EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO RESPECTO AL ALCANCE DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

MARÍA PALACIOS LA MANNA*

Resumen: El arbitraje en la actualidad se configura como una herramienta presente en las transacciones de comercio internacional, garantizando eficacia y seguridad jurídica a las partes; por lo general, son sociedades quienes declaran su voluntad de someterse a esta jurisdicción, sin embargo, en muchos casos el incumplimiento de un contrato resulta algo atractivo para alguien que no es parte signataria del acuerdo pero que sí posee una estrecha relación con alguna de las partes en el contrato; es por eso que se establece la figura de levantamiento del velo corporativo, en búsqueda de responsabilizar a quienes utilizan de escudo la personalidad jurídica de otra sociedad para defraudar a la ley. Pero, cuando hay una cláusula arbitral de por medio, debemos evaluar hasta qué punto se podrá dar el alcance de esta, ya que la obligación de ir a arbitraje es sólo, en principio, entre quienes firman el acuerdo, este artículo pretende desarrollar y analizar los supuestos en que se puede dar el levantamiento del velo, como una forma de inclusión de terceros al proceso.

Palabras clave: Arbitraje, levantamiento del velo corporativo, derecho societario, alter ego societario, grupo de sociedades, actos propios.

Title: The lifting of the corporate veil regarding the scope of the arbitration clause.

Abstract: Arbitration is a tool present in international trade transactions, guaranteeing efficiency and legal security to the parties; In general, it is companies that declare their willingness to submit to this jurisdiction, however, in many cases the breach of a contract is something attractive for someone that is not a party to the agreement but that does

* Abogado mención "cum laude" de la Universidad Central de Venezuela, diploma en contratos Internacionales y Arbitraje de la Universidad Metropolitana. Estudiante de la segunda cohorte del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Senior Associate en el departamento de Tax Legal Services de PwC Venezuela.

have a close relationship with any of the parties to the contract; That is why the figure of lifting the corporate veil is established, in search of holding those who use the legal personality of another company as a shield to defraud the law. But, when there is an arbitration clause involved, we must evaluate to what extent the scope of this can be given, since the obligation to go to arbitration is only between those who sign the agreement. This article aims to develop and analyze the assumptions in which the lifting of the veil can be given as a form of inclusion of third parties in the process.

Key words: arbitration, lifting of the corporate veil, corporate law, corporate alter ego, group of societies, stoppel.

INTRODUCCIÓN

Dentro de las relaciones que se dan en el comercio internacional, con frecuencia, podemos presenciar situaciones en las que los acuerdos no se cumplen, por diversas razones, sin embargo, en la actualidad se evidencia el auge de la inclusión de cláusulas compromisorias en procedimientos arbitrales, donde las partes declaran someterse a la jurisdicción arbitral, como la vía seleccionada para dirimir cualquier controversia derivada de esta clase de contratos.

Así mismo, también es frecuente observar que las partes que suscriben estos contratos son personas jurídicas, por lo que en muchas oportunidades podríamos estar frente a la utilización de la personalidad jurídica independiente de una sociedad como escudo para poder efectuar un fraude a la ley y que los verdaderos responsables de tales acciones no se enfrenten a la justicia arbitral, sino la empresa que directamente forma parte del contrato.

Resulta evidente que en estas situaciones lo ideal es aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo, y evaluar quienes están detrás de la personalidad jurídica tomada como escudo, sin embargo, en materia arbitral, no resulta tan fácil, esto debido a que el arbitraje es un proceso que nace de la voluntad de las partes de someterse a él, siendo una jurisdicción que aplica en casos específicos y no de oficio ante cualquier acción que se quiera ejercer.

La voluntad de las partes es una de las bases fundamentales del arbitraje como lo conocemos, por lo que resulta complicado imaginarse un

procedimiento arbitral donde se incluyen a partes que no declararon su voluntad expresa de someterse a esta jurisdicción.

Este artículo busca abordar las distintas teorías que permiten el levantamiento del velo corporativo, mediante el análisis del vínculo que tenga la sociedad que es usada como escudo con aquellas que se encuentren detrás de ella, de los elementos de que deben tomarse en cuenta para considerar la aplicación del levantamiento del velo y la interpretación extensiva o restrictiva que se deba hacer de la cláusula arbitral.

I. LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

La definición de una persona jurídica es el reconocimiento que se le hace a seres humanos, organizaciones o empresas (entre otras entidades), para que puedan asumir obligaciones o realizar actividades, donde cuenten con plena responsabilidad jurídica, tanto frente a terceros como a sí mismos.

