora en el negocio jurídico principal, como parte del mismo; mientras que el acuerdo de sometimiento se suscribe una vez que se ha presentado la controversia y las partes acuerdan resolver por la vía del arbitraje en lugar de la justicia ordinaria.

Sin importar la modalidad, las características que más han llamado la atención y que han tenido más cambios son: (i) que debe ser escrito; y, (ii) la obligatoriedad o no de la firma de las partes

que aceptan el acuerdo. En la enmienda a la Ley Modelo en el año 2006, se reformó el texto original en el que la firma era un requisito del convenio arbitral.

1.1. LA FORMA ESCRITA DEL CONVENIO. -

Cuando la ley doméstica, tratados internacionales y doctrinarios en general mencionan que el convenio debe ser escrito, lo dicen desde su significado como tal. La Real Academia Española define “escrito” como una manifestación de la escritura. También agrega que se da por cualquier documento o papel escrito e incluso mecanografiado o impreso. Este es el primer sentido que se trata de dar al convenio arbitral, que sea escrito como lo conocemos.

Ahora bien, los avances tecnológicos y el desarrollo del principio pro arbitraje han influido en el concepto añoso que se tenía del convenio arbitral, pues, la forma escrita fue flexibilizada y se mostró que no solo se refería al significado literal de la palabra, sino que podía ser cualquier forma que permita demostrar la existencia del mismo. Roque J. Caivano (2011) ha analizado este cambio, recordando como hace varios años era necesario acercarse ante un notario, siendo el único autorizado de dar fe de la cláusula compromisoria, incluyendo la presencia de testigos y la obligación de que sea por escritura pública.

Sin lugar a dudas el convenio arbitral ha tenido una evolución, lo cual se muestra con la forma alternativa de considerar el convenio como escrito, que es lo que visualizamos en nuestra Ley de Arbitraje y Mediación (2018) que en el artículo seis es claro:

Art. 6.- Se entenderá que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. (p. 4)

Como podemos observar, existe una segunda forma de apreciar el convenio por escrito, esto es, por el intercambio de cartas o cualquier otro medio de comunicación que sea capaz de dejar constancia documental. En la Ley Modelo de CNUDMI, actualizada en el 2006, se desarrolla aún más lo referente a la tecnología y se menciona que el convenio arbitral se puede dar también por comunicación electrónica que deje constancia suficiente del consentimiento para someter las controversias por arbitraje. Esto se refleja también en la Convención de New York (1958)

al hacer referencia que el compromiso puede quedar evidenciado mediante telegramas o intercambio de cartas.

El convenio arbitral electrónico, entonces, viene a ser una innovación en materia arbitral, sin perder su forma de escrito. Este puede ser entendido como la voluntad inequívoca de las partes incorporada en dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos, de someter sus controversias a arbitraje (Rodríguez, F. 2006). La clave de seguir considerándolo por escrito es lo que justamente menciona nuestra ley, lo que se cumpliría con el mensaje de datos que permite contar con una constancia documental que, para efectos del Derecho, se entenderá como escrito.

Cabe entonces preguntarse si ¿el requerimiento de que el convenio arbitral sea por escrito incluye también la exigencia de que sea firmado por las partes?

1.2. LA FIRMA COMO REQUISITO DEL CONVENIO. -

La firma en el convenio arbitral es una forma simple y normal de demostrar el consentimiento de una parte dentro del acuerdo arbitral. Antes, la firma era requisito fundamental del convenio arbitral, así se puede visualizar dentro de antiguas leyes sobre arbitraje en los diferentes países, de igual manera, en los tratados internacionales y, también, en las decisiones de los árbitros alrededor del mundo. Ahora bien, la firma ha quedado como un requisito superado y no es necesaria para que el convenio arbitral exista.

Como se mencionó anteriormente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) expidió la Ley Modelo en el año 1985, la cual fue enmendada después en el año 2006. La primera Ley Modelo (1985) explicaba que una de las formas en la que el acuerdo era considerado escrito se daba “cuando esté consignado en documento firmado por las partes” (p. 6). En consecuencia, un convenio arbitral escrito era un documento físico que tenía que estar firmado por las partes.

En el 2006, la CNUDMI decidió enmendar esa Ley Modelo. Uno de los cambios más significativos fue, justamente, eliminar el requisito solemne de la firma dentro de un documento escrito. Es así, que el artículo siete de la segunda Ley Modelo (2006) mencionaba que un acuerdo era considerado por 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” (p. 6).

Esta precisión es importante para conocer lo que ha sucedido dentro del marco jurídico ecuatoriano dentro de la materia arbitral. Nuestra ley actual fue dictada en el año 2006 al igual que la Ley Modelo, pero en el Ecuador seguimos teniendo vestigios de la Ley Modelo de 1985 que era la compilación de los conceptos arbitrales dominantes dentro del mundo del derecho, esto incluye a la firma como requisito. Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación en el artículo cinco que explica el convenio arbitral no hace mención a la firma como requisito, pero luego en el artículo seis si lo hace y es muy parecido a la redacción de la Ley Modelo de 1985 pues este dice: “Se entenderá que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes sino también...” (p. 4)

Por este tipo de consideraciones podemos ver que la Ley sigue teniendo rasgos del pensamiento de la doctrina antes del comienzo del siglo XXI; siendo una reminiscencia de aquella época en la que se exigía la firma como requisito de validez del convenio arbitral. Pero esto ya no es así en el país y el mundo; no solo porque dentro de las decisiones de los árbitros ecuatorianos y del mundo esto ya ha quedado demostrado; sino porque la misma ley establece que existen diferentes maneras de reconocer la voluntad en un convenio arbitral siendo una de ellas, y la más común, la firma dentro de un documento escrito.

Este mismo ejemplo se ve en la Convención de New York de 1958 que, a pesar de nombrar a la firma como parte del convenio, usa palabras que permiten la inclusión de otras formas de encontrar la voluntad; más aún con el avance de la tecnología y las reformas pro arbitraje en los últimos años. Una reforma al artículo seis de la Ley de Arbitraje y Mediación dejaría más claro el panorama acerca de la firma como requisito, tal como lo han hecho otros países del mundo como Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, o países sudamericanos como Perú y Chile.

1.3. ¿SOLEMNIDAD O PRUEBA? -

La forma del convenio arbitral y sus componentes han sido analizados dentro de la doctrina arbitral, verificando si, la forma escrita y la firma es un requisito *ad solemnitatem* o, más bien, *ad probationem*. Como se ha venido mencionando a lo largo de la investigación, la forma

escrita era muy estricta antes del inicio del siglo XXI, contemplando que no existía una forma diferente de habilitar la vía arbitral, lo mismo sucedió con la firma de las partes.

Analizando las nuevas tendencias que se muestran en las leyes de los diferentes países y la doctrina arbitral, e incluso dentro de los laudos, podemos concluir que existe cierta aceptación a una nueva tendencia en la que la forma escrita es *ad probationem*; así lo comparten Salaverry y Caivano (2008). A esto se suma que en la mayoría de las legislaciones que han seguido la Ley Modelo, se permite que el convenio arbitral esté incorporado en cualquier forma, incluso, verbalmente, incluyendo poder probar su existencia mediante la ejecución de cualquier acto.

Para Jorge Santistevan de Noriega (2009) el cambio de una solemnidad a una prueba se debe principalmente a dos factores: 1) Mostrar la realidad contractual sobre las formalidades para evitar un aprovechamiento de efectos jurídicos que no son deseados y, 2) Considerarlo *ad probationem* favorece más a la naturaleza del arbitraje, su eficacia y sus consecuencias. Esto muestra que es más importante analizar el consentimiento que la forma del convenio arbitral.

En cuanto a la firma no hay mucho que mencionar, si dejamos sentado que lo escrito ya no es necesario para poder comenzar un proceso arbitral pues es suficiente probar el consentimiento, menos aún será la firma ya que de cierta manera están correlacionados o se presentan en los mismos escenarios y, al igual que lo escrito, la firma favorece al elemento probatorio del convenio pues la firma es la manera más eficaz de probar el consentimiento de las partes.

