

# Aspectos sustantivos del *joinder* en el arbitraje doméstico e internacional

Rodrigo A. Quintero Bencomo\*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 2, 2021. pp. 397-418

**Resumen:** Aun cuando entre reglas de arbitraje institucional existe un nivel razonable de consenso sobre ciertos asuntos procedimentales del *joinder* en el arbitraje, sus aspectos sustantivos continúan controvertidos. En un medio para la resolución de conflictos como el arbitraje, diseñado para disputas bilaterales, los debates entre comentaristas han sugerido la sustitución de la teoría general del contrato por otras teorías como la “extensión intersubjetiva del acuerdo arbitral” a partes no signatarias y terceros para un mejor entendimiento del *joinder*. Sin embargo, la teoría general del contrato todavía goza de importancia en este asunto y reporta una utilidad y enfoque práctica al debate sobre el *joinder*.

**Palabras Claves:** *Joinder*, partes, teoría general del contrato.

## ***Substantive aspects of joinder in domestic and international arbitration***

**Abstract:** *Despite the fact that between institutional arbitration rules there is a reasonable degree of consensus on certain procedural issues related to joinder in arbitration, its substantive aspects remain controversial. In a largely bilateral dispute resolution mechanism as arbitration is, debates between commentators have suggested the substitution of contract theory by other theses such as the “extension of the arbitration agreement” to non-signatories and third parties for a better understanding of joinder. However, contract theory remains very important in this matter and provides a practical advantage and approach to debates about joinder.*

**Keywords:** *Joinder, parties, contract theory.*

**Recibido:** 31/10/2021

**Aprobado:** 18/12/2021

---

\* Abogado, Universidad Rafael Urdaneta (2021). Fundador y Expresidente del Laboratorio de Análisis Estratégico de las Ciencias Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, ubicado en Maracaibo, Venezuela.



# Aspectos sustantivos del *joinder* en el arbitraje doméstico e internacional

Rodrigo A. Quintero Bencomo\*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 2, 2021. pp. 397-418

## SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Joinder* como forma de intervención en el arbitraje comercial doméstico e internacional. 1.1. Tratamiento normativo-institucional del *joinder*: una breve visita a sus disposiciones y principios en reglamentos de arbitraje. 1.2. Algunas problemáticas procedimentales inherentes al *joinder* en cuanto figura aplicada en el arbitraje. 2. El planteamiento sustantivo fundamental de justificación del *joinder*: la denominada “extensión intersubjetiva” del acuerdo o cláusula arbitral. Revisión crítica del argumento desde la base contractual del arbitraje. 3. El examen del *joinder* desde la base contractual del arbitraje: la determinación e interpretación por parte del tribunal arbitral de manifestaciones de consentimiento exteriorizadas y de su jurisdicción como justificación sustantiva del *joinder*. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

En un medio alternativo para la resolución de disputas esencialmente bilateral y procedimentalmente diseñado para la contradicción entre dos partes como lo es el arbitraje, la intervención y participación de sujetos distintos de quienes inicialmente consintieron el acuerdo o cláusula de arbitraje, más aún si estos son requeridos o así instruidos por el tribunal arbitral, es un asunto que permanece controvertido en los estudios actuales<sup>1</sup>.

Las extensas redes comerciales y de contratación suelen involucrar a un importante número de partes que contratan entre sí y que se vinculan por la naturaleza, alcance y prestaciones de las transacciones, a su vez que interactúan y “actúan en forma relacionada”<sup>2</sup>, por lo cual, además de dificultar la individualización inicial de las partes en un proceso arbitral, surge la posibilidad de que una de las partes, admitida la demanda de arbitraje y constituido el tribunal arbitral, requiera de los árbitros “ordenar” la inter-

---

\* Abogado, Universidad Rafael Urdaneta (2021). Fundador y Expresidente del Laboratorio de Análisis Estratégico de las Ciencias Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, ubicado en Maracaibo, Venezuela.

<sup>1</sup> Stavros Brekoulakis, “Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories” *Journal of International Dispute Settlement* 8 (July, 2017): 610-643.

<sup>2</sup> Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los Contratos*, Tomo I, (Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999).

vención de una parte ajena, en ese momento, en el proceso iniciado, en obsequio a una solución exhaustiva de la disputa y previniendo “la contradicción o inconciliabilidad de sentencias” o de laudos arbitrales, en palabras de Aguilar Grieder<sup>3</sup>.

Los reglamentos institucionales en diversas jurisdicciones denominan “*joinder*”<sup>4</sup> al mecanismo procedimental por medio del cual se requiere –y en ocasiones, ordena– a una parte adicional y distintas a las iniciales a unirse a un proceso arbitral ya iniciado entre dos partes, parafraseando a Gómez Carrión<sup>5</sup>. En efecto, el *joinder* es la respuesta del arbitraje comercial doméstico e internacional ante una disputa con una variedad de matices y subjetivamente incierta, en cuanto constituye el vehículo procedimental que permite unir a aquellas partes adicionales al proceso arbitral.

Ahora bien, aunque podemos afirmar con una razonable certeza, como comprobaremos más adelante, que el *joinder* ha sido generalmente aceptado como una posibilidad procedimental para las partes en el arbitraje comercial doméstico e internacional, dispuesta y regulada en los reglamentos de importantes instituciones arbitrales, el panorama es distinto en cuanto sus aspectos sustantivos.

Ciertamente, el debate actual en torno al *joinder* en el arbitraje comercial doméstico e internacional se caracteriza por crecientes llamados de abandono de los postulados teóricos y técnicos sobre el consentimiento que pertenecen a la teoría general del contrato como premisas de aproximación a una justificación sustantiva del *joinder*, bajo pretextos de su “incapacidad de ajustarse a las transacciones comerciales modernas” caracterizadas por su pluralidad subjetiva<sup>6</sup>, o sugiriendo la conveniencia de prescindir de tales postulados y reemplazarlos por planteamientos como la “extensión intersubjetiva de la cláusula arbitral”<sup>7</sup>.

Sin embargo, como intentaremos demostrar, las razones por las cuales se pretende rehuir o renunciar a premisas inherentes a la teoría general del contrato para la aproximación de los aspectos sustantivos y situaciones que autorizan al *joinder* en el arbitraje comercial, obedece, principalmente, a dos razones: (i) Sectores de la doctrina<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Hilda Aguilar Grieder, “La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional” *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 5 (Enero, 2001): 57-74.

<sup>4</sup> A los efectos del presente trabajo, preferimos conservar la denominación en inglés para su tratamiento, con ánimos de evitar ahondar sobre polémicas que pudiere generar su traducción literal como instituciones conocidas en nuestro hemisferio, como lo es el “*litisconsorcio*”, la “*tercería*”, entre otras.

<sup>5</sup> Manuel Gómez Carrión, “*Joinder of third parties: new institutional developments*” *Arbitration International* 31 (December, 2015): 479-505.

<sup>6</sup> Stavros Brekoulakis, “Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality” (lecture, 30<sup>th</sup> Anniversary of the School of International Arbitration, Queen Mary University of London, London, UK, April 19-21, 2015).

<sup>7</sup> Hernando Díaz-Candia, “Otra mirada al principio de buena fe en el arbitraje internacional” *Foro de Derecho Mercantil Revista Internacional* 67 (Abril-Junio, 2020): 5-64.

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, S.I Strong, “Third Party Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure?” *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 31 (December, 2018). A lo largo del referido estudio, que citaremos en este, el autor parte de un tratamiento único al *joinder* y a la *intervention*. En la sección 1 del presente trabajo, observaremos que no se tratan de lo mismo como su nombre en inglés sugiere, ni tampoco es adecuado.

y en reglamentos de algunas instituciones arbitrales<sup>9</sup> dispensan el mismo tratamiento sustantivo y adjetivo del *joinder* a otras figuras como la intervención voluntaria o "*intervention*", y la asemejan con otras como la acumulación o "*consolidation*", "*cross-claims*", entre otros; pese a que existe una identidad de núcleo entre las antes mencionadas en cuanto a su fundamento teórico, discrepan unas de otras en oportunidades procedimentales y características fenoménicas, y; (ii) como observaremos, existen confusiones conceptuales sobre figuras de la teoría general de la contratación que deviene en un desentendimiento entre comentaristas y motiva los llamados a su abandono, principalmente en torno a las nociones de partes no signatarias y terceros.