Se configura como una ficción legal, y frente a esta, existe la teoría del levantamiento del velo corporativo, en la que nos vamos a enfocar principalmente a lo largo de este trabajo, la cual consiste en ir más allá de la persona jurídica y evaluar quienes componen a esta, ya sean otras empresas o particulares, que por lo general, usan de escudo la personalidad jurídica de una determinada entidad para abusar de esta, y poder suprimir o minimizar (total o parcialmente) la responsabilidad patrimonial que puedan tener sobre ciertas actuaciones.

Con el levantamiento del velo corporativo se busca "adentrarse en el seno de la persona jurídica, para de ese modo suprimir los fraudes y abusos que por medio del manto protector de la persona jurídica se pueden cometer"[1]. Ya que podremos observar con frecuencia, el uso de sociedades para generar beneficios directa o indirectamente a sus socios.

Respecto de los problemas con los que se enfrenta la personalidad jurídica de estas sociedades, María Candelaria Domínguez establece que: "Uno de los inconvenientes con que se topa la personalidad moral es que esta puede ser utilizada para abusar su forma vulnerando los

[1] Ricardo Yaquez. "La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia" (1997).

derechos de terceros"[2]. Debemos recordar que los socios si bien son parte de una sociedad, son independientes de esta, siendo personas diferentes, con personalidades jurídicas diferentes y que, en principio, poseen patrimonios diferentes.

Sin embargo, pueden darse casos donde el Juez dictamine su desconocimiento a la sociedad como una personalidad jurídica independiente de la de sus socios, lo que nos lleva a asumir que estos se confunden en un todo, y donde los socios pueden realizar actuaciones fraudulentas amparándose en la personalidad jurídica 'independiente' de la sociedad para evadir su responsabilidad directa sobre tales hechos, así como lo señala Morles Hernández: "Esta manera de actuar del órgano judicial tiene como finalidad aplicar individualmente a los socios los efectos de las normas que éstos habían pretendido soslayar mediante el recurso de la personalidad jurídica"[3].

Es importante destacar que a nivel global existe gran parte de la doctrina que defiende el 'levantamiento de velo' frente al abuso de derecho, o fraude a la ley, que puedan hacer sus accionistas, ya que esto responde a principios de responsabilidad civil, además, ya la jurisprudencia nacional lo ha consagrado en reiteradas oportunidades, dejando constancia que tantos las personas jurídicas como las personas naturales no podrán "Escudarse en la personalidad jurídica de las sociedades civiles y mercantiles para lesionar ilícitamente y fraudulentamente a otras personas", y que por ello, "Doctrinas como la del 'disregard' o el levantamiento del velo han sido aceptadas por esta Sala"[4].

Podríamos concluir entonces, respecto a la aplicación del levantamiento del velo corporativo, que el mismo se dará en particulares casos donde podamos evidenciar:

- Que se infringe una norma de orden público.
- La existencia de la intención de eludir la aplicación de dicha norma, el ánimo fraudulento, generando así el elemento subjetivo que lo constituye.
- El fraude a la ley materializado a través de un medio legal, donde la sociedad ha creado una serie de condiciones necesarias para obtener el resultado esperado contrario a derecho.

---

2 María Candelaria Domínguez Guillén. "Derecho Civil I Personas", (2011): 77.

3 Alfredo Morles Hernández. "Curso de Derecho Mercantil. Tomo II", (2002): 867.

4 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia nº 1852 del 5 de Octubre de 2001.

Pero recordemos, que lograr demostrar alguno de estos tres hechos señalados con anterioridad, no es una tarea fácil para quien lo alegue.

II. LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Ahora bien, entendiendo que los supuestos en los que se puede dar el levantamiento del velo corporativo a una determinada sociedad ya están claros, debemos recordar que el contrato es ley entre las partes, y que se encuentra presente el principio de buena fé al momento en que las partes acuerdan cualquier tipo de transacción, sin embargo, son muy frecuentes los casos donde, para alguna de las partes le es económicamente más beneficioso o eficaz, incumplir con algún contrato, o quizás no se le haga tan beneficioso a la sociedad que pactó directamente, pero sí a sus accionistas.

Si dentro de ese contrato nos encontramos con algún acuerdo arbitral, donde se establezca que cualquier conflicto derivado del incumplimiento de este o su alcance será llevado a tal jurisdicción, estaremos entonces ante un caso donde deberemos evaluar: ¿Cuál es el alcance de la cláusula arbitral? ¿Puede la cláusula arbitral comprometer a terceros que no son parte directa siquiera de la transacción que se plantea en el contrato? ¿Debemos limitar el alcance de la cláusula sólo a quienes la suscribieron, aunque existan terceros beneficiados del incumplimiento del contrato sobre el que versa la disuta?

