

LA INTERVENCION DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE: UN DESAFIO AL PARADIGMA

Wanda Perdomo Ramírez¹

SUMARIO: 1. Contexto procesal de la intervención de terceros; 2. El problema de la intervención de terceros en el arbitraje; 3. Algunas "soluciones" reglamentarias: 3.1 Reglamento CCI; 3.2 Reglamento CNUDMI o UNCITRAL; 3.3 Reglamento LCIA; 3.4 Reglamento CEA; 3.5 Reglamento CRC; 3.6 Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional. 4. Un desafío al paradigma: 4.1 Sobre la intervención forzosa de terceros. 4.2 Sobre la intervención voluntaria de terceros; 5. Consideraciones Finales.

1. CONTEXTO PROCESAL DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS

Llamar a un tercero para que participe en una instancia judicial pendiente entre dos o más partes o que sea el tercero quien opte por intervenir, no es nada extraño.

Ahora bien, si en los tribunales, acoger en cuanto a la forma una demanda en intervención depende sólo del cumplimiento de sus requisitos de admisibilidad - capacidad, interés, calidad y un vínculo suficiente con la demanda principal- no ocurre lo mismo en el ámbito arbitral.

En primer lugar, la noción de tercero en el ámbito judicial tiene una sola acepción: todo aquel que no sea demandante o demandado original en el proceso. Sin embargo, en materia arbitral, la noción de tercero tiene dos vertientes, una de las cuales tiene efectos más complicados que la otra. Es tercero aquel que no figura originalmente como demandante o demandado en el arbitraje, pero ha consentido expresa o tácitamente el convenio arbitral. Otra cosa es el tercero, que además de no ser demandante o demandado en la instancia, tampoco ha consentido ni expresa ni tácitamente la cláusula arbitral. En este breve ensayo, nos referiremos únicamente a esta última especie, con la finalidad de analizar si dichos terceros pueden acceder voluntariamente a la justicia arbitral o pueden ser forzados a acudir a la misma.

¹ Abogada asociada de la firma Biaggi & Messina. Árbitro de la Lista Oficial del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, República Dominicana.

Tomando como fuente el Código de Procedimiento Civil Francés², existen dos tipos generales de intervención: la voluntaria, que es cuando el tercero decide incorporarse a un proceso judicial existente y la forzosa, que es cuando una de las partes de un proceso judicial demanda a un tercero para obligarle a incorporarse al mismo.³ Dentro de cada una existen categorías, cuyas condiciones de admisibilidad el Tribunal aprecia más o menos rigurosamente, prestando siempre especial atención a que exista un vínculo razonable con la demanda principal.

En derecho francés, se habla de intervención voluntaria principal cuando el tercero accede al proceso para someter pretensiones particulares en su beneficio, por ejemplo: dos personas discuten la propiedad de un bien que alegan le fue testado por su causahabiente e interviene un tercero para reclamar la propiedad de dicho bien. Por el contrario, se habla de intervención voluntaria accesoria, cuando el tercero persigue apoyar las pretensiones de una de las partes.

En el caso de la intervención forzosa, se trata de perseguir una condenación contra el tercero que es llamado a participar o únicamente que el fallo le sea oponible, es decir, vencer la relatividad de la cosa juzgada.

En líneas amplias, podríamos decir que el juez, en cuanto a la forma, tiene una facultad reglamentada: determina *prima facie* que se cumplen los requisitos para admitir la demanda incidental en intervención, para luego decidirla en cuanto al fondo. Ante la verificación de las formalidades legales, la demanda en intervención debe ser recibida para ser fallada conforme a derecho. Lo contrario sería una denegación de justicia.