Así, en las próximas líneas estudiaremos algunos aspectos sustantivos del *joinder* de una manera en la que rescate, demuestre y destaque la importancia real de los postulados técnicos de la teoría general del contrato como premisa teórica de aproximación al *joinder*, a modo de aporte a una discusión que persiste en la doctrina foránea pero permanece incipiente en Venezuela<sup>10</sup>, de cara a la atención de problemáticas y riesgos procedimentales inherentes a la aplicación de esta figura en el arbitraje tras la constitución del tribunal arbitral.

En ese sentido, hemos estructurado nuestro trabajo en una estructura de tres partes que estimamos completa para la aproximación al tema desde nuestra perspectiva.

En primer lugar, estudiaremos el tratamiento normativo del *joinder* por reglamentos de instituciones arbitrales, destacando algunas problemáticas procedimentales que entraña el *joinder* en el arbitraje; en segundo lugar, formularemos una revisión crítica sobre la llamada "extensión intersubjetiva" o "eficacia subjetiva" del acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria, como planteamiento acuñado por un sector creciente de la doctrina para rehuir de la teoría general del contrato y que, en consecuencia, trata de justificar sustantivamente al *joinder*; en tercer lugar, examinaremos el *joinder* desde la base contractual del arbitraje, y es en ese punto en donde se estudiarán distintos aspectos sustantivos del *joinder* desde la teoría general del contrato cuya vigencia y practicidad pretendemos demostrar pese al principio de relatividad contractual, enfocados principalmente en la determinación e interpretación de manifestaciones de consentimiento exteriorizadas, y a la luz de ciertas relaciones contractuales especiales con vigencia práctica en el arbitraje.

---

<sup>9</sup> Caso de las *Swiss Rules of International Arbitration*, o simplemente *Swiss Rules*, del Centro Suizo de Arbitraje (*Swiss Arbitration Centre*), recientemente actualizadas en junio del año 2021. Su Artículo 6 unifica el tratamiento normativo del *joinder* con la figura del *cross-claim e intervention*, pero puntualmente separa la acumulación o *consolidation* de las anteriores figuras en el Artículo 7 *eiusdem*.

<sup>10</sup> Entre nosotros, pueden destacarse los trabajos de Hernando Díaz-Candia, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*, (Caracas, Legislación Económica, C.A, 3ra edición, 2016), y Op. Cit., 5, p. 18; así como el de Carlos Lepervanche Michelena, "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y su aplicación a los grupos económicos", en *Tratado de Derecho Arbitral, Tomo II*, dir. Carlos Alberto Soto Coaguila (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 873-887.

## 1. *Joinder* como forma de intervención en el arbitraje doméstico e internacional

Las disputas multipartitas sometidas a arbitraje son una incuestionable realidad<sup>11</sup>, y así lo revelan algunas estadísticas: las *2020 ICC Dispute Resolution Statistics* de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, observaron que “un tercio de los casos (31%) (administrados) involucraron múltiples partes”, manteniendo la tendencia de años anteriores, en los cuales “la vasta mayoría de los casos multipartitos (87%) involucraron de tres a cinco partes”<sup>12</sup>. Igualmente, en el *2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world*, encuesta conducida anualmente por White & Case y la Queen Mary University of London, reportó que el 24% de los encuestados estimó que “procedimientos más adaptados a arbitrajes complejos y multipartitos” constituyen actualizaciones necesarias para atraer a los usuarios a las instituciones y reglas de arbitraje<sup>13</sup>.

Considerando el incremento de las disputas multipartitas sometidas a arbitraje, así como el panorama de litigios y controversias inherentes al COVID-19<sup>14</sup>, a partir del año pasado, y durante el transcurso del actual, importantes instituciones arbitrales en el mundo han actualizado sus reglas de arbitraje para, entre otros asuntos, la atención de controversias subjetivamente complejas por medio de ajustes en cuanto a las disposiciones regulatorias del *joinder*, a partir de las cuales se observa una comunidad de preceptos y soluciones ideadas por aquellas instituciones a los problemas inherentes a la prenombrada figura en el arbitraje, todos los cuales visitaremos en los siguientes dos subcapítulos.

### 1.1. Tratamiento normativo-institucional del *joinder*: una breve visita a sus disposiciones y principios en reglamentos de arbitraje

Los reglamentos institucionales de arbitraje confieren al *joinder* un tratamiento normativo caracterizado por su concepción fundamentalmente procedimental, siguiendo a Eminli<sup>15</sup>, en el sentido de que se han dejado asentadas las bases y el camino procedimental para que el tribunal arbitral o el centro que administra el arbitraje resuelvan una solicitud de *joinder* con independencia de su justificación sustantiva. Igualmente, pese a que los aspectos sustantivos que atañen al presente trabajo permanecen con-

<sup>11</sup> *Kluwer Arbitration Blog*; “Joinder and Consolidation Provisions under 2021 ICC Arbitration Rules: Enhancing Efficiency and Flexibility for Resolving Complex Disputes”, by Smitha Menon and Charles Tian, posted January 3, 2021.

<sup>12</sup> International Chamber of Commerce, *ICC Dispute Resolution 2020 Statistics* (Paris, International Chamber of Commerce, 2021).

<sup>13</sup> White & Case and Queen Mary University of London, *2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world* (London, Queen Mary University of London School of International Arbitration, 2021).

<sup>14</sup> White & Case and Queen Mary University of London, Op. Cit. 12, p. 5.

<sup>15</sup> Humay Eminli, “Joinder of the non-consenting third party in international commercial arbitration and its legal implications: analysis of institutional arbitration rules and national arbitration laws” (LL.M. Final Thesis, Central European University Private University, 2021), 6, [https://www.etd.ceu.edu/2021/eminli\\_humay.pdf](https://www.etd.ceu.edu/2021/eminli_humay.pdf)

trovertidos en la doctrina, es posible afirmar que la regulación normativa-institucional del *joinder* en distintas jurisdicciones es uniforme, con preceptos procedimentales generalmente coincidentes.

Así, en una revisión que ha englobado doce reglamentos o reglas de arbitraje institucional de diferentes instituciones arbitrales a nivel mundial, concretamente nueve internacionales y tres venezolanas, podemos destacar, principalmente, cinco aspectos en los cuales la mayoría de los reglamentos consultados coinciden total o parcialmente.

En primer lugar, una extensa mayoría de los reglamentos visitados concuerda en que la iniciativa del *joinder* recae completamente en manos de las partes intervinientes hasta el momento en el arbitraje en cuestión, y, correlativamente, en el reconocimiento de la potestad del tribunal arbitral o del centro que administra el arbitraje de decidir sobre esa solicitud, así como en la aplicación *mutatis mutandis* de las reglas que disciplinan la preparación, contenido de forma y de fondo, y presentación de la solicitud de arbitraje<sup>16</sup>.

El hecho que exista una tendencia en reglamentar el *joinder* de esta forma en distintos reglamentos internacionales de arbitraje, consistente con el principio *kompetenz-kompetenz*<sup>17</sup> disipa, a nuestro juicio, cualquier controversia que pueda aquejar la posibilidad de que el tribunal arbitral o centro de arbitraje decida sobre la solicitud de *joinder*, y aún más cuando en ciertas cláusulas compromisorias modelo o estándares se indica que las reglas del centro de arbitraje institucional escogido se incorporan por referencia, lo cual implica el reconocimiento a tal potestad para el centro o tribunal arbitral<sup>18</sup>.