III. LA CLÁUSULA ARBITRAL

La cláusula arbitral es un pacto donde las partes dentro de un determinado contrato se comprometen, por lo general de manera expresa, a someter cualquier conflicto derivado de este, para su resolución a través de la jurisdicción arbitral, estas cláusulas pueden designar que el proceso se lleve a cabo por alguna institución en particular o bajo algún derecho, ya que en la redacción de esta clase de cláusulas se hace primordial establecer una serie de lineamientos para que la misma demuestre de la forma más clara posible, la voluntad real de las partes de abstenerse a acudir a la vía ordinaria.

También podremos conseguir casos donde se lleven procedimientos arbitrales sin que medie una relación contractual previa, tal como lo establece Ramón Escovar Alavarado:

Pues el foro jurídico venezolano debe comprender que no son arbitrables únicamente aquellas controversias que, a la luz del artículo 3 de la Ley de Comercial Arbitraje –en lo sucesivo referida como la «Ley de Arbitraje»– y del precedente de la sentencia N.º 1541/2008, carezcan de arbitrabilidad objetiva o sean contrarias al orden público. Es decir, debemos entender que en procedimiento arbitral puede discutirse el incumplimiento de las obligaciones convencionales de las partes, así como el incumplimiento de sus obligaciones legales y que, por tanto, entran dentro del campo de la responsabilidad extracontractual[5].

Muchas veces esta responsabilidad civil extracontractual puede darse en virtud de la existencia de una relación contractual (también entre terceros) que contenga una cláusula arbitral, donde entonces estaremos presentes nuevamente ante las interrogantes del alcance real de la cláusula.

Sin embargo, lo anterior no implica que los supuestos que podemos encontrar en la responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual entre terceros, constituyan alguno de los supuestos en que la doctrina y la jurisprudencia en materia arbitral hayan permitido la extensión del acuerdo de arbitraje a terceros no signatarios del mismo, como pasa en el caso del levantamiento del velo corporativo, entre otros casos[6].

Ahora bien, el alcance de este cláusula en principio es a las partes que la suscribieron, ya que la base fundamental en esta materia es la de la autonomía de la voluntad, y a la jurisdicción arbitral se acudirá siempre y cuando las partes así lo establezcan, por lo que, si no se evidencia esta declaración de voluntad al momento de ejecutar algún acuerdo, bien podrían las partes acudir a la vía ordinaria sin ninguna represalia, pues debemos tener en claro que las cláusulas arbitrales se construyen y redactan en función de la relación jurídica que protegerán, siendo especialísimas y adecuadas a la naturaleza de cada contrato. Por lo que

---

5 Ramon Escovar "El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual." *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Nro. 13.* (2020)

6 Escovar, "El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual", 548.

se reafirma la máxima según la cual: sin consentimiento no existe arbitraje, pues es este consentimiento el que legitimará a los árbitros y les permitirá hacer uso de sus poderes jurisdiccionales.

Sin embargo, el problema es planteado por el profesor Bernard Hanotiau, cuando nos señala:

> By definition, if one wishes to join a non-signatory, it means that this particular company has not signed the arbitration clause. Can one say that there is therefore no arbitration clause in writing in relation to this particular company and that therefore it may not be joined to the arbitration[7].

En estos casos, si una parte desea acumular acciones con otra parte que no ha firmado el contrato, se entiende que esta última en particular no ha firmado el convenio arbitral relevante. Lo cual nos permite concluir que, con relación a ésta, no existe convenio arbitral por escrito, generando de esta forma una imposibilidad de unirse al procedimiento arbitral.

Podemos puntualizar entonces que, en principio, si un acuerdo arbitral es firmado entre dos personas jurídicas, no podrá ser extensivo a las personas, tanto naturales como jurídicas, que se encuentren detrás del velo corporativo de las firmantes, pues la declaración de voluntad solo se evidencia entre aquellas que suscribieron el acuerdo o cláusula arbitral y se reconoce la independencia de la personalidad jurídica de quienes pueden componer a una persona jurídica. Sin embargo, existen excepciones a este planteamiento, donde debemos entender que no estamos ante una inclusión propiamente dicha de un tercero dentro de la cláusula, en cambio, estamos en búsqueda de quienes son realmente las partes[8].

Ejemplo de esto son los casos de grupos de sociedades, la incorporación por referencia, el asentimiento tácito, el estoppel, la interrelación, la cesión del pacto arbitral y la doctrina del tercero beneficiario, configurándose como solo algunas de las teorías reconocidas en sede de arbitraje comercial internacional referente a la extensión del pacto arbitral.