Ahora bien, dentro de la doctrina ecuatoriana se ha evidenciado una aceptación a tomar la forma escrita y la firma como requisito *ad probationem*. Además, el texto legal también infiere que no nos encontramos con una solemnidad porque no existe alguna sanción de nulidad del convenio o el laudo, como si lo hace por ejemplo la Ley de Arbitraje del Perú; y tampoco tiene un concepto muy restrictivo del convenio arbitral, peor ahora con el Reglamento de la ley de Arbitraje que hace referencia al alcance del convenio arbitral.

1.4. LAS PARTES DEL CONVENIO ARBITRAL. -

El tema de la extensión del convenio arbitral necesita una precisión importante, esta es, que la posibilidad de alcanzar el convenio arbitral no puede ser a cualquier persona sino sólo a una parte contractual, con esto se hace referencia a que el convenio nunca se podrá extender a un tercero que no tiene relación con el negocio jurídico, lo necesario será poder probar la calidad

de parte contractual de una persona, sea natural o jurídica, que no esté reconocida como tal dentro del convenio arbitral.

Para Hugo García Larriva (2013) el negocio jurídico se despliega en ciertos ámbitos en los que se incluye el personal. Este propone determinar a quién se le pueden oponer los efectos, en este caso, del convenio arbitral, siendo posible solo causarle efectos única y exclusivamente a quienes han consentido libre y voluntariamente en él; esto excluye totalmente a terceros que no tienen relación con el negocio jurídico.

Es importante entonces referirnos a quienes pueden ser parte de un acto jurídico. Fernando Vidal Ramirez (2007) menciona: “las partes de un negocio jurídico, en principio, son los mismos sujetos que lo celebraron” (p. 243) lo que confirma el principio de relatividad de los contratos, que trataremos más adelante. Ahora bien, el mismo autor considera que existen situaciones en las que ciertos intervinientes prestan su consentimiento a través de otros que son realmente los signatarios, pero no dejan de ser partes del negocio jurídico. Ahora bien, recogiendo lo que en otras legislaciones, laudos y doctrina se ha dicho y existe un acuerdo, es que una parte del convenio arbitral será considerada como tal cuando tenga interés dentro del negocio jurídico, esto es, para Romero y Velarde (2017), cuando tenga participación activa en el *iter* contractual.

Ser parte del *iter* contractual significa tener una participación activa dentro de la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del negocio jurídico objeto de la controversia, esto como se ha indicado dentro de laudos arbitrales internacionales es una muestra de un consentimiento implícito que permite extender el convenio arbitral a partes que no han sido signatarias del mismo.

Para Hugo García (2013) existen dos partes que se pueden presentar dentro de un convenio arbitral, esto tomando en cuenta lo que Sergio Parraguez incluye para los contratos en general; la parte formal y la parte sustancial. La parte formal se refiere a las partes signatarias del convenio arbitral que expresan su voluntad de manera expresa; por otro lado, tenemos a la parte sustancial que hace referencia a toda persona que tiene interés en el negocio jurídico como tal, abriendo la posibilidad de extender el convenio arbitral.

2. PRINCIPIO DE RELATIVIDAD Y VOLUNTARIEDAD. -

Con los antecedentes mencionados, podemos concluir que existen dos principios presentes en el convenio arbitral. En primer lugar, el principio de relatividad que se aplica a los contratos, en general. Su definición es simple. Los efectos del negocio jurídico sólo serán extendidos a las partes del mismo. Esto es importante mencionar pues, ya dejamos esclarecidos que cuando tratamos de extender un convenio arbitral, no lo hacemos a terceros ajenos al negocio jurídico, sino a partes del mismo que no han sido signatarias del convenio arbitral. Siempre que se logre probar tal calidad, el convenio puede, perfectamente, ser extendido a aquellos. Esta precisión es importante a efectos de concluir que, de esta forma, no se transgrede el principio de relatividad.

Hugo García Larriva (2013) realiza una precisión importante respecto a este principio:

Es en este contexto que, al ser el convenio arbitral un negocio jurídico, esté delimitado por el principio de relatividad de los efectos jurídicos del mismo, lo cual significa, por un lado (i) que solo las partes intervinientes en el mismo se vean afectadas por sus efectos, y por otro (ii) que ese negocio jurídico es oponible *erga omnes*, en el sentido de que todo aquel que es absolutamente tercero a la relación jurídica debe respetarla (p. 21).

Teniendo claro la armonía que tiene la extensión del convenio con el principio de relatividad es necesario analizar lo correspondiente al de voluntariedad o autonomía de la voluntad que ya ha sido mencionado. Como ya fue establecido, el arbitraje es voluntario, y sólo si las partes dan su consentimiento pueden someterse a los árbitros. Canturias y Caivano (2008) han precisado acerca de esto:

Esta regla, que no significa romper con el principio básico conforme el cual el arbitraje es estrictamente voluntario, implica que, dadas ciertas circunstancias de hecho particulares, es posible considerar que alguien ha expresado su conformidad a someterse a arbitraje, aun en ausencia de una expresa y formal aceptación (p. 2008)

Esto deja abierta la posibilidad de que el consentimiento no sea necesariamente explícito, sino también implícito, que es lo que ha creado la base para las teorías de la extensión del convenio arbitral guiados por el principio de buena fe.

3. PRINCIPIO DE BUENA FE. -

Dentro del comercio internacional y los contratos en general se encuentra incorporado el principio de buena fe, esto también es aplicable dentro del arbitraje, especialmente internacional por su relación intrínseca al comercio.

Bernardo Cremades (2012) define a la buena fe dentro del arbitraje de la siguiente manera: “rectitud, honradez; criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos del derecho en las relaciones bilaterales; comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte” (p. 768). Este concepto es compartido por la doctrina en general. La inclusión de este principio tiene estricta relación con la *lex mercatoria* que tiene a la buena fe como una de sus máximas.

El Instituto Internacional para la Unificación del derecho privado, con sus siglas en inglés, UNIDROIT, establece una serie de principios que son acogidos por la comunidad internacional en materia de contratación mercantil. En el primer apartado del artículo 1.7. se dice lo siguiente: “las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional”, luego, en el apartado segundo se dice: “las partes no deben excluir o limitar ese deber”. La aplicación de la buena fe es muy importante dentro del arbitraje, pues ha derivado en otros principios como el de inevitabilidad del arbitraje, pro-arbitraje, separabilidad, entre otros; creando un sistema primeramente coherente y segundo favorable al arbitraje.

Para María Medina Alcoz (2006) la conducta de los sujetos es lo que forma un estándar de coherencia exigible que permite analizar la conducta precedente y la sucesiva, esto con miras a la realidad contractual que tiene un resultado lógico y genera una confianza razonable en el objeto del contrato. Esto quiere decir que si obviamos la coherencia y la lógica dentro de una esfera de negociación y comercio violentamos al mismo tiempo la buena fe ya que siempre se debe interpretar el contrato sobre la real y verdadera intención de las partes.

Roque Caivano (2012) siguiendo los precedentes argentinos en materia de arbitraje, ha mencionado al respecto:

De allí que, cuando la conducta de las partes permita inferir una declaración tácita de voluntad, subordinar sus efectos a la forma escrita o a la existencia de una manifestación expresa del consentimiento, implicaría admitir la violación al principio de la buena fe que rige el derecho de las obligaciones y una tolerancia indebida a la mala fe y a la deslealtad en los negocios jurídicos (p. 23)

Sin lugar a dudas el principio de buena fe es el pilar de la apertura de la extensión del convenio arbitral, ya que permite analizar la realidad del negocio jurídico y no limitarse a contenidos o firmas que podrían afectar el comercio.

