

Desenmascarando la realidad:
**La extensión del convenio arbitral a partes no
signatarias, el caso de los grupos de sociedades**



GIUSEPPE GALLUCCIO TONDER

Bachiller en Derecho por la
Pontificia Universidad Católica del Perú.

PABLO MORI BREGANTE

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor Adjunto del curso de Arbitraje Comercial Nacional e
Internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú,
dictado por el Dr. Alfredo Bullard González.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. El Convenio Arbitral.
- III. Cómo debe ser entendido el Artículo 14 del DLA: Partes Signatarias y Partes No Signatarias:
 1. Suguestos del Artículo 14 del DLA.
 2. Extensión del Convenio Arbitral en el marco del Grupo de Sociedades.
 3. Elementos a demostrarse.
- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Las máscaras, desde hace muchos años (podríamos remontarnos hasta la antigua Grecia), están relacionadas con la manifestación de dramas, tragedia y comedias en el teatro, manteniéndose esto hasta nuestros días en obras teatrales, circos y en otras expresiones culturales.

Sin embargo, sin importar en qué, cuándo y dónde se usen, las máscaras casi siempre han cumplido un objetivo: representar o aparentar algo que no se es.

En efecto, uno de los probables orígenes de esta palabra proviene del árabe "sáhara", viniendo a denotar que la máscara no es sino una impostura, una ficción, un ardid para burlar la realidad.¹

Este artículo buscará desenmascarar algunas situaciones cubiertas a veces por el propio Ordenamiento que nos permitirán adentrarnos en la realidad y así dar un tratamiento real (y no imaginario) a situaciones que se esconden detrás de máscaras con el fin de evadir las consecuencias jurídicas que se les deberían aplicar.

II. EL CONVENIO ARBITRAL

Como preámbulo del presente artículo consideramos necesario tocar de manera referencial un tema harto debatido en la doctrina arbitral. La naturaleza jurídica del arbitraje como institución,

Este tema ha generado una constante discusión doctrinaria, tanto a nivel nacional como internacional. Unos autores señalan que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, otros que tiene naturaleza contractual y, como en muchos casos, otros toman elementos de cada una de las teorías anteriores para postular una mixta o ecléctica. Sin embargo, esta discusión, proba-

blemente tan extensa como el tema materia del presente artículo, no será objeto de nuestro análisis, sino que al respecto solo diremos que sin importar la teoría que finalmente se adopte, el origen del arbitraje es siempre un contrato, el Convenio Arbitral, y por ello la extensión del mismo únicamente puede hacerse en términos contractuales.

Podrá haber una serie de autores que se pronuncien acerca de las reglas aplicables al interior del proceso arbitral y otros que discutan de donde proviene la obligatoriedad del laudo, pero lo cierto es que, más allá de si el árbitro tiene o no jurisdicción, el origen del arbitraje es un contrato y como tal se le deben aplicar las reglas de contratos. En tal sentido, la principal regla aplicable al convenio arbitral es el denominado principio "Pacta Sunt Servanda", del cual se derivan dos consecuencias estrechamente relacionadas: (i) que el Convenio Arbitral es obligatorio; y (ii) que es obligatorio solo para las partes del mismo.

Respecto de la primera consecuencia, podemos decir que las partes voluntariamente se someten a las reglas de juego establecidas por ellas mismas, obligándose a cumplirlas. El segundo punto se refiere a que el acuerdo –en principio– únicamente vincula a quienes lo acordaron.

Suárez Anzorena² expresa claramente la esfera jurídica que engloba el arbitraje:

"(...) por regla general el arbitraje es una criatura contractual y, como tal, tiene efectos únicamente entre quienes son partes de la relación jurídica convencional que lo funda y que a la vez lo contiene y limita: el acuerdo arbitral".