---

7 Bernard Hanotiau, "Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions. International Arbitration." *Law Library Series* (2005): 49-100.

8 Bran Palacios, "La extensión del convenio arbitral". *LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, (2014): 24.

También encontramos la relación de agencia, denominado a su vez como Derecho de agenciamiento (Agency Law o Law of Agency) configurándose como una rama del Derecho comercial norteamericano que se encarga de tratar las relaciones contractuales, cuasi contractuales o extracontractuales en las que un agente se encuentre autorizado para actuar por cuenta de otra persona o entidad, creando para estas relaciones legales con terceros.

Es por este motivo que teorías como la del 'alter ego', adquieren importancia con el fin de explorar las relaciones que pueden existir entre los sujetos societarios para encontrar a quién es, efectivamente, la parte implicada en el pacto arbitral.

IV. LA TEORÍA DEL ALTER EGO

Cuando nos referimos a la teoría del alter ego, es inevitable pensar en el caso Oil Field of Texas v. Irán, de 1982[9], donde el deber del tribunal era el de determinar si una compañía era en efecto Alter Ego de otra, en esta oportunidad, la conclusión dada por el tribunal consistió en desarrollar que aunque existía un control por parte de las directivas de una de las compañías, permitiéndole incluso seleccionar a los miembros de la junta directiva y demás organismos de la otra, este control o relación de subordinación, era el normalmente esperado en este tipo de relaciones entre "contratante" y "contratista" y en conclusión, asumió que no era procedente llamar a una Alter Ego de la otra.

Sin embargo, con el paso del tiempo se debe reconocer que la teoría del alter ego ha ido evolucionando, y con ella, su concepción ante distintos tribunales, tal es el caso de ADC v. Hungría, donde el tribunal del CIADI, negó el reconocimiento de una sociedad Alter Ego, ya que no se presentaban los elementos necesarios para configurarla, estableció que dichos elementos correspondían al "uso indebido de las formalidades societarias para disfrazar la verdadera identidad y evitar responsabilidades"[10].

---

[9] Oil Field of Texas Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, Oil Service Company of Iran, No. ITL 10-43-FT, del 08 de diciembre de 1982.

[10] ADC Affiliate Ltd., ADC & ADMC Management Ltd. v. The Republic of Hungary, Nro. ARB/03/16, del 02 de octubre de 2006: 44.

En esta materia podemos resaltar la jurisprudencia internacional arbitral en casos como Dow Chemical v. Isover Saint Gobain, en donde un tribunal asumió el consentimiento de dos sociedades, ajenas al pacto arbitral, bajo el argumento de su importante rol en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos sobre los cuales surgió la disputa[11].

También resalta el caso Carte Blanche v. Diners por la Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos, en donde se reconoce la posibilidad de levantar el velo corporativo y encontrar como verdadera parte prestadora del consentimiento en el acuerdo de arbitraje a la sociedad de la cual la firmante es su Alter Ego[12].

De lo anterior podemos afirmar, que la teoría del alter ego se configura como un análisis profundo que aplica quién administra justicia, al momento de evaluar si tras la imagen de una sociedad, existen otras sociedades o personas que deban asumir la responsabilidad de actos particulares, aplicando de esta forma el levantamiento del velo corporativo.

V. CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ALTER EGO

Ahora bien, con base en la ya mencionada teoría del alter ego, es importante evaluar cuáles son los criterios que deben tener en cuenta los árbitros para poder determinar si es posible una inclusión de terceros no suscriptores en un caso particular, más allá de cualquier sistema jurídico nacional del que se pueda apoyar el árbitro, ya que en materia de arbitraje comercial internacional no existe alguna norma que unifique los elementos que componen esta teoría o qué criterios se deben tomar en cuenta para evaluarla.

Autores como William Park establecen la necesidad de que los árbitros comprendan que el principio de separabilidad de la persona jurídica respecto de los vínculos que pueda tener con la sociedad no deben ser tomados como absolutos, lo que implicaría el levantamiento del velo para incluir a una sociedad no suscriptora del acuerdo en un procedi-

---

[11] Laudo interlocutorio: Dow Chemical v. Isover Saint Gobain, Caso CCI, Nro.4131 CCI (1982).

[12] United States Court of Appeals for the Second Circuit: Carte Blanche - Singapore - Pte., v. Diners Club Intl'. Inc., (1993).

miento arbitral[13]. Por lo que resalta la importancia de tomar en cuenta la lex societatis, definiéndose como aquella que regula a la sociedad que suscribió el acuerdo.