En el arbitraje ad-hoc o institucional, la figura de la intervención de terceros se trata de un modo muy dispar. En la mayoría de las ocasiones, se aborda el tema desde la perspectiva de incorporar al proceso a personas que expresa o tácitamente han convenido o aceptado la cláusula arbitral⁴, sin hurgar mucho en los casos de personas que, ajenas a dicho contrato o dicha cláusula, expresan un interés legítimo para acceder a un caso arbitral pendiente o son llamados por una de las partes. Otras veces, advertimos la imposición de requisitos reglamentarios que limitan a los árbitros o, por el contrario, se les deja a estos una facultad potestativa.

2. EL PROBLEMA DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE

² Nouveau Code de Procédure Civile (NCPD). Titre Neuvième. L'Intervention. Arts. 325-338.

³ El NCPD no menciona la intervención cuando habla de arbitraje.

⁴ Se habla de legitimación activa o pasiva, por haber participado activamente en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato en que estaba incluida la cláusula arbitral. Ver caso ICC "DOW CHEMICAL", *Cour d'Appel* Paris, 21/10/1983. También se habla de la doctrina del alter ego, el fraude, el descorrimiento del velo societario, la agencia o el estoppel. No trataremos ninguna de ellas.

La fuente del arbitraje es contractual. Supone que dos o más personas han decidido sustraer de la justicia ordinaria las controversias surgidas o por surgir de una determinada relación jurídica, atribuyendo su conocimiento y decisión a árbitros privados, conforme un método que puede ser institucional (dirigido y administrado por un centro de arbitraje) o ad-hoc.

De la fuente consensual del arbitraje se desprenden dos características esenciales: se requiere el consentimiento de las partes para poder arbitrar⁵ y el vínculo contractual es relativo, solo obliga a aquellos que lo han aceptado.⁶ Entonces, debemos reconocer que parece un contrasentido admitir que un tercero que no ha sido parte del contrato que contiene la cláusula arbitral, se entrometa en la instancia de arbitraje ligada entre las partes que la pactaron. Al igual que, admitir que una sola de las partes “controle” o “manipule” el proceso, llamando a un tercero que no fue parte del contrato arbitral. Sin embargo, entendemos que este aspecto amerita ser visto desde diferentes ópticas.

Como hemos dicho, los enfoques más comunes mezclan la intervención de terceros con la extensión del alcance de la cláusula arbitral. No es nuestro interés entrar en esa disquisición, que aunque interesante, no alude a lo que propiamente llamamos terceros, es decir, personas que no son parte de la instancia y que tampoco acordaron tácita ni expresamente el acuerdo arbitral, pero que sin embargo, son llamadas a participar por una de las partes o quieren incorporarse al proceso. Dependiendo del tipo de intervención, entrarán en valoración diferentes conjuntos de derechos cuya armonización es un reto; algunos que atañen a los suscribientes del pacto arbitral, otros al arbitraje como institución y unos últimos, que atañen a derechos fundamentales que pueden ser afectados.

3. ALGUNAS “SOLUCIONES” REGLAMENTARIAS

3.1 Reglamento CCI

Entre las novedades del recientemente aprobado Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, con entrada en vigencia a partir de enero de 2012,

⁵ Aunque existen casos en que la ley obliga al arbitraje.

⁶ Código Civil Francés, artículo 1165. “*Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121.*” En castellano: “*Las convenciones no producen efecto sino respecto de las partes contratantes; no perjudican a tercero ni le aprovechan, sino en el caso previsto en el artículo 1121.*”

se encuentra su artículo 7⁷ referente a la solicitud de incorporación de partes adicionales.

El alcance de esta norma es muy limitado. En primer término, el texto se refiere a incorporar **partes adicionales**, lo que sugiere que sean personas a las cuales la cláusula arbitral dé alcance. En adición, el artículo regula una posibilidad de una sola vía: que se haga una solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional, quien una vez incorporada, podrá formular demandas en contra de cualquier otra parte en el proceso.

Finalmente, el texto remite a otros artículos del mismo Reglamento, que establecen como condiciones *a priori* que se establezca cual es la cláusula de arbitraje vinculante, por lo que se sobreentiende que debe ser un tercero que haya aceptado la misma.

La intervención voluntaria de terceros no es regulada.