Sin embargo, a pesar de lo señalado en los párrafos anteriores, actualmente existen una serie

1 Ver: <http://etimologias.dechile.net/?mascara>

2 SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, *Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 2, Universidad Sergio Arboleda: Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Enero – Junio 2005, p. 57.

de figuras que vienen relativizando el requisito del consentimiento al Convenio Arbitral, motivo por el cual podemos afirmar que este criterio actualmente ya no es absoluto y debe ser analizado con cuidado.

En efecto, si bien normalmente las partes se someten al arbitraje en ejercicio de su autonomía privada, actualmente existen figuras en las que dicho sometimiento voluntario no requiere una manifestación expresa y por escrito de quien va a ser parte en el mismo, pudiendo una parte quedar vinculada al convenio así no lo haya suscrito. Ello, conjuntamente con otras cosas, es lo que denominamos “desformalización” del convenio arbitral.³

En esa línea, un primer grupo de casos lo constituyen los arbitrajes obligatorios, que incluso podríamos denominar legales (por su origen

ex-*legem* y no de la voluntad de las partes), por ejemplo, los realizados en el marco del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado –OSCE–; y los forzosos, (por ejemplo, los estatutarios⁴, contratos por adhesión⁵ y sucesorios⁶, regulados tanto por la Ley de Contrataciones del Estado como por el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje –en adelante, el “DLA”– respectivamente).

En este primer grupo de supuestos, tenemos figuras que no necesitan ni exigen de suscripción del convenio arbitral por las partes en el arbitraje; por el contrario se trata de una imposición normativa para acudir al proceso arbitral, relativizando desde ya la necesidad del consentimiento como requisito para el arbitraje. Como señala De Trazegnies, comentando precisamente algunas de estas figuras, *“en estas situaciones, tenemos un arbitraje entre personas que*

3 Nos referimos a la eliminación de formalidades en relación a la aplicación y obligatoriedad del Convenio Arbitral. Como ejemplo de dicha desformalización podemos referirnos a que en determinado momento se pasó del requisito previo de la Cláusula Compromisoria, pasando por el denominado Compromiso Arbitral, hasta llegar finalmente al concepto universalmente aceptado de Convenio Arbitral. Asimismo, se pasó del requisito estricto de escritura del Convenio Arbitral a aceptar figuras supuestamente escritas que en realidad no lo son.

4 Figura contemplada en la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Decreto Legislativo No. 1071:

“SEXTA. Arbitraje estatutario.

Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

El convenio arbitral alcanza a todas las miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscribirse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a los convocatorios a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.”

5 Figura contemplada en el Artículo 15 del DLA, de la siguiente manera:

“Artículo 15.- Relaciones jurídicas estándares.

1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles solo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria. (...)”

6 Figura contemplada en la Séptima Disposición Complementaria del DLA, de la siguiente manera:

“SÉTIMA. Arbitraje sucesorio.

Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que pueden surgir entre sucesores, o de ellas con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición.

Si no hubiere testamento o el testamento no contenga una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior.”

no suscribieron convenio alguno y que quizá no hubieran querido estar envueltos en un arbitraje. Los sucesos simplemente continúan—quizá contra su voluntad— en la posición de aquel a quien suceden. Los socios que no firmaron el acuerdo constitutivo y que ingresan posteriormente a la empresa, no firmaron tampoco acuerdo alguno” (El resaltado es nuestro).⁷

Como podemos observar, se trata de supuestos jurídicos en los cuales, sin haber manifestado necesariamente su consentimiento mediante el Convenio Arbitral, los involucrados solucionarán sus controversias a través de dicha vía. En general, se trata de figuras que no necesitan ni exigen la suscripción del convenio arbitral por las partes en el arbitraje y por el contrario, son sometidas al mismo inclusive por imposición legal o de una tercera persona. Como es sabido, se trata de figuras establecidas hace más de diez años y que actualmente nadie niega su validez.⁸

Ahora bien, luego de haber explicado el primer grupo de supuestos en los que el convenio arbitral trasciende a las partes que originalmente lo acordaron, nos adentramos a un grupo de casos más nuevos y complejos. Este segundo grupo está constituido por algunas figuras, que si bien han sido una innovación del Artículo 14 del DLA⁹, ya gozaban de reconocimiento a nivel doctrinario y jurisprudencial arbitral. Este segundo grupo se refiere a extender el convenio arbitral y sus efectos: (i) a quienes cuyo consentimiento de someterse al arbitraje se determina por su participación activa en el contrato que contiene el convenio arbitral, y (ii) a quienes pretenden derivar algún derecho o beneficio del referido contrato.