Sin embargo, no toda la doctrina a nivel internacional posee el mismo criterio, ya que, para algunos, este levantamiento del velo corporativo implicaría una transgresión a los principios de separabilidad dentro el derecho societario, Corrie dispone, como elementos a tomar en cuenta para evaluar la existencia de la teoría del alter ego, dentro del pacto arbitral, son los siguientes:

- La sociedad que se reputa verdaderamente como parte del acuerdo arbitral y la subsidiaria sean propietarias de acciones en común,
- La sociedad suscriptora debe tener algún departamento en común dentro de la empresa,
- Ambas sociedades deben poseer un grupo común de junta directiva de alto nivel,
- Que las sociedades emitan estados financieros en conjunto,
- La sociedad subsidiaria esté operando con fondos que se consideren sospechosamente bajos,
- La empresa que se reputa como parte del acuerdo arbitral usa a la sociedad subsidiaria como propia,
- Que la sociedad subsidiaria obtenga sus negocios exclusivamente de la relación que tiene con la sociedad que se reputa como suscriptora del acuerdo arbitral[14].

De igual forma, algunos doctrinarios consideran importante que los elementos a tomar en cuenta para la evaluación de existencia o no, de la teoría del alter ego en un determinado caso frente a un procedimiento arbitral, es que deban cumplirse los supuestos de:

- Absoluto control de una sociedad sobre otra y,
- Fraude o intención de fraude[15].

---

[13] William Park, "Non-signatories and international contracts: an arbitrator's silemma" (2009): 16.

[14] Clint Corrie, "Challenges in International Arbitration for Non-Signatories. Comparative Law Yearbook of International Business" (2007):58.

[15] Edward Tang, "Methods to Extend the Scope of an Arbitration Agreement to Third Party Non-Signatories": 24-26.

Autores como Tang consideran que, de no cumplirse estos dos requisitos de manera simultánea, no se podrá dar el levantamiento del velo. Sin embargo, ya en estos supuestos nos tropezaremos con el inconveniente de lo que implica para la realidad jurídica el poder demostrar la intención de fraude.

Son evidentes entonces, las paralelamente diversas posturas de la doctrina respecto a la inclusión de un tercero en proceso arbitral mediante el levantamiento del velo corporativo, limitando de esta forma el alcance de la cláusula arbitral. Sin embargo, adquiere gran importancia el hecho de entender que no debería considerarse la evaluación del alter ego societario desde una perspectiva limitada, donde de no cumplirse una serie de requisitos taxativos, no podamos asumir el levantamiento del velo como una opción adecuada, ya que de esta forma se estarían dejando de lado una larga lista de posibilidades donde se logre manifestar el ánimo de defraudar a través de estas figuras.

VI. TEORÍA DEL ESTOPPEL O "DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS"

El Estoppel, se configura en el Derecho consuetudinario anglosajón, como una doctrina o concepto que impide a una persona aseverar o negar algo que sea contrario a lo que, por virtud de lo establecido en la ley, ha sido establecido como verdad, ya sea por actos de funcionarios estatales o por actos propios o aseveraciones previas, expresas o implícitas[16].

Algunos autores señalan que esta teoría cuenta con tres presupuestos básicos:

- El sujeto debe realizar una conducta que sea jurídicamente relevante y eficaz, que suscite la confianza de un tercero.
- La existencia de una pretensión ya sea judicial o extrajudicial, que sea lícita y a su vez, sea objetivamente contradictoria con la conducta anterior.

[16] María Fernanda Ekdahl Escobar. "La doctrina de los actos propios", *Editorial Jurídica de Chile*, (1989): 76.

- Los sujetos intervinientes en ambas conductas deben ser los mismos, o al menos, el objeto de interés debe ser el mismo[17].

Al respecto, Müller nos señala que:

> the extension of the arbitration agreement to a non-signatory third party is generally affirmed in legal doctrine if such third party, in relation to the conclusion or performance of the main contract, acted in a way in which the opposite side, in good faith, could understand that the third party wished to join and accept the main contract as well as the arbitration agreement[18].

Lo anterior quiere decir que, en el supuesto que las partes entiendan que hay presencia de buena fé, respecto a la aceptación de la cláusula por parte de la sociedad que directamente no suscribió el acuerdo, podría aplicarse entonces esta teoría.