3.2 Reglamento CNUDMI o UNCITRAL

El artículo 17.5 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL) revisado en el 2010,⁸ dispone que el tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas. No se subordina la participación de dicho tercero a que la otra parte lo haya aceptado, aunque esto es relativo, porque reserva a los árbitros la facultad de impedir la intervención si puede perjudicar a una de las partes, salvedad que no entendemos, dado que la intervención de un tercero a instancia de una de las partes, naturalmente tenderá a perjudicar a la otra en sus pretensiones.

La intervención voluntaria no es regulada. Apuntamos que la Ley Modelo de la CNUDMI no se refiere a la figura de la intervención, en general.

⁷ “La parte que desee incorporar una parte adicional al arbitraje deberá presentar su solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional (la Solicitud de Incorporación) a la Secretaría...” Art. 7 Reglamento ICC 2012.

⁸ “El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para una de ellas. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Versión revisada en 2010.

3.3 Reglamento LCIA

El Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA)⁹, contempla la intervención forzosa y no la subordina a la aceptación de la parte que no la requiere. Su artículo 22, letra (h), sobre los Poderes de los Árbitros, permite la intervención de uno o más terceros en el arbitraje, *“sólo a solicitud de una de las partes”*¹⁰, por lo que al utilizar la palabra *“sólo”* concluimos que prohíbe la intervención voluntaria del tercero.

3.4 Reglamento CEA

El artículo 19.2 del Reglamento de Procedimiento de la Corte Española de Arbitraje,¹¹ dispone que mientras un arbitraje se encuentre pendiente de solución, los árbitros, a instancia de parte y previo traslado de la solicitud a las restantes partes por término común de tres días, podrán acordar la intervención de uno o más terceros en el arbitraje, siempre que acrediten tener interés directo y legítimo en el resultado del mismo y que el tercero haya expresado su conformidad por escrito. Nos parece favorable que esta disposición no exige el consentimiento de ambas partes del proceso. No se contempla la intervención voluntaria de un tercero.

3.5 Reglamento CRC

En nuestro país, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, vigente desde el 21 de julio de 2011, regula ambos tipos de intervención: forzosa y voluntaria.

⁹ *“sólo a solicitud de una de las partes, autorizar que uno o varios terceros sean parte del arbitraje, siempre que cualquier tercero y la parte solicitante de su inclusión en el arbitraje hayan expresado su conformidad a este respecto por escrito y su consentimiento para la emisión de un laudo arbitral conjunto o de tantos laudos como partes estén implicadas en el arbitraje.”* Art. 22 h) Reglamento de la LCIA vigente desde el día 1 de enero de 1998.

¹⁰ Sólo a solicitud de una parte.

¹¹ Reglamento de Procedimiento de la Corte Española de Arbitraje vigente desde el 15 de marzo de 2011.

En lo que se refiere a la intervención forzosa, el artículo 9.1 del Reglamento CCR¹² establece que el Tribunal podrá¹³ a solicitud de una de las partes, aceptar la intervención de uno o más terceros como partes, condicionado a que el tercero sea parte del acuerdo de arbitraje, se formulen en su contra demandas específicas y exista un interés directo y legítimo en el resultado del arbitraje.

En lo que se refiere a la intervención voluntaria, el artículo 9.2 dispone: “*En el caso de que la intervención del tercero se produzca de manera voluntaria, el Tribunal Arbitral sólo podrá aceptarla si mediase el consentimiento de todas las partes.*”¹⁴

3.6 Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional

Favorecemos la disposición liberal contenida en el artículo 4 (2) del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional de las principales Cámaras de Comercio de Suiza, pues admite tanto la intervención voluntaria como la forzosa, dejándole al Tribunal amplios poderes de apreciación de su admisibilidad, de manera casuística, después de haber consultado con todas las partes.¹⁵ Destacamos que no requiere aprobación de las partes implicadas ni muestra temor a la intervención voluntaria, que es permitida si reúne los méritos, lo que será decidido por el Tribunal Arbitral apoderado.