4. LAS DIFERENTES TEORÍAS APLICADAS A LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO A PARTES NO SIGNATARIAS. -

El arbitraje se basa en el consentimiento de las partes. Como consecuencia, los efectos del arbitraje principalmente se extienden sólo a las partes del acuerdo, es así que presuntamente y por regla general las partes de un acuerdo de arbitraje serán los que han firmado dicho acuerdo. Sin embargo, existen varias teorías por las cuales terceros no signatarios de un convenio arbitral pueden ser considerados parte de convenio y, en consecuencia, vinculados o beneficiados por él. (Gary Born, 2012)

Con los avances acerca del concepto del convenio arbitral, la apertura a un consentimiento implícito y la aplicación del principio de buena fe se han generado diferentes teorías por parte de diferentes cortes arbitrales, incluso judiciales, alrededor del mundo, en las cuales la extensión del convenio arbitral es posible.

La mayoría de estas teorías han sido desarrolladas en Europa y Estados Unidos, incluso esta posibilidad ya ha sido tratada en arbitrajes internacionales por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Además, dentro del Ecuador ya existen dictámenes por parte de árbitros que han extendido el convenio arbitral a partes no signatarias con arreglo a estas teorías, por lo que es necesario revisar sus generalidades y luego a cada una de ellas.

4.1 GENERALIDADES. -

Las teorías que se estudiarán tienen su fundamento en el consentimiento implícito, el desconocimiento de la personalidad jurídica y la contratación coligada. El principio del consentimiento implícito establece que no existe una única forma de poder dar el consentimiento para someterse a tal acto jurídico, en este caso la expresa; sino que también se presta el consentimiento cuando existan actos inequívocos que logren demostrar que una persona, dentro de un negocio, conocía que podía dirimir cualquier controversia en arbitraje. Silva Romero (2010) ha mencionado al respecto: “El principio del consentimiento implícito es el que permite derivar de la participación de una parte en la negociación, celebración, ejecución o resolución del contrato su aquiescencia a someterse al convenio arbitral” (p. 9)

Por otro lado, tenemos el desconocimiento de la personalidad jurídica que existe para evitar abusos de la persona jurídica. La teoría del levantamiento del velo societario en el arbitraje es un tema que puede ser aplicado pero que resulta muy complejo. William Park (2009) ha hecho algunas precisiones acerca de este tema:

Independientemente de la intención de las partes, la persona jurídica formal que firmó la cláusula arbitral desaparece, y es uno o más de sus accionistas quienes responden por las obligaciones asumidas. Al cesar su existencia legal independiente (para fines de arbitraje), la empresa firmante le traslada a su propietario o afiliadas sus derechos y obligaciones relacionados con el arbitraje (p. 5)

Lo que el autor referido demuestra es que ciertas teorías que desarrollaremos más adelante, tienen la finalidad de evitar abusos por parte de personas naturales escondidas bajo sociedades para, posteriormente, también desconocer ser parte del convenio arbitral.

Por último, los contratos coligados, también llamados conexos o vinculados, se han hecho cada vez más populares dentro del derecho mercantil nacional e internacional, fruto de los cambios económicos y financieros. Para Luisa Brito Nieto (2019) los contratos coligados “se presentan cuando se celebran dos o más contratos diferentes, pero que tienen una estrecha dependencia funcional entre sí y que, en razón de su naturaleza y finalidad, dicha vinculación es o puede ser jurídicamente relevante” (p. 136). Esta clase de contratos presentan un mismo interés concreto

perseguido, lo que podría permitir la extensión del convenio arbitral si se logra probar ese interés.

Teniendo estas tres bases dentro de las generalidades de las teorías de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, debemos revisar las teorías que han sido aplicadas durante las últimas décadas, estas son: la teoría de los grupos de sociedades, la incorporación por referencia, el asentimiento tácito, la relación de agencia, la teoría del alter ego, el estoppel, la cesión de derechos, obligaciones y/o posición contractual y la estipulación a favor de un tercero.

4.2. GRUPO DE SOCIEDADES. -

La teoría del grupo de sociedades es una de las más desarrolladas en lo que concierne a la extensión del convenio arbitral a partes no firmantes. Esta se trató por primera vez en un caso sustanciado ante Cámara de Comercio Internacional (CCI), en su centro de arbitraje, en el famoso caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, en el cual se extendió el convenio arbitral a dos empresas subsidiarias del grupo Dow que no firmaron el convenio arbitral. El caso es tan memorable que muchos doctrinarios alrededor del mundo citan el laudo al explicar la teoría del grupo de sociedades. El tribunal Arbitral de la CCI dentro del Laudo nro. 4131 expedido en el año 1982 mencionó lo siguiente:

La cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron. (p. 361)

La teoría del grupo de sociedades, como la del consentimiento implícito y la participación activa en el iter contractual de un negocio jurídico, puede tener como efecto la extensión del convenio arbitral. Este caso, al ser uno de los primeros, no solo fue desarrollado y aplicado por los árbitros de la CCI, sino que, posteriormente, fue confirmado por la Corte de Apelaciones de París, en un proceso que pretendía anular el laudo arbitral. Dicho tribunal consideró que la teoría aplicada era correcta y ratificó la decisión de los árbitros negando la solicitud de nulidad. La teoría del grupo de sociedades ha sido invocada en la jurisprudencia vinculante en materia

de anulación de laudos en Francia, aplicando la misma decisión para casos como *KIS France v. Société Générale, Société Ofer Brothers v. The Tokio Marine and Fire Insurance Co, Elf Aquitaine c. Grupo Orri*, entre otros.

Para entender de mejor manera esta teoría, Laura Sinisterra Paéz (2010), estudiando diferentes laudos donde se ha extendido el convenio arbitral por un grupo de sociedades, sostiene el siguiente concepto:

La doctrina del grupo de compañías establece, apartándose de la independencia formal de las diversas personas jurídicas que forman una misma estructura empresarial, que los efectos de un acuerdo arbitral expresamente aceptado por ciertas compañías de un grupo corporativo se pueden extender a otras compañías integrantes de ese grupo en razón de su rol en la negociación, ejecución o terminación del contrato base y de conformidad con la intención común de las partes del proceso (p. 9)

Con todo lo expuesto anteriormente podemos visualizar que, para evitar un sistema injusto, los árbitros han previsto el alcance del convenio arbitral a todos los que han participado en el iter contractual y, también cuando se logre comprobar que forman parte de un mismo grupo corporativo.

4.3. INCORPORACIÓN POR REFERENCIA. -

Otros de los casos más llamativos y que han sido analizados dentro del arbitraje acerca del tema, es el que se llevó a cabo en Estados Unidos de América en la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, caso llamado *Thomson - CSF S.A.C. v. American Arbitration Association* de 1985

La Corte en este caso no permitió extender el convenio arbitral a Thomson por haber adquirido una sociedad con la que el recurrente había realizado un contrato en el que se incluía una cláusula arbitral. Ahora bien, al motivar su decisión mencionó cinco teorías que para el *common law* hacen posible extender un convenio arbitral a no firmantes, estas son: el grupo de sociedades ya revisado, el asentimiento tácito o de asunción de conducta, relación de agencia, el levantamiento del velo societario o alter ego, el estoppel y el que revisaremos ahora, la incorporación por referencia.

La incorporación por referencia es la máxima expresión de lo que en el *civil law* llamamos los contratos coligados. Dentro de las generalidades se estudió los contratos coligados como concepto, lo que en resumidas cuentas es tener varios contratos que a su vez persiguen un mismo fin jurídico o un único interés, por consiguiente, podemos extender el convenio arbitral por esta teoría cuando se presentan una de las siguientes situaciones: 1) si una parte firma un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral que se encuentra en un contrato coligado y 2) que se haga referencia a un documento o alguna expresión de conocimiento de la cláusula arbitral que por principios generales de los contratos debe estar vinculado al mismo. (Roque Caivano, 2012)

Un caso llamativo y específico sobre la incorporación de referencia es el que sucedió en la misma Corte de Apelaciones de Estados Unidos en el juicio *Import Export Steel Corp. v. Mississippi Valley Barge Line Co.* (1965) en el cual se aplicó esta teoría porque una de las cláusulas de un contrato que no contenía acuerdo arbitral sin embargo hacía referencia a uno coligado que si lo tenía al decir específicamente que “se asumió todas las obligaciones y privilegios que nacen de aquel” (p. 505).