Cabe precisar que es este el supuesto en que realmente nos centraremos en el presente artículo, y dentro de este los que están relacionados al consentimiento a arbitrar bajo el entendimiento de su actuación de buena fe.

En este tipo de casos se trata de un problema distinto. Se trata en realidad de formas distintas de expresar la voluntad de arbitrar y en la que verdaderas partes del contrato de arbitraje no pueden sustraerse a este, pues de lo contrario estarían vulnerando el principio de Buena Fe —en la ejecución del contrato de arbitraje— con el que deben actuar, como veremos más adelante.

III. CÓMO DEBE SER ENTENDIDO EL ARTÍCULO 14 DEL DLA: PARTES SIGNATARIAS Y PARTES NO SIGNATARIAS

En este caso, teniendo en cuenta el carácter contractual del Convenio Arbitral y tomando en cuenta las marcadas diferencias con el carácter jurisdiccional de la competencia de los tribunales judiciales, se puede apreciar la dificultad para extender la competencia arbitral a supuestas partes que, si bien no firmaron el Convenio Arbitral por diferentes circunstancias, se debe entender que si manifestaron su conformidad al mismo.

El tema no es fácil de resolver. En el mismo sentido, Caivano refiere: *“en los tribunales judiciales es generalmente posible incorporar al proceso a múltiples partes y acumular o consolidar varios procedimientos entre las mismas partes. En el arbitraje, en cambio, la multiplicidad de partes en una o varias relaciones jurídicas vinculadas a la*

7 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje*. En: *Revista Ius Et Veritas*, No. 29, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 21.

8 Estas figuras jurídicas se remontan desde el año 1996, en el que entró en vigencia la Ley General de Arbitraje, Ley 26752.

9 *Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.*

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

multiplicidad de relaciones jurídicas aun entre dos únicas partes plantean importantes dificultades. En buena medida, esas dificultades se presentan porque, a diferencia de la jurisdicción estatal, de fuente legal y obligatoria, la arbitral es de base contractual y depende de la existencia de una voluntad inequívoca de todas las partes de someterse a la decisión de los árbitros" (El subrayado es nuestro).¹⁰

Tomando en consideración el carácter intrincado de ello, el avance y desarrollo de la institución del arbitraje nos obliga a plantear soluciones consistentes con dicha institución que, sin desnaturalizar la misma, permitan la inclusión de partes no signatarias en el proceso arbitral, sin pretender utilizar figuras procesales que, a nuestro criterio no se condicen con este supuesto.¹¹

Ahora, si bien "el principio general es (...): el arbitraje nace de fuente convencional y, como tal, solo están obligados quienes hayan firmado la cláusula que otorga jurisdicción a los árbitros", como indica Caivano, es necesario precisar que la inclusión de no signatarios en el Arbitraje "no infringe esta regla sino, en todo caso, pone de manifiesto que ella no es absoluta ni que los

límites subjetivos del acuerdo arbitral sean tan rígidos e inquebrantables".¹² Por ello, acorde con la amplia jurisprudencia arbitral internacional, consideramos que si el Derecho nacional no aborda el problema y encuentra una solución adecuada, la eficacia del arbitraje estaría seriamente en juego.