En este sentido, se vuelve a resaltar la verificación del fraude, ya que con ella se evidencia la conducta incoherente del agente que evita someterse al juicio arbitral. No centrándose en buscar la intencionalidad de la parte que no suscribió con alguna, una actitud dolosa, algo bastante complejo al tratarse de personas jurídicas; sino buscar descubrir una defraudación a la confianza de quien, de buena fe[19], se basó en la primera conducta para poder considerar a dicha sociedad no signataria como parte en la relación contractual.

VII. LA TEORÍA DEL GRUPO DE EMPRESAS

Otra doctrina que debemos analizar para comprender la interpretación extensiva de la cláusula o acuerdo arbitral es la del grupo de empresas, definida como un medio por el cual, las cortes han reconocido el consentimiento implícito e incorporado a partes no signatarias en

---

17 Alejandro Borda, "La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina", (2010): 43-50.

18 Thomas Müller, "Extension of arbitration agreements to third parties under Swiss law" (2009) www.practicallaw.com/9-385-8457,

19 Courtney Tae "Binding non-signatories to international arbitration agreements: raising fundamental concerns in the United States and abroad" *Richmond Journal of Global Law & Business, Vol. 8,* (2009): 588.

acuerdos de arbitraje[20]. Cabe preguntarse entonces ¿un acuerdo arbitral que fue suscrito por una empresa que esté vincula a las entidades integrantes del mismo grupo, a pesar de tener cada una personalidad jurídica diferente, le es aplicable a las sociedades miembros de este?

Si bien existe independencia jurídica entre las distintas compañías, a su vez existe una unidad económica, generando de esta manera lo que algunos autores señalan como una realidad contradictoria y dual, por un lado jurídica, y por otro económica[21]. Puesto que, desde el punto de vista jurídico, no existe una unidad indisociable, esto significa que, en principio, cada una de las sociedades del grupo no está obligada por los compromisos asumidos por cualquiera de las restantes sociedades[22]. Por lo que no bastará con que una sociedad que no haya firmado el acuerdo pertenezca a un determinado grupo de empresas, para entender que es parte en el contrato que otra sociedad del mismo grupo sí haya pactado. Esto implicaría desconocer arbitrariamente la pluralidad e independencia jurídica que existe entre las sociedades que componen un grupo.

VIII. LA IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO

La relación entre las sociedades, la principal o suscriptora del acuerdo con aquella a la que se piensa incluir dentro del alcance, parece tomar relevancia al momento de la aplicación del levantamiento del velo corporativo, puesto que derivado de esta relación se podrá inferir que el acuerdo cuenta con el consentimiento a su vez de la sociedad subsidiaria. Por lo que podemos afirmar que, en la medida que se pueda entender que el consentimiento brindado por la sociedad principal a someterse a la jurisdicción arbitral también fue dado a su vez, por la sociedad subsidiaria a esta, podremos hablar de que la cláusula amplía su alcance más allá de las sociedades que suscribieron directamente en nombre propio el acuerdo arbitral.

Sin embargo, se torna evidente la necesidad de evaluación, no sólo de algún tipo de relación de dependencia que pueda existir entre las

[20] Tae "Binding non-signatories to international arbitration agreements: raising fundamental concerns in the United States and abroad", 588.

[21] Hilda Aguilar Grieder, "Arbitraje Comercial Internacional y Grupos de Sociedades" *Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 1,* (2009): 8.

[22] Aguilar, "Arbitraje Comercial Internacional y Grupos de Sociedades", 9.

sociedades objeto de la evaluación del levantamiento del velo, sino también del proceso arbitral y de cómo se materializaría al mismo de darse la inclusión de una sociedad no suscriptora del acuerdo arbitral, en búsqueda de dar una respuesta justa a una controversia en particular, aunque como ya se mencionó anteriormente al hace referencia al caso Oil Field of Texas v. Irán[23], pueden darse casos donde una evidente relación de dependencia no es considerada como suficiente para que el levantamiento del velo corporativo se dé por completo.

Distintos casos a lo largo de la historia del derecho comparado nos han podido demostrar que no necesariamente es imposible esta 'extensión del alcance', tal es el supuesto del caso Carlisle de la Corte Suprema de los Estados Unidos[24], en donde se desarrolla por primera vez la figura del *Equitable Estoppel,* que consiste en el argumento de la prevención de injusticias, buscando vetar a las partes de tomar una posición contraria a sus actos previos, admisiones o silencios.

Por lo que se empezó a desarrollar la figura del consentimiento más allá de una declaración expresa y directa, sino un 'consentimiento indirecto'; derivado de esta idea se fundamenta el argumento de la necesidad de una dependencia entre la parte suscriptora del acuerdo y la subsidiaria a la que se le pretende implementar el alcance de la cláusula, ya que de esta relación de dependencia o subordinación, podremos asumir finalmente que el consentimiento de una implica el consentimiento de la otra, el debate se presentara entonces para demostrar la existencia de esta clase de consentimiento.