4.4 ASENTIMIENTO TÁCITO. -

El asentimiento tácito, también conocido como la asunción de conducta (Assumption by Conduct) es una de las teorías que también tienen presencia dentro del Caso Thompson y que forman parte del *common law*. Para Hugo García (2013) este es definido de la siguiente forma:

Esta teoría básicamente se basa en que, siendo una parte no signataria de un negocio jurídico continente de un convenio arbitral, ésta asume las obligaciones que devienen del mismo y procede a su ejecución. En este sentido se debe entender que una parte que asume las obligaciones de un contrato consciente de suyo en el arbitraje contenido en el mismo, contrario sensu implicaría un defraudamiento a la buena fe y consecuente inevitabilidad del arbitraje. (p. 23)

Un precedente muy ilustrativo de esta teoría es el que se incorporó en la decisión del recurso de apelación sobre la validez del laudo arbitral del caso *Gvozdenovic v. United AirLines, Inc.*, en el cual el tribunal extendió los efectos del convenio arbitral a los empleados de la empresa Pan American World Airways, los cuales, si bien no eran parte signataria del convenio arbitral como tal, si participaron activamente en todo el proceso arbitral incluso teniendo representantes

y se escucharon sus opiniones, por lo que el tribunal ratificó la validez del laudo arbitral, porque los empleados de “Pan Am” no evidenciaron ninguna objeción a resolver la controversia por arbitraje.

Al respecto, Roque J. Caivano (2012) asevera que: “Si su conducta indica que está aceptando someterse a arbitraje, por ejemplo, si participa en el proceso arbitral sin plantear objeciones a la jurisdicción de los árbitros” (p. 10) Por último, existe un consenso por parte de la doctrina de que esta teoría responde a la buena fe, ya que una parte, por lealtad contractual, decide reconocer, con sus actuaciones, la existencia de un convenio arbitral y su consentimiento para arbitrar.

4.5. RELACIÓN DE AGENCIA. -

La relación de agencia constituye una de las teorías más aceptadas en todos los países del mundo, por la aplicación de los conceptos de mandato o representación que existen para los contratos en general y que son unánimes en la doctrina.

La teoría de la relación de agencia se configura cuando existe entre una parte signataria con una no signataria, una relación comprobada de mandato, representación o agencia. Ahora bien, lo único que sigue en duda acerca de la aplicación de esta teoría tiene que ver con los actos que no han sido autorizados con el no signatario. Gary Born (2012) ha dado su opinión al respecto: “Bajo esta doctrina, una parte puede estar vinculada por los actos de otra, incluso cuando estos actos no estén autorizados, siendo solo necesario probar razonablemente que existe una relación contractual de agencia” (p. 72)

Un caso que nos ayuda a revisar cómo funciona la relación de agencia es *Letizia v. Prudential Bache Sec., Inc.*, en donde el tribunal de apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos decidió continuar concediendo la extensión del convenio arbitral a los empleados de la empresa Bache, signatario del convenio arbitral, pues ellos trabajaban como representantes de la empresa en todo momento y eran la conexión con la empresa y Letizia.

4.6. LA TEORÍA DEL ALTER EGO. -

La teoría del alter ego o también conocida como el levantamiento del velo societario tiene bastante relación a lo que mencioné de William Park en las generalidades con la desaparición

de la personalidad jurídica, por la presencia de fraude o infracapitalización dentro del mundo de las empresas. Gary Born (2012) explica la teoría de una manera simple:

Muchas cortes mantienen que una parte que no ha dado su consentimiento en un contrato con una cláusula para arbitrar, puede ser vinculado a dicho acuerdo si el tercero no signatario es un “alter ego” de la entidad que ha ejecutado la cláusula o es una parte signataria del acuerdo. (p. 72)

Aquí se debe hacer una precisión de lo que puede significar alter ego. De manera fácil es probar que existe una relación suficientemente cercana entre la parte signataria y no signataria, de tal forma que la que firma el acuerdo arbitral solo es un vehículo o una herramienta para lograr la operación económica. Es decir que una parte domina en todo sentido a la otra, y que usa este tercero (el signatario) para causar fraude, evitar el cumplimiento de sus obligaciones o que su patrimonio no se vea afectado de alguna manera.

En esta teoría el fraude es una de las claves, pues el mismo debe ser probado como requisito fundamental para levantar el velo societario y ver más allá de la empresa, sin restricciones. Por lo expuesto es necesario revisar lo que dice la jurisprudencia norteamericana en el caso *United States v. John T. Chemicals* y el caso *City of New York v. Exxon Corp.* Roque Caivano y Gary Born, acerca de los escenarios para poder levantar el velo societario y que son compartidos por la mayoría de la doctrina, mencionan: 1) Cuando exista posible infracapitalización de la empresa ya sea en sus inicios o en su funcionamiento corriente, 2) No cumplir con los deberes formales de la empresa, como sus obligaciones societarias, tributarias, o las que una empresa realiza de manera corriente durante un año de operación económica, 3) La empresa subsidiaria o signataria realiza desviaciones de fondos o dinero a sus accionistas o la matriz, 4) Cuando reconocer la personalidad jurídica de la empresa altera contra el orden público o protege a alguien con responsabilidad penal, 5) confusión de patrimonios, 6) No tener actividad económica, 7) Probar el fraude la matriz de tal forma que pueda formar ambas empresas como un único emprendimiento.

Los establecidos son los indicios más comunes que permiten levantar el velo societario para posteriormente poder vincular a todos los que manejan la empresa o el “alter ego” dentro del convenio arbitral. Por último, para no confundir esta teoría con la de grupo de sociedades, es importante resaltar lo que dice Hugo García (2013) al respecto:

A diferencia de la doctrina del grupo de sociedades, en el presente caso no se analiza el comportamiento de las compañías pertenecientes al grupo en función de inferir su consentimiento de conformidad con las actuaciones de ellas como una sola realidad económica. Más bien nos encontramos ante el fenómeno en el cual una parte no signataria utiliza a un signatario como un simple vehículo para la relación mercantil. (p. 23)

4.7. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS O ESTOPPEL. -

La teoría de los actos propios como se lo conoce en el *civil law* o el Estoppel en el *common law* es una teoría que viene a resaltar el principio de buena fe contractual. Gary Born (2012) es claro respecto a esta teoría: “Cuando una parte no signataria pretende ejecutar, ejerciendo sus derechos, un contrato con una cláusula de convenio arbitral debe ser detenida (estoppel) de negar que no es parte del convenio arbitral” (p. 74)

Esta teoría tiene dos aristas que deben ser analizadas con sujeción al principio de la buena fe: la primera es que una parte tiene prohibido ir en contra de sus propios actos o declaraciones. La segunda es que una parte no puede pretender beneficiarse de un contrato cuando obtiene ventaja y, al mismo tiempo ignorarlo cuando le causa una desventaja (Caso *Tepper Realty Co. v. Mosaic Tile Co.*, 1966)

Existen tres requisitos que son compartidos por la doctrina para aplicar la teoría de los actos propios, estos son: 1) que exista identidad de sujetos, 2) carácter vinculante de la conducta y 3) contradicción entre la conducta inicial y la superior (Bullard, 2011). Esta teoría es una de las más criticadas puesto que no se trata de un consentimiento como tal otorgado por un acto en específico, más bien es una aplicación de la coherencia exigida a las actuaciones de las partes.

4.8. LA CESIÓN DE DERECHOS, OBLIGACIONES Y POSICIÓN CONTRACTUAL.-

La extensión del convenio arbitral por la cesión de derechos, obligaciones y posición contractual se basa en los conceptos básicos de la implicación de la cesión de un contrato, en el cual un tercero adquiere todas las cláusulas incorporadas en un contrato, entre ellas la cláusula arbitral, a pesar de no haberlo suscrito de manera inicial.