4. UN DESAFÍO AL PARADIGMA

Evidentemente, en la práctica intervienen múltiples elementos que corresponde al Árbitro revisar y decidir. En nuestro análisis, haremos abstracción de algunos principios

¹² “El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de una de las partes, aceptar la intervención en el procedimiento arbitral de uno o más terceros como partes, siempre que el tercero sea parte del acuerdo de arbitraje, se formulen en su contra demandas específicas y exista un interés directo y legítimo en el resultado del arbitraje...” Artículo 9.1 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo; vigente desde el 21 de julio de 2011.

¹³ Énfasis nuestro.

¹⁴ Artículo 9.2 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo; vigente desde el 21 de julio de 2011.

¹⁵ “Si, iniciado un procedimiento arbitral regido por este Reglamento, un tercero solicita participar en el mismo o si una de las partes en un procedimiento arbitral regido por este Reglamento solicita que un tercero participe en él, el tribunal decidirá sobre tal solicitud tras consultar con las partes y teniendo en cuenta todas las circunstancias que considere pertinentes para el caso concreto.” Artículo 4 (2) Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional vigente desde julio de 2004.

que entran en juego para la adopción de la decisión arbitral, como se trata de la igualdad, la contradicción, etc. Partiremos de la premisa de que su cumplimiento se ha verificado y que lo que queda es deliberar sobre la posibilidad de que un verdadero tercero¹⁶ participe en un arbitraje.

4.1 La intervención forzosa de terceros

Estamos de acuerdo con que no se puede obligar a un tercero a acudir a arbitraje, si éste no ha consentido la cláusula arbitral de alguna manera que pueda constatarse. Sabemos que el arbitraje es una alternativa a los tribunales ordinarios, que requiere que la persona lo elija, dentro del ámbito de sus derechos de libre disposición. A contrario del juez, el árbitro deriva su autoridad del consentimiento de las partes que han optado por el arbitraje y consecuentemente, su autoridad está confinada a los límites pactados por aquellas. Por lo tanto, el tribunal arbitral no puede obligar a un tercero que no lo ha habilitado y frente al cual carece de imperio.

Discrepamos, no obstante, de las soluciones reglamentarias que establecen condiciones expresas para que la intervención de un tercero sea acogida y a la vez disponen que los árbitros podrán aceptar la intervención. Nos parecen soluciones dubitativas que implican una potestad del Tribunal Arbitral que es contradictoria con una facultad reglamentada que sujeta la admisión de la intervención al cumplimiento de ciertas condiciones limitativas: interés legítimo, vinculación con el resultado del proceso, aceptación por parte del tercero, etc.

La situación de que no se pueda obligar a un tercero a incorporarse a un proceso arbitral entre dos o más partes no se encuentra exenta de problemas. Algunas veces, su efecto es colocar a una de las partes en un estado precario o restar eficacia al laudo a ser dictado.

Imaginemos algunos casos: 1) La parte A tiene un proceso arbitral pendiente con B. A llama en intervención a C, que no ha suscrito ni tácita ni expresamente la cláusula arbitral, pero que se ha obligado frente a A de un modo general, a resarcirle en caso de que le surgiera un conflicto con B; 2) La empresa D ha comprado equipos de la firma E que le ha garantizado el correcto funcionamiento de los mismos por cierto número de años, mediante un convenio sin cláusula arbitral. D vende los equipos a F

que posteriormente la demanda arbitrariamente por el mal funcionamiento de estos. Es del interés de D poner en causa a E; 3) En un proceso arbitral en que se discute una transacción que recae sobre un bien de una comunidad matrimonial o de una sucesión, es del interés de la causa que ambos esposos o todos los sucesores participen, aún cuando sólo uno de ellos haya firmado el convenio arbitral.

¹⁶ Aquel a cuyo respecto la cláusula arbitral es totalmente ajena.