En segundo lugar, los reglamentos revisados también coinciden en separar la regulación normativa-institucional del *joinder* en función del momento en el cual se interpone la solicitud de *joinder*, así distinguiendo entre la regulación de las solicitudes de

---

<sup>16</sup> Así, véase Artículo 7 de las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC Court), del año 2021; Artículo 22 (x), Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) del año 2020; Artículo IV, 17.1 y 17.2 del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), del año 2020; Artículo 27.1, 27.2, 27.6 y ss., Reglas de Arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC), del año 2018, Artículo 28.2 de las Reglas de Arbitraje de la Cámara para la Resolución de Disputas de Bahrein; Artículo 14 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), del año 2020, entre otros.

<sup>17</sup> Principio que en ningún caso disputamos, mas sí consideramos que el pronunciamiento de los árbitros sobre su propia jurisdicción debe ajustarse a los parámetros de la teoría general del contrato, como argumentaremos más adelante. Sobre este principio, véase Marcelo Ricigliano Cantos y Diana C. Droulers, "El principio de *compétence-compétence* en Venezuela; criterios sobre quién determina la validez de la cláusula arbitral", en *Tratado de Derecho Arbitral, Tomo II*, dir. Carlos Alberto Soto Coaguila (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 863-872

<sup>18</sup> A modo de ejemplo, podría citarse la cláusula de arbitraje modelo del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC): "Cualquier disputa que surja de o en relación con este contrato, incluyendo cualquier pregunta sobre su existencia, validez o terminación, será referido y finalmente resuelto mediante arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur por el momento en vigor, qué reglas se consideran incorporadas por referencia en esta cláusula". Se observa, entonces, que no será propiamente necesaria una expresión separada de consentimiento por las partes inicialmente intervinientes para autorizar al tribunal arbitral de resolver sobre una solicitud de *joinder*, pues han incorporado al contrato por referencia esas reglas que confieren tan facultad a los árbitros, salvo que las propias reglas así lo requieran.

*joinder* elevadas antes de la constitución del tribunal arbitral de aquellas interpuestas después de la constitución del tribunal arbitral<sup>19</sup>, tendencia que estimamos conveniente a los efectos de soslayar una variedad de problemáticas procedimentales que estudiaremos más adelante, además invitando a las partes, y sobre todo a la parte demandante, a esforzarse por delimitar subjetivamente la controversia de modo que no resulte necesaria una ulterior solicitud de *joinder* y sus procedimientos.

En tercer lugar, existe un consenso más o menos generalizado entre los reglamentos consistente en disponer que la fecha de recepción de la solicitud de *joinder* se entenderá como la fecha de inicio de los procedimientos arbitrales en contra de las partes adicionales cuya intervención se pretenda<sup>20</sup>, a modo de garantizar la continuidad del proceso arbitral y evitar la prolongación de la incidencia, considerando que la parte adicional podría cuestionar la jurisdicción del tribunal arbitral posteriormente; de allí que algunos reglamentos, por ejemplo, las Reglas de Arbitraje del AIAC, ICC y de la SCC separen la decisión que el tribunal o centro de arbitraje emitirá respecto a la solicitud de *joinder* de aquella que pudiera proferir sobre su propia jurisdicción.

En cuarto lugar, pese a que algunas reglas se aparten de esta tendencia, la mayoría de los reglamentos de arbitraje consultados convienen en conferir a la parte adicional cuya participación requiere la solicitud de *joinder* la oportunidad de ser escuchados con anterioridad al pronunciamiento del centro o tribunal arbitral<sup>21</sup>. La disciplina de una oportunidad dentro del procedimiento destinada a escuchar a la parte cuya participación se requiere deviene fundamental ante una de las problemáticas que estudiaremos con posterioridad atinente al nombramiento de los árbitros, asunto respecto al cual no existe uniformidad en cuanto a su tratamiento en caso de que se solicite el *joinder* después de la constitución del tribunal arbitral.

---

<sup>19</sup> En esta línea, véase Reglas 7, 7.1, 7.2, 7.8 y ss. de las Reglas de Arbitraje del SIAC; Artículo 27 de las Reglas de Arbitraje administrado por la HKAIC, Artículo 7.5 de las Reglas de Arbitraje de la ICC Court; Artículo 6, Reglas de Arbitraje Internacional del Centro Suizo de Arbitraje del año 2021; Artículo IV, 17.1 y 17.2, Reglamento de Arbitraje del CIAM; Artículo 69 del Reglamento General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo, con la salvedad de que el prenombrado Artículo 69 de este Centro es una réplica casi fiel del Artículo IV, 17.1 y 17.2 del Reglamento de Arbitraje del CIAM, lo cual cuestionamos, pues en la práctica podría hallarse peligrosamente descontextualizado en una ciudad en la cual el arbitraje permanece incipiente como Maracaibo, siendo que las reglas del CIAM se hallan adaptadas a una ciudad considerada un atractivo asiento arbitral, además de ser el CIAM un centro arbitral que ha administrado casos arbitrales de importantes dimensiones y cuantías.

<sup>20</sup> Véase, Regla 21.9 de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Asia (AIAC) del año 2021; Artículo 13(3) de las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC); Artículo 14.4 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA.

<sup>21</sup> Véase, Artículo 6(3) y 6(4) de las Reglas de Arbitraje Internacional del Centro Suizo de Arbitraje del año 2021; Artículo 19(7) de las Reglas del Centro de Arbitraje Internacional de Tokio (IACT) del año 2018; Artículo 7.4 de las Reglas de Arbitraje del SIAC; Regla 21(5) de las Reglas de la AIAC del año 2021, las cuales estimamos especialmente redactadas, pues son explícitas en exigir del requerido su consentimiento u objeción al *joinder*.



En quinto lugar, y finalmente, algunos reglamentos institucionales refieren la decisión arbitral sobre el otorgamiento o rechazo de la solicitud de *joinder* a “circunstancias relevantes” que los árbitros o el centro arbitral deben ponderar<sup>22</sup>.

En efecto, mientras que algunos reglamentos como las Reglas de Arbitraje Internacional del Centro Suizo de Arbitraje del año 2021 no determinan conceptualmente la noción de “circunstancias relevantes”, acaso con el propósito de que los propios árbitros o el centro arbitral determinen el alcance de ese concepto con base en el caso concreto, o reglas como las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la SCC limitan su referencia a que el tribunal arbitral “no carezca manifiestamente de jurisdicción” sobre la parte adicional requerida, reglamentos como las Reglas de Arbitraje de la AIAC y de la ICC sí indican, aunque sin limitación, algunas circunstancias relevantes que el tribunal debe estimar, tales como el consentimiento de la parte adicional, que la parte adicional se halle *prima facie* sujeta a la cláusula arbitral, o la eficiencia de los procedimientos<sup>23</sup>.

Ahora bien, algunos puntos importantes continúan controvertidos, sin que necesariamente exista uniformidad en cuanto a su tratamiento normativo-institucional en lo que al *joinder* respecta<sup>24</sup>. Asuntos como la autoridad que decide sobre la procedencia o improcedencia de la solicitud de *joinder*, siendo ya el tribunal arbitral propiamente o el centro que administra el arbitraje; el límite procedimental a la interposición de solicitudes de *joinder*; si debe requerirse o no el consentimiento como única justificación sustantiva al *joinder* o si, por el contrario, debe ponderarse junto con el elemento de eficiencia en los procedimientos; todos estos puntos tienen un tratamiento distinto, que, como se argumentará en siguientes líneas, debe ponderarse únicamente, o por lo menos con un razonable privilegio, el consentimiento.

## 1.2. Algunas problemáticas procedimentales inherentes al *joinder* en cuanto figura aplicada en el arbitraje

El *joinder* como figura procedimental aplicada en el arbitraje no se halla exento de problemáticas y riesgos en su aplicación. Sin perjuicio a la uniformidad antes verificada en cuanto a su tratamiento normativo-institucional, el *joinder* entraña un conjunto de problemas cuya atención no ha escapado de los reglamentos institucionales, pero que persisten en la actualidad y continuarán orientando las reformas a las provisiones inherentes al *joinder*. A los efectos de nuestro estudio, destacaremos cuatro problemáticas y riesgos procedimentales que estimamos como los más acuciantes y aquellas a las cuales la atención de las reformas de ciertos reglamentos institucionales se ha dirigido.