Parece no existir mayor complicación en este caso; sin embargo, para cierta parte de la doctrina no nos encontramos con una extensión del convenio arbitral a una parte no signataria, sino más bien a una transmisión del convenio arbitral que lo convierte en una parte signataria de manera tácita, ya que si existe el convenio arbitral en un contrato del cual forma parte y al cual el cesionario resulta vinculado. (Luisa Brito Nieto, 2019) Otro problema dentro de esta teoría es el que tiene relación con la cesión de forma parcial y no total, una cláusula o manifestación de renuncia al arbitraje por el cesionario y la subrogación de obligaciones.

Ahora bien, para la mayoría de la doctrina no existe mayor misterio dentro de la cesión y solo es necesario analizar cada caso en concreto; pero, existe una forma más fácil de comprobar si procede una extensión en este caso, porque iría en contra del principio de inevitabilidad del arbitraje (Hugo García, 2013).

4.9. ESTIPULACIÓN A FAVOR DE UN TERCERO. -

Este es otro caso que se analiza si pertenece o no a una teoría de extensión del convenio arbitral pues parece ser necesario, igualmente, un consentimiento para arbitrar sin que sea posible una extensión del convenio. De este modo, nos encontramos primeramente a un primer consentimiento que permite someter a arbitraje si es que un tercero desea beneficiarse de su voluntad y segundo, el consentimiento de un aceptante que le permite beneficiarse, pero, de igual manera, obligarse a participar dentro de un proceso arbitral.

Se considera por una parte de la doctrina como una extensión porque es un llamamiento a un tercero que, si es un considerado parte del conflicto, pero que tiene la ventaja de que, la extensión dependerá de sí mismo. Por excelencia esto sucede, en la mayoría de los casos en el derecho de sucesiones en la figura del testamento, en donde el testador impone una cláusula arbitral que debe ser obligatoria en caso de conflictos para todos los que aceptan la asignación.

CAPÍTULO 2: LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL MARCO JURÍDICO ECUATORIANO. -

La extensión del convenio arbitral no es un tema nuevo para la doctrina, incluso es un tema que ha estado y sigue estando en el debate.

En el Ecuador, la postura acerca de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias no ha tenido una posición bien marcada, con laudos que han aplicado las teorías extraídas de las decisiones en otros países, pero, también, con laudos que no la han aceptado. Ahora bien, la incorporación de la extensión del convenio arbitral en el Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación, sin duda, constituye un importante avance en el conocimiento y desarrollo de esta temática.

5. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS CINCO Y SEIS DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. -

Los artículos cinco y seis de la Ley de Arbitraje y Mediación regulan lo concerniente al convenio arbitral, teniendo ciertas características sobresalientes.

Como fue analizado al inicio del presente trabajo de investigación, podemos ver que, en el Ecuador, un convenio arbitral debe ser escrito. Se entenderá que es escrito cuando conste en el convenio principal del que se deriva la controversia o en un documento por separado. El segundo párrafo del artículo cinco dice lo siguiente:

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. (p. 3)

El artículo es un poco contradictorio con la práctica actual del arbitraje en el mundo, incluso con laudos arbitrales dentro del país que han aplicado teorías de extensión del convenio arbitral. Esto es así puesto que existe un requisito importante dentro del Ecuador para que un acuerdo sea considerado como escrito, este es: la determinación de las partes y la inequívoca determinación del negocio jurídico, lo que indica claramente el texto legal.

La doctrina en general ha mencionado que existen dos clases de materialización del convenio arbitral ordinarias; primero el que llaman *arbitration clause* que hace referencia al convenio arbitral que está incorporado dentro del texto que hace referencia al negocio jurídico o el mismo contrato, que somete arbitraje a controversias futuras; y el *settlement agreement* por el cual la

disputa ya surgió y deciden someterla por arbitraje. Estas dos formas de materialización parecen ser las que, perfectamente, se adecuan con nuestra legislación en concordancia con el artículo cinco, y ambas tienen la característica de una mención de las partes involucradas. Entonces, parece ser complicado extender un convenio arbitral a quienes no estén nombradas dentro del mismo. Esta ha sido una de las dudas principales de la aplicación de la extensión.

No debemos dejar de lado el artículo seis que tiene relación con otras formas de someterse a arbitraje, en las que establece que la única manera de hacerlo mediante un documento que tenga la firma de las partes, pues también con los avances tecnológicos y de los medios de comunicación existen otra manera de probar el consentimiento, que es la clave del arbitraje, lo único que preocupa de este numeral es la mención a la firma como si esta fuera siempre un requisito del convenio arbitral.

Sin embargo, existe una solución. Las teorías de la extensión del convenio arbitral como ya prevenimos nacen para proteger el principio de buena fe contractual.

5.1. EN EL ECUADOR, ¿ES LA FIRMA SOLEMNIDAD O MEDIO PROBATORIO?.-

Dentro del artículo seis, la firma parece ser una solemnidad del medio probatorio al desconocer otra opción al artículo cinco que un documento firmado por las partes.

Ahora bien, el arbitraje, a pesar de ser una figura que tiene sus antecedentes desde la antigua Grecia, la Edad Media y el Imperio Romano, es una materia que dentro del derecho recién ha tenido un estudio profundo, comenzando en el siglo XX su crecimiento y siendo en realidad el comienzo de este siglo, su real apogeo. Esto hace que los cambios y nuevos descubrimientos sean noticias de todos los días, causando efectos importantes en el derecho internacional y que, posteriormente, tienen consecuencias en el Ecuador.

La Ley de Arbitraje y Mediación como la conocemos, se expidió en septiembre de 1997, teniendo su codificación y publicación en el Registro Oficial el 14 de diciembre de 2006 y, a pesar de tener una reforma en el año 2018, lo que concierne al capítulo del arbitraje muy poco ha cambiado, es por esto que se siguen teniendo elementos tradicionales de la materia, entre ellos la firma como requisito solemne del convenio arbitral, que como fue explicado dentro del primer capítulo, era lo más general, incluso dentro de Convenios Internacionales.

Con los avances en la materia la firma dejó de ser un requisito solemne puesto que se aceptó la existencia de medios alternativos para verificar el consentimiento de someter las controversias al convenio arbitral, esto se demuestra en la misma reforma a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En este punto cabe indicar que, a pesar de que dicha reforma fue realizada en el año 2006, año en el que también se publica la Ley; el Ecuador es miembro de dicha comisión desde noviembre de 2012, por lo que las disposiciones son aceptadas después.

Es así que en Ecuador la firma no es solemnidad y se convierte en un requisito probatorio; esto ha quedado demostrado en laudos arbitrales expedidos en procesos arbitrales nacionales, el desarrollo de la doctrina interna, la publicación del reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación y la ratificación de convenios internacionales como la CNUDMI, la Convención de New York, entre otros.

5.2. CASO SIPETROL VS. ENAP SIPETROL. -

Como mencionamos anteriormente, el Ecuador ha tenido laudos arbitrales en donde se han aplicado teorías de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, una de estas decisiones es el caso *Sipetrol vs Enap Sipetrol*.

El caso Sipetrol es un laudo arbitral dictado por los árbitros Fabián Jaramillo, Vladimir Villalba y Luis Parraguez, pertenecientes a la lista de árbitros del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana Amcham Quito, en donde se aplicó la teoría del grupo de sociedades para extender los efectos del convenio arbitral a una parte no signataria.

Un resumen de los hechos sería el siguiente. Dentro de un conflicto originado por un acta transaccional existe una reconvencción por parte de la compañía Enap Sipetrol hacía Suministros Industriales Petroleros Sipetrol S.A., por el incumplimiento de dicho contrato, pues el reconvenido se había comprometido a no usar ese nombre “Sipetrol” fuera del territorio ecuatoriano, lo cual no cumplió. El incumplimiento del contrato se configura ya que la empresa reconviniente constituyó una empresa totalmente diferente en Panamá, usando como nombre comercial Sipetrol, esto se verifica al revisar el kardex accionistas y otros medios probatorios lo que permite concluir que pertenecen al mismo holding o grupo de sociedades.