Lo planteaba Fernando Trazegnies, en sede alter ego, al decir que: *"*es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada, [la] que justifica el rasgado del velo societario[25]".

Un ejemplo de esto sería al tener a una empresa denominada A, que suscribe un contrato haciéndose pasar por la empresa denominada B, dicho contrato posee una cláusula arbitral con la empresa denominada

---

23 Oil Field of Texas Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, Oil Service Company of Iran, 43 (Award No. ITL 10-43-FT, diciembre 7-8, 1982).

24 T. J. Hawkins, "Arbitration, Equitable Estoppel, and the Right to Interlocutory Appellate Review". *St. Johns Law Review*. (2010):6-8.

25 Fernando Trazegnies, "El resgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje". *Revista Ius Et Veritas, (*2004):16.

C, en este caso para la validez del acuerdo debe entenderse que, aunque el consentimiento de B a la cláusula es expreso y evidente, debemos asumir que es el mismo consentimiento de A, ya que ambas empresas se toman como un mismo núcleo.

Es por este motivo que, en legislaciones como la peruana, podremos encontrar disposiciones que hacen mención de este punto dentro de leyes arbitrales, tal como Artículo 14 del Decreto legislativo que norma el arbitraje en Perú, que establece que:

Aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos[26].

IX. EL ANÁLISIS DE JURISDICCIÓN Y FONDO.

Es importante que tengamos en cuenta que, dentro del marco arbitral, el levantamiento del velo corporativo funciona de dos formas, la primera se determina como una teoría jurisdiccional, utilizándose para poder determinar quiénes deben quedar vinculados por el acuerdo de arbitraje, evaluando el alcance que tendrá mismo; y la segunda es que funciona como una teoría de fondo, lo que quiere decir que, se utiliza para determinar quiénes deben responder por las obligaciones reclamadas en el fondo de una determinada controversia[27].

De esta forma, parte de la doctrina extranjera considera que en los arbitrajes existen un "doble" levantamiento del velo corporativo; uno que versa sobre la jurisdicción y uno que versa sobre el fondo de la transacción que se dio entre las partes suscriptoras de un contrato y las consecuencias, o beneficio del mismos con respecto de quienes forman parte de este. Lo anterior implica un punto de análisis muy importante

---

[26] Artículo 14 del Decreto legislativo que norma el arbitraje, Decreto N.º 1071 del año 2008, en Perú.

[27] Rodrigo Vega, "El "doble" levantamiento del velo societario en el arbitraje" (2020) https://www.enfoquederecho.com/2020/10/21/el-doble-levantamiento-del-velo-societario-en-el-arbitraje/

para el árbitro, ya que la declaración de competencia que pueda dar un tribunal arbitral, alcanzado a determinados sujetos o materias, no implica necesariamente que estos sean responsables de la controversia[28]. Es por este motivo, que el análisis de jurisdicción debe ser visto como previo al del fondo, ya que busca determinar cuáles son los verdaderos alcances del acuerdo de arbitraje.

Al respecto, Stavros Brekoulakis establece que:

> While in theory the analysis for jurisdictional purposes can be 'analytically and practically distinct from the merits of a piercing action', in practice the decision of an arbitration tribunal to assume jurisdiction over a non-signatory parent under the doctrine of lifting the corporate veil will essentially determine the question of liability of the parent company too. It cannot be right, however, that a tribunal will assume jurisdiction over a non-signatory parent only when it is expected that the parent will be eventually found liable too[29].

Por lo que evidenciamos cuán difícil puede resultar el análisis doble entre la jurisdicción y fondo. Sin embargo, el génesis de esta confusión al momento del análisis reside en que, para la práctica, los elementos que se toman en cuenta para considerar la necesidad de aplicar el levantamiento del velo respecto al alcance de una cláusula arbitral (o análisis de jurisdicción) son los mismos que se deben tomar en cuenta para el levantamiento del velo respecto del fondo, así lo establece Alejandra Quintanilla cuando nos señala:

En el ámbito arbitral se presenta como complicación que no se puede determinar que al demandado no signatario se le debe extender el convenio arbitral sin antes (o, a su vez) asignarle responsabilidad. Para que se pueda configurar la extensión del convenio por la teoría del levantamiento del velo se requiere probar, por lo menos, un fraude o propósito indebido.[30]

---

28 Vega, "El "doble" levantamiento del velo societario en el arbitraje".

29 Stavros Brekoulakis, "Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non Signatories". *Journal of International Dispute Settlement*. (2017): 628.