Como indica De Trazegnies "si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas, excluyendo a los terceros involucrados pero no signatarios, puede ir perdiendo efectividad –y por tanto utilidad– como medio de resolución de conflictos en un mundo cada vez más complejo, donde las controversias nacen dentro de una red entrelazada de relaciones directas e indirectas" (El resaltado es nuestro).¹³

Teniendo en cuenta ello, el actual DLA no buscó la solución en figuras procesales ajenas que no se basaban en el carácter contractual del Convenio Arbitral. Como afirma Margaret Moses "(...) normalmente, la pregunta de quién es parte de un convenio arbitral (...) se determina aplicando los principios contractuales"¹⁴, por ello lo que se buscó en el artículo 14 es resolver el problema precisamente también de manera contractual.

10 CAIVANO, Rogue J., Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, Nº 4, Magna Ediciones, Lima, 2007, p. 67.

11 En este extremo, consideramos necesario precisar que, a nuestro criterio, bajo la lógica de que el Convenio Arbitral es una figura contractual, no es posible acudir a mecanismos procesales –como los litiscosortos– que admiten la participación de terceros cuyos intereses puedan verse afectados por la Sentencia Judicial. A nuestro criterio, dichas figuras procesales son ajenas al arbitraje pues únicamente funcionan en una situación en la que el juzgador tiene una competencia abierta y general para juzgar a cualquiera, incluso así no sea parte de un convenio. No obstante, los árbitros están en una situación diferente.

Como es sabido, independientemente de la naturaleza del Convenio Arbitral (Jurisdiccional o Contractual) –discusión respecto de la cual no nos pronunciaremos en el presente artículo– lo cierto es que la competencia de los árbitros se deriva de un contrato y por tanto solo vincula a las partes de dicho acuerdo. Su competencia es tan relativa como relativos son los alcances del contrato del que se origina. El resultado de ello es que un laudo que pretenda obligar a quien no es parte del convenio, o quien siéndolo, no fue parte en un arbitraje, pueda estar viciado de nulidad. Por ello, reiteramos que a nuestro criterio figuras procesales como las mencionadas no son aplicables a los procesos arbitrales.

12 *Op. Cit.*

13 *Op. Cit.*, p. 18.

14 Traducción libre del siguiente texto:

"[...] normally, the question of who is a party to an arbitration agreement, (...) is determined by applying principles of contract and agency." MOSES, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, New York: Cambridge University Press, Primera Edición, 2008, p. 33.

En efecto, el actual artículo 14 del DLA no debe ser leído como si su intención fuera introducir a un "tercero" al arbitraje. Por el contrario, consideramos que el supuesto del Artículo 14 es que ese mal llamado tercero es propiamente parte del Convenio Arbitral, a pesar de no haber firmado el mismo. A quien se incorpora al arbitraje y se hace extensivos los efectos del Laudo no es propiamente un tercero, sino una "parte no signataria".¹⁵

Como indica Bullard, por ello la primera parte de la norma, se basa en dos conceptos centrales relacionados además entre sí: (i) derivar el consentimiento; y (ii) el principio de buena fe. Si no es posible derivar un consentimiento la primera parte del artículo no es aplicable y no se puede incorporar al sujeto al arbitraje. Asimismo, para interpretar el consentimiento se debe hacer bajo la lógica de la Buena Fe.

En esa línea reiteramos que no estamos frente a terceros, sino ante auténticas partes cuya incorporación al Convenio no se da por la firma del mismo (lo que además resulta consistente con la desformalización del requisito de escritura del convenio arbitral, comentado anteriormente), sino por hechos diferentes, que en el marco del principio de Buena Fe deben ser interpretados como un auténtico consentimiento. En ese sentido, podemos afirmar que existen, en el arbitraje, "partes signatarias" y como refiere Suárez Anzorena, "partes no signatarias" o "partes que no participaron formalmente en el otorgamiento del acuerdo".¹⁶

1. Supuestos del Artículo 14 del DLA

Extender el Convenio Arbitral a partes no signatarias no es una tarea sencilla. Todo lo contrario,

requiere un análisis complejo y estricto cumplimiento de determinados requisitos. De esta manera, para poder extender el Convenio Arbitral se requiere la demostración de ciertos supuestos de hecho que justifiquen apartarse del principio general enunciado y permitan la inclusión de partes no signatarias al interior del arbitraje.