Lo curioso y es una muestra de lo poco que se ha desarrollado acerca de la posición que tiene el país respecto al tema de investigación, es que el árbitro no nombra la teoría de sociedades, menos aún hace referencia a algún punto de la ley acerca de lo que significa el convenio arbitral, pero llega a concluir que por el principio de buena fe contractual no se puede desconocer que las acciones de Sipetrol al revisar los accionistas de ambas empresas (la ecuatoriana y la Panameña) puede concluir que pertenecen al mismo holding, e incluso se hace referencia al levantamiento del velo societario que no se desarrolla puesto que el tribunal desestima la pretensión de la reconvención porque se pudo determinar que ambas partes habían incumplido sus obligaciones estando en mora.

5.3. COMPATIBILIDAD CON EL CONVENIO DE NEW YORK. -

Uno de los temas que más ha sido debatido dentro de la doctrina internacional acerca de este tema es si la extensión del convenio arbitral afecta directamente a la Convención de New York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras del año 1958 el cual ha sido ratificado por Ecuador.

La importancia de abordar este tema es que la firma es una solemnidad y no existe una forma diferente para mostrar un consentimiento por una vía escrita. Ahora bien, si Ecuador tiene este convenio como ratificado, existen preguntas de si los países que son signatarios de este convenio y lo han ratificado, pueden extender o no el convenio arbitral.

Uno de los países que son parte de esta Convención y ha resuelto esta interrogante es Estados Unidos de América. La Corte Suprema de este país ha dado una guía muy importante acerca de la conciliación entre esta Convención y la teoría de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias que, incluso, puede ser aplicada en los casos de arbitraje internacional. Dentro de un caso, el referido tribunal siguió los siguientes puntos: 1) La convención no se pronuncia acerca del tema de las partes no signatarias, 2) Países que han aceptado esta doctrina, de manera expresa o dentro de su jurisprudencia, son signatarios de la Convención, y 3) Regular su aplicación o no dependerá del sistema doméstico de cada país. (p. 1-12)

Lo curioso es que el tribunal hace referencia a la legislación peruana, mencionando que es una muestra de un país que ha incluido esa posibilidad en una ley doméstica.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, dictó la Recomendación Relativa a la Interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de New York, esto, en cuanto al requisito o no de la firma en el convenio arbitral. Antes de mencionar lo que dice la recomendación es necesario citar el segundo párrafo del artículo dos de la Convención de New York (1958): “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” (p. 1). Como podemos revisar la firma es circunstancial dentro del convenio arbitral según la Convención ratificada por el Ecuador, pero también la misma Convención en su artículo siete resalta el principio *in dubio pro arbitri* es decir que se debe aplicar lo más favorable para el arbitraje y además establece que cada legislación puede regular lo que resulte más propicio. En esto se basa la recomendación dada por el CNUDMI del año 2006 en su parte resolutive:

Art. 1.- *Recomienda* que el párrafo 2 del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas;

Art. 2.- *Recomienda* que el párrafo 1 artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje (p. 2-3)

Con esto podemos observar que Ecuador, sin importar que ha ratificado la Convención de New York y que en el texto de la Ley de Arbitraje y Mediación tiene ciertas disposiciones que permitirían inferir que la firma del convenio arbitral es esencial, bien podría adoptar las diversas teorías antes mencionadas para justificar la extensión del convenio arbitral a terceros; más aún ahora con la expedición del Reglamento a la ley en mención ha dejado claro la posibilidad legítima de apelar a dichas teorías.

6. ESTUDIO DEL ARTÍCULO SEIS DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. -

Mediante Decreto Ejecutivo nro. 165 de 18 de agosto de 2021, el presidente de la República expidió el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación luego de casi 20 años de publicada la ley. Para Hugo García y Bernarda Muriel (2021) el reglamento viene a cumplir dos finalidades: “es una recopilación de las mejores prácticas en arbitraje que ya se habían consagrado en muchas decisiones de cortes y tribunales arbitrales, y, por otro lado, es un desarrollo progresivo de las normas legales en materia arbitral” (p. 4)

Como podemos revisar el reglamento viene como un soporte de actualización de la ley y una de estas inclusiones es, justamente, la extensión del convenio arbitral a partes no signatarios o, como lo menciona expresamente el artículo seis, el alcance al convenio arbitral. El artículo seis del Reglamento de la ley de Arbitraje y Mediación (2021) dice:

Art. 6.- Además de los casos especificados en la ley, los efectos del convenio arbitral alcanzan:

1. 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.
2. A quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos, tales como sucesores, cesionarios, entre otros.
3. A los organismos de las administraciones originadores de las actuaciones administrativas.

Con esto podemos efectuar tres observaciones importantes, siguiendo los numerales del mismo artículo. Lo primero que podemos observar es que el inciso uno, hace referencia al principio de buena fe y al iter contractual que hemos desarrollado con totalidad dentro de la presente investigación y, de aquí nacen la mayoría de las teorías que hemos planteado extraídas de otras legislaciones. Luego, en el segundo inciso, podemos revisar lo que Brito Nieto marcaba, esto es lo que ella considera como transferencia del convenio más que una extensión como tal, aunque dentro del trabajo lo hemos incluido como una forma de extenderlo. Por último, se visualiza en el tercer párrafo un tema un poco más controversial por su carácter político, que viene más ligado con el derecho administrativo.

De lo observado podemos notar que el Ecuador, recién hace un año, ha adoptado una posición acerca del tema de investigación, lo que nos permite inferir que el Ecuador es un país flexible, a pesar de que existen críticas en contra del Reglamento por su posible inconstitucionalidad.

6.1. LA FINALIDAD DE UN REGLAMENTO Y SU INCOMPATIBILIDAD CON EL CASO EN CONCRETO. -

García de Enterría y Fernández (2008) definen la facultad reglamentaria como “el poder que tiene la administración de expedir norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley” (p. 157). Este concepto muy simple y nos hace colegir que el reglamento sirve como una norma infralegal, establece reglas secundarias y que de igual manera lo que hace es precisar lo que la ley establece, además de colaborar con ella.

Estos conceptos son importantes puesto que un reglamento no tiene la misma jerarquía normativa que las leyes, de acuerdo con lo señalado en el artículo 425 de la Constitución ecuatoriana. Por lo tanto, el reglamento no puede contradecir a la ley y tampoco puede reglar lo que en la ley no ha reglado. Patricio Secaira (2004) menciona:

Mientras la ley es una manifestación de soberanía que está radicada en la nación; y cuya titularidad le corresponde solo al Estado, el reglamento es un mecanismo de aplicación cabal de ese ordenamiento legal; por ello, sus normas no pueden contrariarlo (p. 79)

Esta es una muestra de que el reglamento no puede contrariar a la ley en ningún aspecto. También Jairo Ramos Acevedo (2008) desarrolla un poco más este concepto al mencionar: “mientras la primera crea, modifica o extingue situaciones generales de carácter permanente; el reglamento lo que hace es desarrollar las que han sido creadas previamente por la Constitución o la ley, sin que pueda modificarlas o extinguirlas” (p. 79)

Con todos estos antecedentes vale la pena analizar si el reglamento está agregando cosas no establecidas en la ley, en cuanto al ámbito del convenio arbitral y, además, verificar si existe contradicción entre ambos.

En nuestra opinión, la firma prevista en la ley no parece ser una solemnidad, al menos por la naturaleza de la norma y los avances en la materia que Ecuador, a través del foro, doctrina y

laudos han aceptado, incluso porque este cambio de tener a la firma como requisito *ad probationem* es compartido por la comunidad internacional y todos han tenido que adaptar este cambio puesto que lo han querido así, en el Ecuador esta no es la excepción, esto mismo sucede con el concepto de lo escrito del convenio arbitral o la inclusión de las partes como obligación dentro de un convenio.