<sup>22</sup> Véase, Artículo 7.4 de las Reglas de Arbitraje del SIAC; Artículo 7.5 de las Reglas de Arbitraje de la ICC; Regla 21.6 de las Reglas de Arbitraje del AIAC; Artículos 13, y 14 por referencia, de las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la SCC.

<sup>23</sup> Regla 21.6 de las Reglas de Arbitraje de la AIAC.

<sup>24</sup> Permanece silente, desafortunadamente, el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, que solamente tiene el Artículo 43 que difícilmente podría aplicarse en casos de *joinder* por su contenido genérico.

Primero, una dificultad inherente al *joinder* estriba en el nombramiento o designación de los árbitros, es decir, en la “composición del tribunal arbitral”, siguiendo a Born y Prasad<sup>25</sup>.

En principio, las partes inicialmente intervinientes en el proceso, o aquellas entre las cuales se instituyen el conjunto de relaciones jurídicas que dimanarían del arbitraje iniciado, tienen la facultad de nombrar al árbitro o a los árbitros que decidirán la controversia. Sin embargo, cuando en el transcurso del proceso posterior a la constitución del tribunal arbitral se dispone o requiere la participación de una parte adicional por iniciativa de una de las partes iniciales, la parte adicional puede disputar la legitimidad y competencia subjetiva del tribunal arbitral, además de su jurisdicción, alegando, justamente, que no participó en el nombramiento de los árbitros.

Estimamos que la prenombrada objeción a la constitución del tribunal arbitral devendría fundada, pues lesiona, en principio, un precepto fundamental para el arbitraje como lo es la igualdad entre las partes.

Aunque algunos autores como Strong argumentan que el problema en torno a este particular yace en la confusión entre el derecho al nombramiento de los árbitros con una “afiliación a las partes” de los árbitros designados<sup>26</sup>, la respuesta de los reglamentos institucionales a este problema puede dividirse en dos tendencias: primero, la tendencia que consiste en sujetar la unión de las partes adicionales requeridas a su renuncia al derecho de nombrar árbitros<sup>27</sup>, cónsona con decisiones de la *Cour de Cassation* francesa, como indica Choi<sup>28</sup>; y segundo, aquella tendencia que permite al centro arbitral resolver la remoción del tribunal arbitral para facilitar un nombramiento ulterior por todas las partes, tendencia que consideramos sustantivamente más conveniente<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Gary Born and Dharsini Prasad, “Joinder and Consolidation” *International Arbitration Review* 5 (July, 2018): 53-85. En este estudio basado en las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Resolución de Disputas de Bahréin, Born y Prasad destacan algunas problemáticas inherentes al *joinder*, sin dejar de destacar que “(m)ecanismos como el *joinder* y la *consolidation* también mejoran la calidad del proceso decisorio”, pues, cuando “asuntos fácticos y legales vinculados son escuchados juntos, quien decide puede adquirir un entendimiento más completo y contextualizado de las obligaciones y transacciones de las partes”.

<sup>26</sup> Y, en ese sentido, Strong indica que limitar el derecho de un “tercero” a unirse a la controversia “se abandona la idea de que el arbitraje puede ser objetivo y prevalecería la noción de que la afiliación a las partes es determinante”. Disentimos de este argumento, por cuanto es uno de los pilares fundamentales del arbitraje que las partes puedan seleccionar a los árbitros, lo cual no significa que las partes determinen una “afiliación” del árbitro a sí mismas, sino que las partes pueden considerar que las áreas de experticia del árbitro se compadezcan con aquellas sobre las cuales versa el arbitraje. Igualmente, las partes son libres de cuestionar la competencia subjetiva de los árbitros designados en caso de que estimen la existencia de tal “afiliación”. Invitamos al lector, no obstante, a leer la interesante postura de Strong. Véase Strong, Op. Cit., 7, p. 929.

<sup>27</sup> Tendencia a la que se adhiere, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje del CIAM, Artículo IV y 17.2, y el Reglamento General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo, artículo 69, con la misma excepción que en la nota 19.

<sup>28</sup> Véase Dondoo Choi, “Joinder in international commercial arbitration” *Arbitration International* 35 (January, 2019): 29-55. Sobre este particular, Choi hace un interesante recuento de las decisiones de la *Cour de Cassation* en casos como *Siemens AG and BKMI Industrieanlagen GmbH v. Dutco Construction*, en la cual la Corte francesa sostuvo que el principio de igualdad de las partes en la designación de los árbitros “es un asunto de política pública”, y, por ende, tal derecho “puede ser renunciado solamente después de que la disputa surge”.

<sup>29</sup> Tendencia que suscriben los Artículos 7.6 y 7.7 de las Reglas de Arbitraje de la SIAC; Artículos 27.13 y 27.14 de las Reglas de Arbitraje administrado por la HKIAC; Regla 21.8 de las Reglas de Arbitraje de la AIAC, entre otros.

En segundo lugar, el *joinder* experimenta un desafío en la distribución de los costos y gastos, y, en general, en cuanto al financiamiento de los procedimientos arbitrales. Se entiende, inicialmente, que cada parte asume la responsabilidad de financiar su parte de los gastos relativos a, o derivados del, proceso arbitral, considerando también la posibilidad de que una de las partes opte por un tercero que financie tales gastos, denominado en doctrina foránea “*third-party funding*”<sup>30</sup>.

No obstante, en el caso del *joinder* posterior a la constitución del tribunal arbitral, y más aún dada la posible reticencia de la parte adicional requerida respecto a participar en el procedimiento y la “orden” del tribunal arbitral para que este tercero participe, este aspecto permanece controvertido, pues privaría de sentido que cada parte asuma sus costos si la parte adicional cuya participación se requiere se rehúsa a intervenir, aunado a que los tribunales arbitrales se hallan vedados de “forzar” la intervención de ese tercero y consecuentemente de adjudicar su parte de gastos y costos. Debe recordarse que, como sostuvo la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en *Volt Information Sciences v Lelan Stanford, Jr. University*, “el arbitraje (...) es un asunto de consentimiento, no de coerción”<sup>31</sup>.

En tercer lugar, una disputa subjetivamente compleja por la participación requerida de partes adicionales en virtud de solicitudes de *joinder* conlleva a preocupaciones atinentes a la preservación de la confidencialidad. En el arbitraje se considera y discute información privada de las partes en contienda, y la intervención que se requeriría eventualmente de una parte adicional podría diluir o comprometer la confidencialidad o reserva de esa información, aún de una forma limitada, como observan Born y Prasad<sup>32</sup>.

Por último, en cuarto lugar, riesgos de impugnabilidad eventual de un laudo definitivo asociados al *joinder* son una posibilidad inminente en el tratamiento arbitral de una controversia subjetivamente incierta, o a lo menos compleja.

Entre nosotros, un laudo proferido tras un procedimiento en el cual se verificó el trámite de una solicitud de *joinder* a favor de la cual el tribunal decidió puede verse en riesgo en virtud de las causales (b) y (c) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, atinentes a la constitución y composición del tribunal arbitral.

En ese sentido, e interpretando las causales del prenombrado artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial de una manera en la que garantice que el recurso de nulidad sea el único mecanismo procesal de impugnación, la parte adicional también podría

<sup>30</sup> Sahana Ramesh, “Third-Party Funding in International Arbitration: Ownership of the Claim, Consequences for Costs Orders, and Regulation” *Arbitration International* 36 (May, 2020): 275-295. En este caso, algunos reglamentos exigen la revelación de la identidad del tercero que financia los procedimientos para una de las partes.

<sup>31</sup> *Volt Information Sciences v Lelan Stanford, Jr. University*, 489 U.S. 468 (1989), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/468/>. Aun cuando los criterios de la Suprema Corte naturalmente han evolucionado a lo largo de los años, este principio, del cual parte la *Federal Arbitration Act*, permanece incólume.