30 Alejandra Quintanilla, "¿Existe un levantamiento del velo jurisdiccional? El levantamiento del velo societario como extensión del convenio arbitral y como remedio de fondo". *THEMIS*. (2020):16.

De esta misma forma, vale la pena preguntarse si al referirnos del levantamiento del velo corporativo para entender el alcance de la cláusula arbitral, ¿también nos estamos refiriendo a aplicar el levantamiento para el fondo de la controversia?

La respuesta a este planteamiento la desarrolla Rodrigo Vega Méndez, al plantear que:

> *Sí, es más acertado decir que el levantamiento del velo en realidad es uno sólo.* Estamos convencidos que el análisis de los tres primeros requisitos del levantamiento del velo (i.e. vinculación económica, fraude y causalidad) debiera ser el mismo para el ámbito jurisdiccional y el ámbito de fondo; pero creemos que el **análisis del criterio de residualidad sí debe ser distinto.** La razón es que el levantamiento del velo jurisdiccional y el levantamiento del velo sobre el fondo **buscan finalidades distintas:** el primero de ellos buscar **evitar que se burlen los compromisos** asumidos bajo el convenio arbitral (y evitar con ello que se burle la efectividad del arbitraje); mientras el segundo de ellos busca **evitar que se defrauden las obligaciones** asumidas por alguna de las empresas sobre el contrato principal[31].

Mediante el levantamiento del velo corporativo debido al alcance de la cláusula arbitral, se busca evitar que el deudor burle los compromisos asumidos en el acuerdo de arbitraje, impidiendo que el acreedor se quede únicamente con un cascarón vacío como contraparte del arbitraje, que no le garantice una respuesta eficaz y eficiente en relación con el conflicto, mientras que es otra quién se beneficia de tal situación.

CONCLUSIONES

Debemos concluir entonces, luego tomar en cuenta todos los elementos que forman parte de la evaluación sobre el alcance de la cláusula arbitral respecto al levantamiento del velo corporativo, que:

- Quién se identifica como el alter ego de una sociedad, en casos de inclusión de una parte no suscriptora del acuerdo, se debe tomar como que es una parte directa del litigio, no como un tercero independiente de este.

[31] Vega, "El "doble" levantamiento del velo societario en el arbitraje".

- El consentimiento de la cláusula arbitral se debe interpretar de una forma flexible y amplia, no limitándose únicamente a declaraciones expresas y por escrito de voluntad, sino tomando en cuenta los factores señalados a lo largo del artículo, ya que el consentimiento podría surgir de las acciones del sujeto, así como de la naturaleza de la relación que tenga con la parte suscriptora, en búsqueda del alance de la justicia, evitando así acciones fraudulentas.
- No existen dos voluntades de dos personas jurídicas diferentes cuando hablamos de la sociedad suscriptora del acuerdo y aquella a la que desee aplicar el alcance de este, sin ser suscriptora; es una única declaración de voluntad, que logra ser evidente una vez que se logra determinar la teoría del alter ego o la teoría de los actos propios para el caso en concreto.
- Será necesario un análisis profundo de cada supuesto por parte del árbitro, con base en el principio kompetenz-kompetenz, para establecer el alcance de la cláusula o acuerdo arbitral, ya que el reconocimiento de una parte que no suscribió el mismo no implica necesariamente la responsabilidad de esta, aunque en la práctica se genera mucha confusión respecto a este tema, ya que factores como el ánimo de defraudar o el fraude en sí, son necesarios para la verificación.
- Debemos tener presente, que el objetivo siempre debe ser: poder brindar una solución eficaz, eficiente y justa ante un conflicto, por este motivo, se busca extender el alcance de la jurisdicción arbitral a sociedades que a simple vista no se configuran como partes dentro de un proceso, sin embargo, la jurisdicción arbitral será la única encargada de evaluar **el uso del levantamiento del velo societario, aplicándolo de manera reservada y excepcional.**

BIBLIOGRAFÍA

Alvarado, Ramón. *El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual.*
Caracas, 2020.

Briceño, Luis David. *La norma detrás del velo: Aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario en arbitraje comercial internacional.* Caracas, 2018.

Cantaurias, Fernando. *Levantamiento Del Velo Societario En El Arbitraje: Experiencia Peruana*. Lima.

Contreras, Franco. *Teoría del Alter Ego: Inclusión de no suscriptores en arbitraje comercial internacional.* Bogotá,2015.

Domínguez, María Candelaria. *Derecho Civil I Personas.* Caracas, 2011.

Morles, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas, 2002.