Para ello, la jurisprudencia comparada ha venido desarrollando dichos supuestos. Así, en el denominado caso "Thomson", resuelto en agosto de 1995 por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, si bien se denegó la pretensión de la demandante de extender la demanda arbitral a Thomson-CSF, S.A., adquirente de la sociedad que había suscrito el contrato con la cláusula arbitral (Redifussion Simulation Ltd.), dicha Corte aprovechó la oportunidad y sistematizó los supuestos en que los efectos de un convenio arbitral pueden alcanzar a un no signatario, siendo ellos los siguientes:

"(a) Si esa parte es firmante de un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida en el otro contrato. (...), (b) Si su conducta indica que está aceptando someterse a arbitraje, (...) Si existe, entre el firmante y el no-firmante, una relación de representación o agencia; (d) Si la relación entre la matriz y su subsidiaria es suficientemente cercana como para justificar que se corra el velo societario (Penetración del velo societario); (e) Si quien alega no estar alcanzado por la cláusula arbitral tuvo previamente una conducta contradictoria con esa alegación (Estoppel)" (El subrayado es nuestro).¹⁷

Sobre el particular, en una exposición brindada en agosto de 2008 con ocasión de la entrada en

¹⁵ En este punto, debemos agradecer al Dr. Alfredo Bullard, quien nos permitió acceder al borrador de su artículo: "Artículo 14 - Extensión del convenio arbitral", en el que uno de los autores del presente artículo brindó apoyo, y el cual será publicado próximamente. En dicho artículo, como Presidente de la Comisión redactora del DLA, el Dr. Bullard diferenció también la intervención de partes no signatarias con la intervención de terceros en el arbitraje.

¹⁶ Op. Cit., p. 66.

¹⁷ CAVANO, Roque J., Op. Cit., p. 129.

El texto original de la Resolución en cuestión, corresponde al siguiente:

vigencia del actual DLA, el doctor Ignacio Suárez Anzorena, identificó hasta diez posibles supuestos en los cuales se podía hablar de partes no signatarias que podían encajar en el Artículo 14 en cuestión.¹⁸

Sin perjuicio que consideramos que no se trata en realidad de diez supuestos, debido a que unos contienen a otros, Suárez Anzorena resaltó en dicha conferencia dos casos particulares. Además del "Estoppel", explicó detalladamente el caso referido a la teoría del "Alter ego" o del "Grupo de Sociedades", que es precisamente el supuesto sobre el cual versa el presente artículo y que se refiere al hecho que una persona, signataria de un contrato sometido a un convenio arbitral, con el objeto de contrariar la voluntad aceptada expresamente en el contrato, decide formar otras nuevas empresas que sirvan de fachada y que le permitan despatrimonializar a la primera de ellas, transfiriendo a estas últimas un activo importante para defraudar una deuda derivada del referido contrato.

De ello se deriva la intención de defraudar a la tercera empresa con la que se contrató, así como la participación de las nuevas empresas en dicha defraudación, quienes recibiendo el activo transferido manifestaron su consentimiento al fraude, pretendiendo evadir conjuntamente los efectos de la relación jurídico obligatoria generada por el contrato, esto es no solo la deuda derivada del mismo sino también el convenio arbitral al cual se sometieron.

Su conducta y el consentir a la defraudación implica, al amparo del principio de Buena Fe, reconocer que deben quedar vinculadas por los efectos de sus actos. Así, esas empresas no signatarias deben entenderse como partes propiamente dichas en el arbitraje. No solo por formar parte del mismo grupo económico y responder a una única voluntad común, sino también porque conscientemente contribuyeron a evadir los efectos del contrato y del convenio arbitral a él vinculado.