<sup>32</sup> Born y Prasad, Op. Cit. 23, p. 57.

disputar el laudo definitivo en virtud de la causal (d) del artículo 44, argumentando que no suscribió ni es parte del acuerdo de arbitraje respecto del cual se deduce la controversia, y/o que tal acuerdo arbitral, ajeno a sí, no haya previsto una controversia que lo involucre<sup>33</sup>, aun cuando, como argumentaremos en las siguientes dos secciones, la determinación de las partes de una controversia que involucre a una parte adicional o a un tercero no es motivo para constreñir a la parte en cuestión para que intervenga.

Por los mismos motivos al laudo arbitral definitivo pudiera serle negado el reconocimiento y ejecución en sede extranjera en virtud del Artículo V de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del año 1958, ya por motivo de la causal (b) del prenombrado Artículo V, o por vía de las causales (a) y (c) del mismo Artículo V, por cuanto la parte adicional cuya intervención “ordena” el tribunal arbitral puede disputar la validez del acuerdo o cláusula de arbitraje en sentido subjetivo, vale decir, argumentar que no es parte comprometente y la cláusula es subjetivamente inválida respecto a sí mismo.

## **2. El planteamiento sustantivo fundamental de justificación del *joinder*: la denominada “extensión intersubjetiva” del acuerdo o cláusula arbitral. Revisión crítica del argumento desde la base contractual del arbitraje**

Varios autores se han preocupado por hallar una justificación sustantiva al *joinder*, considerando la complejidad de los factores que deben informar cualquier postulado doctrinal, así como la naturaleza jurídica mixta del arbitraje, que tiende a combinar una base contractual con un marcado contenido procesal. El planteamiento que más se ha acercado a una justificación sustantiva sistematizada del *joinder* y que ha sido aceptado por algunas legislaciones, es aquel que distintos autores en la doctrina nacional y extranjera denominan la “extensión intersubjetiva” o “eficacia subjetiva” del acuerdo arbitral, el cual revisaremos brevemente en las venideras líneas bajo una óptica crítica del mismo.

---

<sup>33</sup> Interpretamos exhaustivamente el artículo 44 (d) de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana a modo de compaginar nuestra idea y suscribir, como en efecto lo hacemos, la concepción de la doctrina y de la jurisprudencia del recurso de nulidad como el único medio de impugnación del laudo arbitral, con el propósito de, como sostiene Mezgravis, “reducir a su mínima expresión la intervención judicial en el proceso arbitral”, y siendo que el texto del artículo 44 de la referida Ley limita expresamente la impugnación del laudo al recurso de nulidad, como “vía judicial de carácter excepcional, que no constituye una forma de revisión exhaustiva de la decisión arbitral”, en palabras de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Véase, Andrés Mezgravis, *Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial*, en Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999); y Sentencia N° 00263 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14 de octubre del 2021, recurso de nulidad incoado por PDVSA GAS, S.A en contra de Laudo Arbitral dictado el 11 de mayo de 2004 por el Tribunal Arbitral constituido por los árbitros Eugenio Hernández-Bretón, René Plaz Bruzual y Luis Alfredo Araque Benzo, constituido en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, ponencia de la Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel.

En líneas generales, la “extensión intersubjetiva” o “eficacia subjetiva” del acuerdo o cláusula arbitral consiste en un postulado que se origina a partir de la premisa de que existen partes más allá de quienes han suscrito formal o nominalmente la cláusula de arbitraje, y, en consecuencia, la cláusula o acuerdo arbitral son susceptibles de “extenderse” a “terceros” que no las hayan suscrito formalmente<sup>34</sup>.

Así, aunque generalmente el arbitraje depende de una cláusula o acuerdo arbitral escrito y formalmente suscrito como forma de exteriorización inequívoca del consentimiento de quienes desean comprometer sus controversias en árbitros, ambos, la cláusula o el acuerdo de arbitraje, pueden ser objeto de extensión, interpretando el alcance de tal extensión con base en el principio de buena fe y de “flexibilidad del arbitraje con respecto al consentimiento en la cláusula arbitral”<sup>35</sup>. Algunos comentaristas que suscriben tales planteamientos, como Muñoz, incluso advierten que “el arbitraje podría imponerse a las partes que no hayan aceptado someterse a un procedimiento arbitral”, y hasta a aquellos “que hayan expresamente rechazado este modo de resolución de litigios”<sup>36</sup>.

Igualmente, autores de la doctrina patria como Díaz-Candia consideran que, para determinar la “extensión” de la cláusula de arbitraje resultará necesario examinar “qué personas se encuentran en una especial situación de hecho, que las hace diferenciables del resto de la colectividad, con respecto a la cláusula arbitral”, mencionando supuestos fácticos como el “conocimiento privilegiado de la cláusula arbitral”, las relaciones corporativas “con las personas mencionadas en la cláusula arbitral y han participado (...) en el desarrollo del contrato o los hechos” de la controversia, o casos como el abuso de la personalidad jurídica<sup>37</sup>.

Con base en lo anterior, la teoría de la “extensión intersubjetiva de la cláusula arbitral” se armoniza –o acaso se complementan necesariamente– con un postulado teórico de Brekoulakis, quien, circunscribiendo su planteamiento a la eventual intervención o *joinder* de las partes no signatarias, propone un viraje conceptual de la noción de “consentimiento” al concepto de “disputa”, en el cual descarta la necesidad de probar que una parte no signataria ha prestado o no su consentimiento, sino que solamente será necesario determinar que aquella “se halla inextricablemente implicada en una disputa sometida a arbitraje”<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Jesús Córdova Schaefer, “¡Yo no firme nada!: Los no-signatarios del convenio arbitral. La estructura del artículo 14 de la Ley arbitral peruana” *THEMIS-Revista de Derecho* 71 (Enero, 2017): 69-89.

<sup>35</sup> Véase Díaz-Candia, Op. Cit. 10, pp. 95-97. Aunque no se suscribe el planteamiento descrito, se invita al lector a considerar esta postura.

<sup>36</sup> Alexandra Muñoz, “La extensión del convenio de arbitraje sin consentimiento: ¿una excepción francesa?” *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* 2 (Agosto, 2012): 15-20. Justo como Choi, Op. Cit. 27, la autora estudia el planteamiento de la extensión intersubjetiva de la cláusula de arbitraje con base en criterios franceses, específicamente de la *Cour d'appel* de París, renombrada por los múltiples casos que se han elevado a su conocimiento de laudos emitidos por la ICC Court.

<sup>37</sup> Véase Díaz-Candia, Op. Cit. 10, p. 96.

<sup>38</sup> Véase, Brekoulakis, Op. Cit. 1., p. 612.

Finalmente, se ha citado el caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, resuelto en el año 1984 por la ICC Court, como el caso emblemático que justifica el planteamiento de la extensión intersubjetiva del acuerdo de arbitraje, y que ha guiado a la jurisprudencia francesa en la aplicación práctica de este postulado. En este caso, como narra Meyniel, la ICC Court decidió “extender el alcance (o mejor, validez) *ratione personae* de una cláusula arbitral a la casa matriz y filiales” de un grupo económico, considerando tres factores: la realidad económica del grupo, el consentimiento de las partes, y su participación en la negociación, cumplimiento o terminación del contrato<sup>39</sup>.

Ahora bien, aun respetando el planteamiento explicado sobre la “extensión intersubjetiva” de la cláusula arbitral, y otro que estimamos su complemento como lo es la teoría que propone Brekoulakis, ambos que se han generalizado en doctrina y legislación comparada<sup>40</sup>, consideramos que parten de algunos equívocos que expondremos abajo.

Primero, observamos que una cláusula arbitral o acuerdo de arbitraje no se “extiende”, ni tampoco se especifica su “eficacia subjetiva”. En efecto, siguiendo a Soto Coaguila, el término “extensión” es impropio, por cuanto “no se extiende el convenio”, sino que “se aplica o no se aplica”, o, aún más concretamente, se determina con especificidad su contenido subjetivo o validez subjetiva como contrato que es partiendo del consentimiento<sup>41</sup>, que en ningún caso puede ser descartado.

En segundo lugar, y por razones análogas al pretérito motivo, nos resulta forzoso disentir de la teoría de Brekoulakis, y de aquellos quienes indican que “el arbitraje podría imponerse a las partes que no hayan aceptado someterse a un procedimiento arbitral”, hasta a quienes “que hayan expresamente rechazado este modo de resolución de litigios”<sup>42</sup>.