En todas las hipótesis anteriores, supongamos ahora que los llamados en intervención se niegan a ser incorporados al arbitraje en curso. Aunque podrían ser demandados por separado ante la justicia ordinaria, las partes interesadas en “invitarles” al proceso podrían quedar en una precaria posición para defender su caso o el laudo a ser dictado podría perder eficacia.

Podríamos decir que el arbitraje impone esta camisa de fuerza que simplemente se encuentra entre sus desventajas. Es de notar que uno de los autores consultados, aunque igualmente entiende que se requiere el consentimiento de todas las partes para incorporar al arbitraje un tercero voluntario, aporta el interesante enfoque de que en caso de “litisconsorcio necesario” o “*compulsory joinder*”, es decir, cuando la efectividad del laudo depende de citar a uno o más terceros, ya sea por efecto de una disposición legal o por la naturaleza de la relación jurídica; si el tercero se niega a participar en el arbitraje, los árbitros deben declinar el caso para que las partes puedan reabrirlo ante la jurisdicción ordinaria, sobre la base de que su laudo no sería efectivo.¹⁷

Similar situación fue legislada en Colombia, en el artículo 30 del Decreto número 2279 de 1989 y sus modificaciones¹⁸, que prevé que en caso de que el laudo genere efectos de cosa juzgada con respecto a personas que no suscribieron el pacto arbitral, el

Tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que se adhieran al arbitramento y si no lo hacen, entonces se declararán extinguidos los efectos de la cláusula arbitral o compromisoria.¹⁹

Ni en la República Dominicana ni en nuestra matriz jurídica que es Francia, la legislación hace esta clasificación de litisconsorcios. Sin embargo, puede generarse la misma problemática. En ausencia de norma legislativa o reglamentaria que declare extintos los efectos de la cláusula arbitral o compromisoria, vemos difícil que los Árbitros apoderados, en el caso de que el tercero se niegue a participar, puedan declarar de oficio ineficaz o extinta la cláusula arbitral, ordenando a las partes proveerse ante la jurisdicción ordinaria, si no hay elementos de orden público comprometidos. Este aspecto merece un ensayo separado, que queda pendiente.

4.2 La intervención voluntaria de terceros

¹⁷ GIUSTI, Gilberto. *Arbitration and the Parties in International Arbitration*. Publicado en portugués en *Revista de Arbitragem y Mediação ed. Revista dos Tribunais*. Tercer Año. No. 9 abril-junio 2006, Sao Paulo, Brazil.

¹⁸ Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones.

¹⁹ Examinada la constitucionalidad de este artículo por la Corte Constitucional de Colombia, que lo declaró exequible. Ver Sentencia C-163 99.

Sobre este tema, gran parte de la doctrina arbitral así como los principales reglamentos de arbitraje se muestran muy conservadores. En efecto, muchos no mencionan la intervención voluntaria de terceros y otros la subordinan al requisito de ser aceptada por todas las partes, sobre las bases de la autonomía de la voluntad y la relatividad del vínculo contractual, *“res inter alios acta”*. Podría tratarse tanto de una intervención voluntaria pura y simple como cuando una de las partes llama en intervención a un tercero y éste acepta la *“invitación”*.²⁰

No compartimos ese criterio que dificulta la intervención y la sujeta a elementos que inclusive pueden ser discrecionales de las partes. Nos preguntamos: Es aplicable de un modo absoluto el principio *“res inter alios acta”*? Es susceptible de afectar otros derechos? Es conveniente reglamentar la materia o es preferible el silencio?

Pensamos que varios factores deben ser incorporados al prisma bajo el cual se examina el asunto, como son la eficacia del laudo desde el punto de vista jurisdiccional; la búsqueda de la verdad y la posibilidad de afectar derechos fundamentales. Propugnamos la concepción relativa de los derechos, lo que conlleva a la flexibilidad y a la armonización de estos cuando se producen inevitables colisiones. Por dicha razón, no nos inclinamos por las soluciones dogmáticas rígidas, como aquellas que establecen que para acoger una intervención voluntaria de terceros en materia arbitral, se precisa el consentimiento de todas las partes.