Ahora bien, que aceptemos que somos partidarios de lo moderno no cambia el hecho de que la Ley necesita una reforma urgente para que no quede duda de aquello, así como otros países lo han hecho de manera correcta. Este cambio, hacerlo por vía reglamento es muy peligroso, puesto que contradice la ley de tal manera que, al no existir reforma de la norma suprallegal, la infralegal está tratando de repararla, esto contradice y al mismo tiempo agrega un hecho nuevo que no está previsto como tal en la Ley de Arbitraje y Mediación, distinto sería que se reforme la ley y que el reglamento desarrolló de alguna manera las teorías o, las bases de la doctrina del no signatario como los contratos coligados, el principio de buena fe y el desconocimiento de la personalidad jurídica.

Las consecuencias pueden ser variadas. Existen acciones de inconstitucionalidad que están interpuestas ya hoy en día en contra del reglamento, que si bien, no atacan a la teoría del no signatario de manera directa, sus efectos podrían desconocer la validez y vigencia de la norma reglamentaria que, de ser declarado inconstitucional, no podría ser invocado para justificar legalmente la extensión del convenio arbitral.

Segundo, que los árbitros continúan haciendo lo que por el momento sucede, aplicar la extensión del convenio arbitral a no signatarios en sus laudos sin mayor desarrollo y sin referencia a nuestra legislación. Lo curioso es que, como se encuentra la situación en el Ecuador, hemos mostrado ya nuestra posición en una norma del ordenamiento que, si bien es un avance importante, no puede ser desarrollado como tal puesto que no fue hecho de forma correcta. La posición es muy clara. Se debió reformar la ley y no pretender hacerlo por la vía del reglamento; sin embargo, esto no excluye la aceptación de que esta práctica es aceptada en el país y que el reglamento es una herramienta muy útil para el arbitraje en el país.

6.2. DERECHO COMPARADO Y EFECTOS DEL ALCANCE ARBITRAL EN EL ECUADOR. -

Existe un acuerdo general respecto a que es posible extender el convenio arbitral a partes no signatarias; sin embargo, cuando la teoría es puesta en práctica surgen posturas diferentes, existiendo árbitros un poco restrictivos y otros más flexibles al motivar su laudo arbitral, siendo la postura de los países lo más influyente en aquello.

Silva Romero y Velarde (2017) hacen un estudio acerca de la postura de los países europeos de acuerdo a este tema. Ellos concluyen que Inglaterra y Suecia se encuentran dentro de los países restrictivos en cuanto a la aplicación de las teorías, mientras que España y Francia son más flexibles, por último, Suiza se encuentra en un lugar intermedio.

Primero, en referencia a Inglaterra existen dos sentencias importantes que han negado la teoría del grupo de sociedades aplicado en el arbitraje (*Caso Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd*, 2004) y, el principio de buena fe aplicado al arbitraje (*Caso Interfoto Picture Library Ltd. c. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, 1989) pues estas no forman parte del *English law* al no existir una norma dentro de su ordenamiento jurídico que permita extender el convenio arbitral. En la perspectiva de Suecia, tampoco existe una ley en concreto que permita la aplicación de esta teoría, y dentro de sentencias ante los tribunales de apelaciones o la Corte suprema han admitido que la extensión del convenio arbitral si es posible pero en casos muy excepcionales, esto se ve en el caso *Concorp Scandinavia c. Karelkamen Confectionary* (2012) en donde la Corte Suprema hace referencia a la excepcionalidad de estos casos, y en los hechos específicos negó una extensión del convenio arbitral en un estudio de posibles contratos coligados al mencionar que las cláusulas arbitrales pertenecen a un único acuerdo y también se mencionó, al igual que Inglaterra que la teoría del grupo de sociedades no es admitida. (Se repite en el caso *Anders Relden & Olga Nilsson*, 2013)

Por otro lado, dentro de España la teoría como fue indicado es aceptada de forma flexible, esto es así puesto que la jurisprudencia española ha desarrollado bastante acerca del consentimiento implícito como un tipo de consentimiento que permite aceptar el convenio arbitral, siendo muy permisibles a la hora de aplicar las teorías del no signatario, incluso la teoría de sociedades es aceptada en este país y tiene un valor muy fuerte, principalmente por el principio de buena fe. España siempre ha sido *pro arbitri*, como se evidencia, por ejemplo, en los temas corporativos

y societarios en donde los accionistas son llamados a arbitrar, siendo muy aplicable la teoría de la cesión de derechos, obligaciones y posición contractual.

Francia, es el país más flexible respecto a este tema. Pierre Mayer (2012), árbitro muy conocido a nivel internacional, ha definido que en Francia existe una tendencia subjetivista en la que cualquier persona que ha participado en el iter contractual y conocía de dicha cláusula debe ser vinculado al convenio arbitral (esto se presume), mientras que una tendencia objetivista tiene relación al comportamiento dentro del negocio jurídico, que permite ser alcanzado.

Con estos antecedentes podemos concluir que, en realidad, si existe un consenso acerca de la extensión del convenio arbitral en Europa, con las oscilaciones que existen entre países restrictivos y países más flexibles. Estados Unidos ha realizado algo similar, con la excepción de que han preferido realizar una lista exhaustiva con los casos en los que está a posibilidad podría darse, de manera que el tema no quede abierto a especulaciones o arbitrariedades.

El Perú, dentro de su legislación, incluye expresamente la posibilidad de extender el convenio arbitral a no firmantes, según lo prevé el artículo 14 de la nueva ley de arbitraje peruana (2008):

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 está relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos. (p. 3)

Como podemos observar, la legislación peruana es expresa al respecto, lo que permite que los árbitros decidan la extensión del convenio arbitral cuando la ley aplicable sea la peruana. Este es el camino que Ecuador, de cierta forma, debería seguir.

CONCLUSIÓN

Dentro de la presente tesis se ha hecho una investigación amplia acerca de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. La primera conclusión tiene que ver con la base del arbitraje que es el consentimiento, concepto que se ha desarrollado ampliamente, vinculado siempre con el convenio arbitral que es la manifestación de ese consentimiento, elemento que ha evolucionado en cuanto a su forma y fondo. Este giro se ve expresado en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y su reforma en el 2006. El Ecuador claramente tiene una ley que necesita ser actualizada para dejar atrás conceptos ya superados por el paso del tiempo y el desarrollo de la práctica arbitral.

La segunda conclusión tiene que ver con el acuerdo general que existe por parte de la doctrina internacional y las prácticas internacionales de arbitraje, pues se ha aceptado la extensión del convenio arbitral a no firmantes. Esto no es contrario a la Convención de New York de 1958, como ya ha quedado demostrado.

Ecuador, recién en el año 2021, mediante el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, ha incluido la posibilidad de extender el convenio arbitral a partes no signatarias. Esto es el reconocimiento de una práctica arbitral adoptada en el marco del arbitraje internacional y que había venido siendo desarrollada, excepcionalmente, en el arbitraje local.

Sin embargo, considerando que el reglamento tiene muchos detractores y que, en rigor, podría y de hecho ha sido objeto de cuestionamientos por pretender ir más allá de lo que dice la ley, sería procedente impulsar una reforma legal que permita la extensión del convenio arbitral a no signatarios, al amparo del principio de buena fe, la desaparición de la personalidad jurídica, los contratos coligados y la participación de las partes en el *iter* contractual.