Pese a los llamados de algunos autores a repensar la noción de “consentimiento” para convertirla en un concepto más funcional para el arbitraje entre ellos el propio Brekoulakis, no existe nada como arbitraje sin consentimiento<sup>43</sup>. Incluso en aquellos casos en los que parece prescindirse del consentimiento sigue habiendo una expresión del mismo como núcleo del arbitraje.

---

<sup>39</sup> Alexandre Meyniel, “That Which Must Not Be Named: Rationalizing the Denial of U.S. Courts with Respect to the Group of Companies Doctrine” *The Arbitration Brief* 3 (January, 2013): 18-55.

<sup>40</sup> A modo de ejemplo, el Artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje de Perú del año 2008, y más actualmente el reciente Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, en su Artículo 6, ambos se adhieren al planteamiento de la extensión intersubjetiva de la cláusula arbitral.

<sup>41</sup> Carlos Alberto Soto Coaguila, “Presentación al Anuario Latinoamericano de Arbitraje” *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* 2 (Agosto, 2012): V-X.

<sup>42</sup> Véase, Muñoz, Ob. Cit. 34, p. 19.

<sup>43</sup> *Kluwer Arbitration Blog*; “Relooking at Consent in Arbitration”, by Benson Lim and Adriana Uson, posted February 12, 2019.

En tercer lugar, igualmente, consideramos que no es posible indagar, como prefiere Díaz-Candia, sobre las “personas se encuentran en una especial situación de hecho, que las hace diferenciables del resto de la colectividad, con respecto a la cláusula arbitral”<sup>44</sup>, planteamiento que consideramos una reproducción replanteada del postulado antes descrito de Brekoulakis sobre el reemplazo de la noción de “consentimiento” por la noción de “disputa”, esta vez agregando una consideración de la situación de hecho de las partes involucradas.

En realidad, lo que atañe indefectiblemente al tribunal arbitral es, como argumentaremos en las siguientes secciones, el estudio de las exteriorizaciones de consentimiento de las partes cuya intervención se requiere en la solicitud de *joinder*.

Asimismo, conviene resaltar que diferimos de partir de una consideración generalizada del caso *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain* como premisa de aproximación sustantiva a una institución como el *joinder*, pues el caso estribó exclusivamente sobre grupos de compañías, una doctrina que, por la profundidad de los nexos entre las sociedades como centros de imputación pertenecientes a un grupo y por el tratamiento uniforme que se le dispensa a las compañías entrelazadas como unidad económica, es un caso que se desajusta de otros comunes denominadores que también imperan en las relaciones económicas, pero cuya importancia podría descartarse por partir de la doctrina de grupos de compañías, tales como los contratos o estipulaciones a favor de terceros, *facta concludentia*, entre otros<sup>45</sup>.

Finalmente, como punto de partida de la venidera exposición, estimamos importante rechazar que la “extensión intersubjetiva de la cláusula arbitral”, o, técnicamente más correcto, la verificación de la validez subjetiva del acuerdo de arbitraje, para de los principios de buena fe y “flexibilidad” del consentimiento, en primer lugar porque el consentimiento es una noción que deviene inexplicable si se le separa de la teoría general del contrato, y en segundo lugar por cuanto los preceptos antes mencionados no explican por sí solos el consentimiento ni sus exteriorizaciones.

---

<sup>44</sup> Véase Díaz-Candia, Op. Cit. 10, p. 96.

<sup>45</sup> De allí la reticencia de las cortes estadounidenses, como explica Meyniel, en renunciar a teorías conocidas como la *incorporation by reference*, *assumption*, *agency*, *veil-piercing* y *alter ego* por aplicar la teoría de los grupos de compañías. Véase Meyniel, Op. Cit. 37, pp. 21-22.

### 3. El examen del *joinder* desde la base contractual del arbitraje: la determinación e interpretación por parte del tribunal arbitral de manifestaciones de consentimiento exteriorizadas y de su jurisdicción como justificación sustantiva del *joinder*

En la Introducción del presente trabajo, indicamos que existen algunas confusiones en cuanto a conceptos y figuras de la teoría general del contrato que han motivado el desentendimiento entre ciertos autores, lo cual se torna más evidente en los autores que han tratado al *joinder* en sus vertientes sustantivas y procedimentales: Muñoz, por ejemplo, antes citada, aunque con planteamientos muy estructurados, emplea indistintamente las nociones de “partes no signatarias” y de “terceros” al tratar el “fundamento de la extensión del convenio de arbitraje”<sup>46</sup>, mientras que Strong incurre en el mismo error al tratar los aspectos procedimentales del *joinder*<sup>47</sup>.

En atención a la confusión antes revelada, resulta evidente que el primer paso para lograr aclarar el panorama sustantivo del *joinder* es empezar por una distinción entre los conceptos de partes no signatarias y terceros, lo que nos redirige, *a fortiori*, a la noción de consentimiento. Siendo el arbitraje una “creación contractual”<sup>48</sup> que, sin perjuicio a su esencia jurisdiccional concurrente, depende del consentimiento de las partes, la línea definitoria de la condición subjetiva de un sujeto respecto a la cláusula de arbitraje, y consecuentemente frente a una solicitud de *joinder* formulada en su contra, la traza el consentimiento que pueda prestar a la cláusula arbitral<sup>49</sup>.

Melich Orsini observa que “el consentimiento es esencialmente un acto bilateral”, es decir, amerita la concurrencia de dos voluntades, y no solo una, para la formación del contrato, lo cual aplicaría, *mutatis mutandis*, a la formación del acuerdo de arbitraje. Ahora bien, una acepción más restringida de consentimiento que explica el prenombrado autor explica mejor, a nuestro juicio, la determinación de la condición subjetiva de una parte ajena al proceso cuya intervención se requiere por vía del *joinder*, pues tal acepción restringida, también denominada “asentimiento”, consiste “en una única declaración de voluntad, con contenido adhesivo respecto de la otra voluntad”<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Véase, Muñoz, Ob. Cit. 34, p. 16.

<sup>47</sup> Véase Strong, Op. Cit., 7, p. 931. Sin embargo, en descargo del prenombrado autor, cuyo artículo que citamos está escrito en inglés, podría haberse empleado el término “third party” o “third-party” asumiendo que se trataba de “terceros” ajenos al procedimiento, lo cual estimamos válido.

<sup>48</sup> Gordon Smith, “Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules” *Journal of International Arbitration* 35 (February, 2018): 173-202.

<sup>49</sup> Debe aclararse que nos referimos al consentimiento propiamente de la parte cuya condición subjetiva deba determinarse a los efectos de verificar si existen razones sustantivas para autorizar o no una solicitud de *joinder* en su contra. No nos referimos en este caso al estudio del consentimiento de las partes inicialmente intervinientes. Consideramos que este punto merece una aclaratoria dado que proponentes de la “extensión intersubjetiva de la cláusula arbitral” argumentan que el tribunal arbitral debe interpretar “según la buena fe” la “extensión de la cláusula arbitral” buscando descubrir cuáles fueron las “verdaderas determinaciones” de las partes, como advierte Díaz-Candia. Diferimos de este planteamiento también, pues el consentimiento que presten las partes inicialmente determinadas no es vinculante respecto al sujeto cuya condición subjetiva frente a la cláusula arbitral es, hasta el momento, incierta. Véase, Díaz-Candia, Op. Cit. 10, p. 94.

<sup>50</sup> José Melich Orsini, *Doctrina General del Contrato*, (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 3ra edición, 2012).



Así, por partes no signatarias de una cláusula o acuerdo de arbitraje podemos entender conceptualmente como aquellas realidades subjetivas que no han suscrito formal o nominalmente la cláusula arbitral, pero han prestado su asentimiento por medio de formas alternativas a la firma nominal del acuerdo, y tienen un efecto adhesivo respecto de la voluntad de las partes inicialmente intervinientes en el arbitraje. Así, con énfasis en la palabra “parte”, el no-signatario, si bien no firma la cláusula arbitral, no deja de ser parte de la misma.