Como indica Bullard, "el consentimiento se deriva no de su intención declarada de someterse a arbitraje, sino de su intención de contribuir conscientemente a tratar de sustraer al obligado de las consecuencias del arbitraje que conocía".¹⁹

En ese sentido, consideramos que el haber actuado, para estos efectos, como un solo ente, con una voluntad única de defraudar, constituye sustento suficiente para considerar que se trata realmente de una parte del arbitraje, mas no de un simple tercero. Como se puede apreciar, lo importante en este caso es que no se trata de una parte más cualquiera, por el contrario, existiendo una única voluntad que conlleva un solo comportamiento, de cara al proceso arbitral se trata en realidad de una única parte. Se trata en realidad de la misma parte que, cubiertos por una máscara, pretenden hacer creer que se trata de terceros distintos que en realidad no lo son.

Tener claro esto resulta importante sobremedida, a fin de comprender las razones por las que

This Court has recognized a number of theories under which nonsignatories may be bound to the arbitration agreements of others. Those theories arise out of common law principles of contract and agency law. Accordingly, we have recognized five theories for binding nonsignatories to arbitration agreements: 1) incorporation by reference; 2) assumption; 3) agency; 4) veil-piercing/alter ego; and 5) estoppel. The district court properly rejected each of these traditional theories as sufficient justification for binding Thomson to the arbitration agreement of its subsidiary.

Caso Evans & Sutherland Computer Corporation c. Thomson - CSF S.A., adquirente de la sociedad que había suscrita el contrato con la cláusula arbitral (Redifusión Simulación Ltda.). Un extracto de la Resolución en cuestión puede ser revisada. En: <http://alijlaw.org/v1/cases/555498>

18 En efecto, en su presentación Suárez Anzorena identificó dichos supuestos de la siguiente manera: (i) Incorporación por referencia; (ii) Asunción de la obligación de arbitrar; (iii) Representación; (iv) Descartamiento del velo / alter ego o grupo de sociedades; (v) Estoppel; (vi) Cesión de contrato; (vii) Novación; (viii) Sucesión; (ix) Subrogación; y (x) Tercero beneficiario.

19 *Id.* Ot.

el Laudo que se emita posteriormente, en este tipo de casos, no ha vulnerado ningún derecho de dicha parte.

Como hemos mencionado anteriormente, esto es lo que en doctrina se ha denominado como la teoría del "alter ego" o del "grupo de sociedades", que equivale a la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario dentro de los procesos arbitrales, la misma que será explicada con mayor detalle a continuación.

2. Extensión del Convenio Arbitral en el marco del Grupo de Sociedades

Debemos empezar indicando, junto con Redfern y otros que "existen varias formas en las cuales quienes revisten el carácter de terceros respecto del acuerdo arbitral pueden quedar obligados por este (a invocarlo en su beneficio)" y por tanto formar parte del mismo. Sin embargo, una de las más importantes, y a la vez más controvertidas, es la "aplicación de la teoría del "grupo empresarial", según la cual en determinadas circunstancias los beneficios y deberes surgidos de un acuerdo arbitral pueden extenderse a otros integrantes del mismo grupo de empresas; (...) De este modo, por ejemplo, una sociedad vinculada a la sociedad signataria de una cláusula compromisorio puede ser nom-

brada codemandada en un proceso arbitral" (El subrayado es nuestro).²⁰

Como señala Hosking, se trata de "situaciones de "grupos de compañías" en las que se reclama que compañías en la cadena corporativa, distintas a la compañía signataria están vinculadas por el acuerdo arbitral (...) (El subrayado es nuestro).²¹ Como hemos dicho anteriormente, dicha situación no es infrecuente en la jurisprudencia arbitral, y por el contrario en un sinnúmero de oportunidades los Tribunales Arbitrales Internacionales han extendido el Convenio Arbitral a las empresas del grupo societario.