RECOMENDACIONES

- Que los legisladores, árbitros, doctrinarios, y abogados en general analicen las posibles antinomias respecto al artículo seis del reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación y la Ley misma.
- Que se plantee de manera urgente una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación vigente, para superar los obstáculos que podrían afectar la doctrina del no signatario
- Que el artículo seis del reglamento de la ley de Arbitraje y Mediación sirva como base para la incorporación de una posible reforma a la ley.
- Que los árbitros ecuatorianos motiven sus laudos arbitrales cuando exista la necesidad de extender el convenio arbitral a no firmantes para comenzar a desarrollar una sólida posición doctrinaria coherente con las teorías esbozadas en el marco del debate internacional
- Que los árbitros ecuatorianos con este precedente, puedan con libertad motivar sus laudos arbitrales cuando exista la necesidad de extender el convenio arbitral a no firmantes para comenzar a desarrollar nuestra postura y aceptar las teorías compatibles con nuestro ordenamiento jurídico

REFERENCIAS

- All, P.M. (2004). Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional. *Decita, Temas y actualidades*. p. 29
- Born, G. (2012) International Arbitration: Law and Practice. *Kluwer Law International*. p. 70-76
- Brito Nieto L. (2019) El acuerdo de arbitraje: los sujetos no signatarios en los contratos coligados. *Universidad Externado de Colombia*. p. 99-221
- Bullard. A (2011) ¿Y quiénes están invitados a la Fiesta?: La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana. *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral, Tomo II, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano de Arbitraje*. p. 717
- Caivano, R. J. (2011) La Cláusula Arbitral. *Universidad del Rosario*. p. 138-198
- Caivano, R. J. (2012) Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. *Revista de arbitraje de Lima*. p. 23
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2005). El sistema de disputas, el convenio arbitral. Módulo 5.2. https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add39_en.pdf
- Corte de Apelaciones de París (1989) Caso KIS Photo Industrie SA v. SA Société Générale, Sogelease Pacifique SA y otros. *Yearbook Commercial Arbitration 1991. Vol. XVI*. pp. 145-149.
- Corte de Apelaciones de París (1989) Caso Société Ofer Brothers v. The Tokio Marine and Fire Insurance C. *Revue de l' Arbitrage (Revista de Arbitraje de París)* p. 691 y posteriores
- Corte de Apelaciones de París (1992) Elf Aquitaine c. Grupo Orri. *Revue de l' Arbitrage (Revista de Arbitraje de París)* p. 125 y posteriores
- Cremades, B. (1988) El Proceso Arbitral en los Negocios Internacionales. *Themis Revista de Derecho, No 11*. p. 11
- Cremades, B. M. (2012) Good Faith in International Arbitration. *American University International Law Review. Vol. 27, No. 4*. pp. 761-768
- García y Muriel (2021). Tras bastidores del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje nro. 12*. p. 1-48.

- Laudo Interlocutorio del Caso CCI 4131, (1982) Dow Chemicals v. Isover Saint Gobain. *Yearbook Commercial Arbitration. Vol. IX.* p. 151-380
- Ley de Arbitraje Peruana. (2008, 28 de junio). Asamblea Legislativa. Decreto Legislativo N° 1071
https://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf
- Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana (2006, 14 de diciembre). Asamblea Nacional. Registro Oficial 417
<https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion.pdf>
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 11 de diciembre de 1985, con enmiendas aprobadas en el año 2006.
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf
- Medina Alcoz, M. (2006) Responsabilidad precontractual: estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares. *Revista Forum.* p. 3
- Park, W. (2009) No signatarios y el arbitraje internacional: El dilema del árbitro. *Forseti traducciones 2014. No 1.* p. 4-30
- Recomendación nro. 07/07/2006. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo ii y del párrafo 1 del artículo vii de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1958, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006. (p. 1-3)
<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/a2s.pdf>
- Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (2021, 26 de agosto). Presidente de la República del Ecuador. Decreto Ejecutivo nro. 165.
https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/Decreto_Ejecutivo_No_165_20210718190912.pdf
- Rodríguez Mendoza, F. (2006). El carácter escrito del convenio arbitral y los convenios incorporados en el contrato por referencias a cláusulas presentes en otros contratos o en condiciones generales. *Revista Boliviana de Derecho.* p. 8-9.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427540424008>

- Romero y Velarde (2017). La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en Europa
¿Un enfoque uniforme?. *Arbitraje PUCP Año 6 N°7*. p. 5-34
- Santistevan de Noriega, J. (2009). Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.
Revista Peruana de Arbitraje. No. 8. p. 22
- Sentencia consultiva No. 48-1048, GE Energy Power Conversion France SAS, Corp., FKA
Converteam SAS c. Outokumpu Stainless USA, LLC. (2020, 1 de junio). Corte
Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. (Thomas, M.P.)
https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-1048_8ok0.pdf
- Sentencia EWHC 121, Caso Peterson Farms Inc. c. C&M Farming Ltd. (2004, 4 de febrero)
Corte Superior de Inglaterra y Gales. (Langley, M.P.)
<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7cc60d03e7f57eb232f>
- Sentencia nro. 112 F.2d, City of New York v. Exxon Corp. (1990, 6 de agosto). Corte de
Apelaciones de los Estados Unidos, Distrito Sur de New York. (Conboy, M.P.)
<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/744/474/1797719/>
- Sentencia nro. 259 F. 2d, Caso Tepper Realty Co. v. Mosaic Tile Co. (1966, 20 de septiembre).
Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Distrito Sur de New York. (MacMahon,
M.P.) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/259/688/2293417/>
- Sentencia nro. 351 F. 2d 503 2 cir, Import Export Steel Corp. v. Mississippi Valley Barge Line
Co. (1965, 29 de julio). Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados
Unidos. (Joseph Smith, M.P.)<https://casetext.com/case/import-export-steel-corp-v-mississippi-val-barge-line-co>
- Sentencia nro. 64 F. 3d 2 cir, Thomson - CSF S.A.C. v. American Arbitration Association.
(1995, 24 de agosto). Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados
Unidos. (Frank Altimari, M.P.)
<https://www.casemine.com/judgement/us/5914bd4cadd7b049347a187a>
- Sentencia nro. 768 F.2d., United States c. Jon-T Chemicals, Inc. (1985, 16 de agosto). Corte
de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos. (Golbert, M.P.)
<https://casetext.com/case/united-states-v-jon-t-chemicals-inc>
- Sentencia nro. 802 F. 2d, Letizia v. Prudential Bache Sec., Inc. (1986. 21 de octubre). Corte de
Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos (Ganby, M.P.)
<https://casetext.com/case/letizia-v-prudential-bache-securities-inc>
- Sentencia nro. 933 F. 2d, Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc. (1991, 22 de mayo) Corte de
Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos (Miner, M.P.)
<https://casetext.com/case/gvozdenovic-v-united-air-lines-inc>

- Silva Romero, E. (2011) El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad. *Revista Lima Arbitration. No. 4* p. 53
- Vidal Ramirez, F. (2001) El acto jurídico. *Edición Gaceta Jurídica Lima.* p. 243

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Solórzano Samaniego Edwin Francisco**, con C.C: # **0923644777** autor/a del trabajo de titulación: **La Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias dentro del marco jurídico ecuatoriano**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **15 de septiembre de 2022**

f. _____

Nombre: **Solórzano Samaniego Edwin Francisco**

C.C: **0923644777**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias dentro del marco jurídico ecuatoriano.		
AUTOR(ES)	Solórzano Samaniego Edwin Francisco		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Abg. Rodríguez Freire Boanerges Renier		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	15 de septiembre de 2022	No. DE PÁGINAS:	36 páginas
ÁREAS TEMÁTICAS:	Fundamentos de derecho. Derecho arbitral. Derecho contractual		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	arbitraje, reglamento, convenio arbitral, partes no signatarias, buena fe, iter contractual		

El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos reconocido por la Constitución que cada vez es más utilizado dentro del país e internacionalmente debido a muchos factores. Ahora bien, un tema de debate entre los expertos de la materia es la extensión del convenio arbitral a partes que no han sido signatarias de dicho acuerdo, teniendo como consecuencia dos posturas: una restrictiva en la cual el convenio arbitral no se puede extender a nadie que no haya firmado el contrato y, una postura amplia que permite, luego de un análisis por parte de los árbitros del caso concreto, extender dicho convenio a toda persona que, a pesar de no haber firmado el mismo, ostenta la calidad de parte del negocio jurídico materia del conflicto. En el Ecuador, no ha existido una postura clara sobre la posibilidad de aplicación de diversas teorías para la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias; sin embargo, el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación expedido en el año 2021 constituye un primer paso formal para cambiar esto.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTORES:	Teléfono: +593-988363535	E-mail: edwinfss090201@gmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza	
	Teléfono: +593-4-2222024	
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec	
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA		
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):		
Nº. DE CLASIFICACIÓN:		
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		