Por el contrario, la noción de “terceros” es un concepto fundamentalmente negativo<sup>51</sup>, entendiendo por tercero “toda persona que no sea parte en sentido estricto del contrato”, o, como prefiere López de Zavalia, “*penitus extranei*”, es decir, sujetos absolutamente ajenos y extraños al contrato celebrado, y, en este caso, al acuerdo o cláusula arbitral<sup>52</sup>. La ajenezidad del tercero frente a la cláusula arbitral la representa tanto la ausencia de expresiones exteriorizadas de consentimiento como su extrañamiento del contenido sustantivo o prestacional del contrato.

Con base en los anteriores planteamientos, entonces, podemos afirmar que un tribunal arbitral no tendría impedimento en ordenar el *joinder* de una parte no signataria del acuerdo o cláusula de arbitraje, siempre que haya consentido la misma y que ese consentimiento se haya exteriorizado, lo cual, en este caso, naturalmente excede y no debe considerarse desde la firma del acuerdo de arbitraje. Igualmente, es forzoso concluir que un tribunal arbitral no puede instruir el *joinder* de un “tercero”, en cuanto “*penitus extranei*”, por cuanto es absolutamente ajeno tanto a la cláusula arbitral como a los procedimientos de arbitraje; la única excepción que estimamos procedente, en este caso, es que el tercero solicite intervenir voluntariamente al procedimiento arbitral, el tribunal así lo autorice y las partes así lo consientan<sup>53</sup>.

Incidentalmente conviene advertir también, que, como puede deducirse de las líneas pretéritas, el acuerdo o cláusula arbitral, aun sujeto al principio de relatividad de los contratos al cual está subordinado todo contrato en virtud del artículo 1.166 del Código Civil venezolano, tiene una efectiva vigencia más allá de las fronteras que representan las firmas formales de las partes del contrato, determinación que se ha hecho a partir de la teoría general del contrato, observando de esta manera que, más que ser óbice de un arbitraje exhaustivo, promueve un tratamiento comprensivo y subjetivamente definido de la controversia en sede arbitral.

---

<sup>51</sup> Rodrigo Quintero Bencomo, “La sociedad mercantil frente a los pactos parasociales bajo el ordenamiento venezolano” *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 5 (Diciembre, 2020): 461-482.

<sup>52</sup> Fernando López de Zavalia, *Derecho de los Contratos*, (Buenos Aires, Zavalia Editor, 4ta edición, 1997).

<sup>53</sup> Esto, sin perjuicio a lo apuntado en la nota al pie de página número 18 del presente trabajo, ni a lo que dispongan los reglamentos arbitrales al efecto. Debe recordarse, siguiendo a Jedlicka, que el principio de autonomía de la voluntad justifica que las partes decidan modificar el acuerdo de arbitraje en el transcurso del proceso, de modo que se pueda “incluso incorporar nuevos sujetos con el fin de que puedan dirimir sus diferencias en un mismo proceso”. Véase, Pedro Jedlicka, “Recursos de terceros frente a medidas cautelares acordadas por Tribunales Arbitrales” *Derecho y Sociedad*, 9 (junio, 2010): 225-244.

Ahora bien, conceptualmente delimitadas las nociones subjetivas de “partes no signatarias” y de “terceros”, y siendo que la diferencia entre una y otra estriba en las manifestaciones de consentimiento exteriorizadas respecto a la cláusula de arbitraje, el tribunal arbitral observará, al momento de decidir sobre una solicitud de *joinder*, dos desafíos sustantivos: primero, determinar e interpretar las manifestaciones de consentimiento exteriorizadas, y segundo, decidir su propia jurisdicción sobre la parte adicional cuya intervención se requiere por vía de *joinder*.

En cuanto al primer aspecto, debe recordarse que el consentimiento puede expresarse de distintas formas. En efecto, aun cuando generalmente se exige que la cláusula arbitral conste por escrito, ya dentro de un contrato o por separado pero con ocasión a una determinada relación jurídica<sup>54</sup>, el consentimiento que presten las partes a esa cláusula o acuerdo de arbitraje puede ser expreso o tácito, y excede de la mera firma, y de tal modo lo acepta la teoría general del contrato actual: el consentimiento, en general, puede ser expreso o tácito, denominado este último “*facta concludentia*”, sobre el cual centraremos nuestras venideras líneas.

El consentimiento, ya en cuanto voluntad formativa del contrato o en la acepción restringida antes explicada de conformidad con Mélich Orsini, puede inferirse o deducirse con la única condición de que sea “concluyente” e “inequívoco”, según Pinochet Olave y Delgado Castro. Así, siguiendo a los prenombrados autores, “la voluntad es tácita cuando se deduce de un modo concluyente del comportamiento o conducta”, conducta que también puede consistir en palabras siempre que “no estén destinadas a la exteriorización directa de la voluntad de un sujeto”<sup>55</sup>.

Así, el tribunal arbitral podrá deducir e interpretar las manifestaciones de consentimiento exteriorizado de las partes adicionales cuya intervención se requiere en virtud del *joinder* aun del examen de sus comportamientos y conductas respecto al contrato específico contentivo de una cláusula compromisoria, o bien del acuerdo de arbitraje que verse sobre una relación jurídica específica.

Esto explica y le da sentido a la posibilidad de que partes no signatarias de, por ejemplo, contratos o estipulaciones a favor de terceros, contratos de fideicomiso, contratos de seguro, entre otros, sean instruidos a unirse a los procedimientos arbitrales, y que sus posibilidades de objeción se limiten, una vez quede comprobado la existencia de consentimiento, aunado a que consolida la jurisdicción del tribunal arbitral sobre las partes que consintieron. Explica también el *joinder*, eventualmente, de las partes que no suscriben formalmente la cláusula arbitral pero que han participado en la negociación y ejecución del contrato, tendencia a la que se adhieren ordenamientos jurídicos como el

<sup>54</sup> Véase, Díaz-Candia, Op. Cit. 10, p. 94. Como bien apunta el autor citado, que la cláusula arbitral sea escrita “quiere decir que esté fijada en un soporte físico o material, (...) con palabras concretas que no sean alteradas ni sustituidas en el tiempo”.

<sup>55</sup> Ruperto Pinochet Olave y Jordi Delgado Castro, “La teoría de la declaración de voluntad en el negocio jurídico: su aplicación al emplazamiento de las partes en el proceso civil” *Revista de derecho. Coquimbo. En línea* 28 (Enero, 2021): 1-30.

Artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje de Perú del año 2008, y el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, en su Artículo 6.

Ahora bien, es interesante considerar si el llamado principio de interpretación *pro arbitraje*, acuñado por la jurisprudencia patria en distintas ocasiones<sup>56</sup>, juega un papel en cuanto a la interpretación del tribunal arbitral sobre las manifestaciones de consentimiento y la decisión sobre su propia jurisdicción.

Consideramos que, en este caso, no puede interpretarse de una manera en que favorezca al arbitraje ni las manifestaciones de consentimiento exteriorizado ni la jurisdicción del propio tribunal arbitral, por cuanto el supuesto fáctico denota una incertidumbre subjetiva de la controversia, y es necesario rescatar que, sin perjuicio al reconocimiento constitucional del arbitraje en el artículo 258 de la Constitución venezolana, la vía ordinaria de resolución de conflictos es la justicia ordinaria, con todos sus defectos e imperfectos, de suerte que una interpretación *pro arbitraje* de las manifestaciones de consentimiento y de la jurisdicción del tribunal arbitral podría devenir en lesiones al derecho al juez natural de las partes, lo cual expondría al laudo a otros mecanismos de impugnación que, como se evidenció recientemente en la práctica arbitral venezolana, no se tratan del recurso de nulidad.