En el orden jurisprudencial lo ha dicho magníficamente la Corte Constitucional de la República de Colombia, que en ocasión de la acusación de inconstitucionalidad de una norma legislativa que en dicho país permite la intervención de terceros en el arbitraje²¹, estableció el criterio de que no era constitucionalmente acertado limitar la intervención voluntaria de un tercero a la voluntad de las partes del proceso:

“Si unos particulares suscriben un pacto arbitral en virtud del cual aceptan someter sus diferencias a la decisión de un árbitro, es razonable entender que están habilitando a este tercero a que tome todas las medidas permitidas legal y convencionalmente para la resolución del conflicto específico. Por lo tanto, las partes facultan expresa o tácitamente la intervención de terceros en el proceso, pues el principal objetivo de la instalación del tribunal del arbitramento y de la intención plasmada en el acuerdo es resolver el litigio. En tales circunstancias, no resulta razonable suponer que quienes ya aceptaron que su conflicto fuera resuelto por un tribunal

²⁰ La Corte de Apelación de París ha sentado el principio de que la intervención de terceros no es compatible con el carácter contractual del arbitraje, por lo que para ser viable debe ser aceptada por todos: tercero, partes y árbitros. *Coquard vs. S. A. Videopole*. Paris, Cour d'Appel (1ere Chambre C.), 8 de marzo de 2001.

²¹ El previamente citado artículo 30 del Decreto No. 2279 de 1989.

arbitral tengan a su vez, la posibilidad de impedir la participación de un tercero en ese proceso, puesto que la persona ya había habilitado al tribunal para que resolviera ese conflicto.”²²

En el orden legislativo, la anterior Ley de Arbitraje de Perú, hoy derogada, tenía un artículo interesante cuyo postulado, aunque no se mantiene en la Ley actual, entendemos que permanece subyacente. Es el siguiente: *“El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.”²³*

En ausencia de una fórmula reglamentaria adecuada (que a nuestro entender debe ser flexible para que el árbitro tenga margen para decidir) pensamos que muchas veces resulta mejor escoger la desregulación, como lo han hecho deliberadamente o no algunos reglamentos. Este silencio, al menos deja un espacio que permitirá al árbitro resolver casuísticamente, en base a los hechos y méritos que le son presentados.

Como dice el autor mexicano Francisco González de Cossío, *“cuando un estudioso del arbitraje, abogado practicante, árbitro o juez se encuentre en una circunstancia no contemplada por la letra de la ley arbitral, sin precedentes que brinden orientación sobre cómo resolver la misma, es el deseo de este autor recordarle que, al margen de la postura que considere que más adecuadamente refleja el esqueleto jurídico del arbitraje, la solución que adopte debe ser progresiva, entendiendo por progresiva, que se acerque más a lograr el fin último que busca el arbitraje: ser un mecanismo eficiente para resolver controversias.”²⁴*

La rigidez del dogma es susceptible de acarrear violaciones a derechos fundamentales, tanto del tercero como de la parte que lo ha invitado a participar, asumiendo que el primero ha acogido la invitación. Supongamos que una de las partes en el proceso, sin dialéctica alguna, se niegue a que un tercero participe en el mismo, porque sabe que cuando éste apoye las pretensiones de su contraparte, no le convendrá a su causa. Puede la búsqueda de la verdad verse coartada a discreción? Entendemos que no. Podría el tercero que tiene un interés legítimo y directo en participar en un proceso arbitral, pero que no es incorporado porque una o ambas partes no lo aceptan, ser lesionado en su derecho fundamental de acceder a la justicia? Podría la parte que ha invitado al tercero (quien ha aceptado) ser lesionada en su derecho fundamental a la defensa, cuando sin embargo, no se le permite al primero participar debido a la negativa de la contraparte? Conllevaría esta situación una posible nulidad del laudo final o la apertura de otra vía de tutela para el tercero que resulte lesionado por sus

²² Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-163/99 de fecha 17 de marzo de 1999.