## CONCLUSIONES

Con base en las líneas anteriores, podemos concluir que los aspectos sustantivos del *joinder*, en efecto, continúan condicionados indefectiblemente por la teoría general del contrato, en el sentido de que la decisión del tribunal arbitral sobre el *joinder*, que engloba tanto la interpretación de las manifestaciones exteriorizadas de consentimiento como la consideración de su propia jurisdicción, deben partir de un examen profundizado del consentimiento que hayan prestado tanto las partes inicialmente intervinientes en los procedimientos arbitrales como las partes no signatarias cuya intervención se requiera en el arbitraje por medio del *joinder*.

Prevalece como el reglamento institucional más adecuado al estado actual de la discusión sobre los aspectos sustantivos del *joinder*, así, las Reglas de Arbitraje de la LCIA, único reglamento dentro de nuestro estudio comparativo en la primera sección que exige el consentimiento de la parte cuya intervención se requiere, aunque escrito.

---

<sup>56</sup> Véase, Sentencia N° 1067 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 3 de noviembre del 2010, caso ASPIVENCA, ponencia de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño; Sentencia N° 1541 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de octubre del 2008, recurso de interpretación incoado por la Procuraduría General de la República sobre el único aparte del artículo 258 de la Constitución, ponencia de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, entre otras. Es un principio que puede considerarse jurisprudencialmente consolidado entre nosotros.

Sin embargo, nuestra conclusión apuntada en líneas anteriores, lejos de representar un perjuicio para el avance del arbitraje, es, por el contrario, beneficiosa para sí mismo: la teoría general del contrato, como hemos intentado explicar, demuestra que la firma o suscripción formal o nominal de la cláusula arbitral no constituyen fronteras impretermitibles a la determinación subjetiva de la controversia, ni la limita exclusivamente a aquellas partes que inicialmente firmaron o participan en los procedimientos arbitrales. Por el contrario, nociones como la distinción entre partes no signatarias y terceros, así como la *facta concludentia* son pruebas de que un tribunal arbitral puede ordenar a una parte adicional –mas no a un tercero- que se una al proceso arbitral iniciado, aun tras la constitución del tribunal arbitral.

Con este estudio hemos pretendido, además de aportar a las discusiones nacionales e internacionales en torno al *joinder* y a sus aspectos sustantivos –y más que nada a las nacionales-, reconocer la importancia de no renunciar a la teoría general del contrato en un arbitraje cuyo desarrollo doctrinal apunta cada vez más a esa misma renuncia, lo cual, a nuestro modo de ver, compromete su autonomía científica en la medida en la que lo acerca al proceso judicial y a sus problemas que convierten al arbitraje en una herramienta más confiable y efectiva de resolución de conflictos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexandra Muñoz, "La extensión del convenio de arbitraje sin consentimiento: ¿una excepción francesa?" *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* 2 (Agosto, 2012): 15-20.
- Alexandre Meyniel, "That Which Must Not Be Named: Rationalizing the Denial of U.S. Courts with Respect to the Group of Companies Doctrine" *The Arbitration Brief* 3 (January, 2013): 18-55.
- Andrés Mezgravis, *Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial*, en Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999).
- Carlos Alberto Soto Coaguila, "Presentación al Anuario Latinoamericano de Arbitraje" *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* 2 (Agosto, 2012): V-X.
- Carlos Lepervanche Michelena, "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y su aplicación a los grupos económicos", en *Tratado de Derecho Arbitral, Tomo II*, dir. Carlos Alberto Soto Coaguila (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 873-887.
- Dondoo Choi, "Joinder in international commercial arbitration" *Arbitration International* 35 (January, 2019): 29-55.
- Fernando López de Zavalia, *Derecho de los Contratos*, (Buenos Aires, Zavalia Editor, 4ta edición, 1997).
- Gary Born and Dharsini Prasad, "Joinder and Consolidation" *International Arbitration Review* 5 (July, 2018): 53-85.
- Gordon Smith, "Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules" *Journal of International Arbitration* 35 (February, 2018): 173-202.
- Hernando Díaz-Candia, "Otra mirada al principio de buena fe en el arbitraje internacional" *Foro de Derecho Mercantil Revista Internacional* 67 (Abril-Junio, 2020): 5-64.
- Hernando Díaz-Candia, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*, (Caracas, Legislación Económica, C.A, 3ra edición, 2016).

- 
- Hilda Aguilar Grieder, "La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional" *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 5 (Enero, 2001): 57-74.
- Humay Eminli, "Joinder of the non-consenting third party in international commercial arbitration and its legal implications: analysis of institutional arbitration rules and national arbitration laws" (LL.M. Final Thesis, Central European University Private University, 2021), 6, [https://www.etd.ceu.edu/2021/emini\\_humay.pdf](https://www.etd.ceu.edu/2021/emini_humay.pdf).
- International Chamber of Commerce, ICC Dispute Resolution 2020 Statistics (Paris, International Chamber of Commerce, 2021).
- Jesus Córdova Schaefer, "¡Yo no firme nada!: Los no-signatarios del convenio arbitral. La estructura del artículo 14 de la Ley arbitral peruana" *THEMIS-Revista de Derecho* 71 (Enero, 2017): 69-89.
- José Mélich Orsini, *Doctrina General del Contrato*, (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 3ra edición, 2012).
- Kluwer Arbitration Blog*; "Joinder and Consolidation Provisions under 2021 ICC Arbitration Rules: Enhancing Efficiency and Flexibility for Resolving Complex Disputes", by Smitha Menon and Charles Tian, posted January 3, 2021.
- Kluwer Arbitration Blog*; "Relooking at Consent in Arbitration", by Benson Lim and Adriana Uson, posted February 12, 2019.
- Manuel Gómez Carrión, "Joinder of third parties: new institutional developments" *Arbitration International* 31 (December, 2015): 479-505.
- Marcelo Ricigliano Cantos y Diana C. Droulers, "El principio de *compétence-compétence* en Venezuela; criterios sobre quién determina la validez de la cláusula arbitral", en *Tratado de Derecho Arbitral, Tomo II*, dir. Carlos Alberto Soto Coaguila (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 863-872.
- Pedro Jedlicka, "Recursos de terceros frente a medidas cautelares acordadas por Tribunales Arbitrales" *Derecho y Sociedad*, 9 (junio, 2010): 225-244.
- Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los Contratos, Tomo I*, (Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999).
- Rodrigo Quintero Bencomo, "La sociedad mercantil frente a los pactos parasociales bajo el ordenamiento venezolano" *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 5 (Diciembre, 2020): 461-482.
- Ruperto Pinochet Olave y Jordi Delgado Castro, "La teoría de la declaración de voluntad en el negocio jurídico: su aplicación al emplazamiento de las partes en el proceso civil" *Revista de derecho. Coquimbo. En línea* 28 (Enero, 2021): 1-30.
- S.I Strong, "Third Party Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure?" *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 31 (December, 2018).
- Sahana Ramesh, "Third-Party Funding in International Arbitration: Ownership of the Claim, Consequences for Costs Orders, and Regulation" *Arbitration International* 36 (May, 2020): 275-295.
- Sentencia N° 1067 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 3 de noviembre del 2010, caso ASPIVENCA, ponencia de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño.
- Sentencia N° 1541 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de octubre del 2008, recurso de interpretación incoado por la Procuraduría General de la República sobre el único aparte del artículo 258 de la Constitución, ponencia de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño.

- Sentencia N° Exp. 00263 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14 de octubre del 2021, recurso de nulidad incoado por PDVSA GAS, S.A en contra de Laudo Arbitral dictado el 11 de mayo de 2004 por el Tribunal Arbitral constituido por los árbitros Eugenio Hernández-Bretón, René Plaz Bruzual y Luis Alfredo Araque Benzo, constituido en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, ponencia de la Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel.
- Stavros Brekoulakis, "Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality" (lecture, 30th Anniversary of the School of International Arbitration, Queen Mary University of London, London, UK, April 19-21, 2015).
- Stavros Brekoulakis, "Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories" *Journal of International Dispute Settlement* 8 (July, 2017): 610-643.
- Volt Information Sciences v Lelan Stanford, Jr. University, 489 U.S 468 (1989), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/468/>
- White & Case and Queen Mary University of London, 2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world (London, Queen Mary University of London School of International Arbitration, 2021).