²³ Art. 9 Ley General de Arbitraje de Perú No. 26572 (derogada).

²⁴ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa, Ciudad México. 2004. P. 19.

efectos? Entendemos todas las hipótesis posibles, lo que claramente atenta contra la eficacia del laudo arbitral.²⁵

De acuerdo a lo generalmente consagrado en los textos constitucionales²⁶ y en las convenciones internacionales, el acceso a la justicia debe ser efectivo, oportuno y útil, aspectos que según la Corte Europea de Derechos del Hombre, se aprecian de conformidad con los hechos de la especie.²⁷

El derecho a la defensa es un derecho natural, inmanente, que guarda a cada parte de un litigio, de los excesos del juez o árbitro y de su contraparte, dándole la libertad de exponer su posición como mejor entienda, de acuerdo con su inteligencia. Constituye además, un instrumento esencial para que surja la verdad que debe buscar todo juzgador.

Nos adherimos plenamente al criterio de la Corte Constitucional de Colombia y a la disposición reglamentaria suiza, arriba expresados. El arbitraje es también un método jurisdiccional. Una vez iniciado, es un litigio en toda su extensión. Por lo tanto, las partes que convinieron acudir a arbitraje, deben soportar sus consecuencias plenas, aun cuando éstas incluyan la participación de un tercero. Asimismo, un tribunal arbitral debe poder resolver la situación que se le plantea.

4. Consideraciones Finales

En cuanto al tercero que es llamado a un arbitraje y rehúsa participar, opinamos que nadie puede ser obligado a participar en un arbitraje si no ha consentido expresa o tácitamente una cláusula arbitral o un pacto compromisorio. El Tribunal Arbitral no estaría habilitado a su respecto. Es una consecuencia ineludible del carácter consensual del arbitraje. Ahora bien, en el caso de que la participación del tercero sea indispensable para la eficacia de la solución de la controversia, algunos consideran que el pacto arbitral puede ser declarado extinto por los árbitros, quedándole a las partes el camino de la justicia ordinaria. Opinamos que en ausencia de normativa, será difícil para un Árbitro acoger dicha solución, sobre todo si ninguna de las partes se la ha pedido.

²⁵ Para un futuro ensayo quedan algunos temas interesantísimos como la posibilidad del amparo contra el laudo arbitral, interpuesto por un tercero en estas circunstancias.

²⁶ Art. 69 Constitución de la República Dominicana establece el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita.

²⁷ En el caso *Bellet c/France* (4 dic. 1995 serie A, no. 333-B RUDH 1996, Sudre p.14), la Corte Europea de Derechos del Hombre precisó que la efectividad del derecho de acceso requiere que un individuo goce de la posibilidad clara y concreta de cuestionar un acto. Citado en DALLOZ, *Droit et Pratique de la Procédure Civile*, 1999, Dalloz Action, Paris, Francia. No. 2120. P. 486.

Queda por investigar si en base a los principios contractuales de derecho común y al orden público²⁸, el Árbitro podría optar por dicha solución.

En cuanto al tercero que desea participar en un arbitraje, ya sea que se presente voluntariamente o acepte el llamado de una de las partes; partiendo de las premisas de que tiene un interés personal, directo y legítimo en el resultado del proceso, opinamos que los criterios que subordinan su participación a la voluntad de las partes, contienen un irritante privilegio del principio de la autonomía de la voluntad y la relatividad del vínculo contractual, que no es siempre razonable ni proporcional. Abogamos porque exista la apertura necesaria para que el acceso del tercero a un arbitraje pueda siempre ser examinado por el Tribunal Arbitral, de acuerdo con sus méritos.

Por último, confiamos en que este tema sea objeto de renovado interés para que continúe su proceso de enriquecimiento y transformación.

²⁸ Sobre cuya definición internacional existe una amplia controversia.