Así, es la jurisprudencia arbitral francesa la pionera en este tipo de casos. Precisamente el caso francés "Dow Chemical" (Dow Chemical France v. Isover Saint Gobain) resuelto hace más de 20 años –en 1982– constituye el caso emblemático en lo que a esta teoría se refiere.²²

Si bien dicho caso trató de la inclusión de empresas subsidiarias –no signatarias de un convenio arbitral– en la parte demandante, se trata del caso más emblemático y a partir del cual la doctrina en cuestión ha sido utilizada y extendida en numerosos casos de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) "no solo para expandir el universo de demandantes, sino

20 REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y Partasides CONSTANTINE, Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional, Op. Cit., p. 240.

21 Traducción libre de un extracto del siguiente texto:

B. Legal Theories Employed to Resolve the Third Party Problem.

Legal doctrine on the position of third parties in arbitration has been heavily influenced by two recurring fact scenarios: "groups of companies" situations in which it is claimed that companies in the corporate chain other than just the signatory company are bound by the arbitration agreement and "state entity" (...). Various legal principles have been applied to these factual scenarios with widely divergent results.

En: HOSKING, James M., *The third party non-signatory's ability to Compel international Commercial Arbitration: Doing justice without destroying Consent*, pp. 480–481.

22 Un extracto del Laudo que resolvió este caso. En:

<http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=204131&markid=962000>

Asimismo, podemos encontrar referencias al caso en casi todos los autores que se han pronunciado al respecto. Por ejemplo REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y Partasides CONSTANTINE, Op. Cit., p. 241; CANANO, Roque J., Op. Cit., p. 125; SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, Op. Cit., p. 61; Collection of papers presented at ICC International Court of Arbitration & Singapore International Arbitration Centre Symposium on Institutional Arbitration in Asia 18 – 19 February 2005, Singapur, pp. 10 – 11; entre otros.

para expandir el universo de los demandados, lo cual, por cierto, es más delicado".²³

En dicho caso, la controversia tuvo origen en dos contratos idénticos que vinculaban a Dow Chemical AG (Suiza) y Dow Chemical Europe con Isover Saint Gobain en cada uno de ellos. En la parte pertinente, los contratos establecían que las controversias que surgieran respecto de ellos se someterían a las reglas de arbitraje de la CCI.

Como consecuencia de crecientes discordancias entre las partes, tanto las empresas Dow Chemical Suiza y Europe, como la subsidiaria Dow Chemical Francia e inclusive la matriz Dow Chemical Estados Unidos, iniciaron un procedimiento arbitral contra Isover Saint Gobain. Sin embargo, esta última solicitó la exclusión de la subsidiaria de Francia y la matriz de Estados Unidos, alegando que no eran partes del acuerdo arbitral. No obstante, al analizar las circunstancias en las que se había celebrado el contrato principal, un tribunal arbitral –presidido por el Profesor Pieter Sanders y complementado por los profesores Berthold Goldman y Michel Vasseur– determinó que se había demostrado que Dow Chemical Company (USA) era el eje central de la relación contractual finalmente establecida entre ciertas entidades del grupo y los distribuidores.

En ese sentido, el Tribunal entendió que el grupo de empresas constituía "una única realidad económica" (*"une réalité économique unique"*) que debía tomar en consideración el tribunal arbitral al determinar que tenía competencia sobre todas las partes designadas. En tal sentido, el Tribunal Arbitral expresamente manifestó que "la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debería obligar a las otras sociedades que, por su rol en la celebración, el cumplimiento o la extinción de los contratos en los que se insertan dichas cláusulas,

y de conformidad con la voluntad común de todas las partes involucradas en el proceso, parecen haber sido auténticas partes de dichos contratos o haber sido principalmente afectadas por ellos y por las controversias a las que pueden dar origen" (El subrayado es nuestro).²⁴

Posteriormente el caso llegó a la Corte de Apelación de París, cuestionando precisamente la extensión de la cláusula arbitral a las empresas no firmantes del convenio. No obstante dicha Corte confirmó la decisión del referido Tribunal Arbitral, sosteniendo que aún no habiendo suscrito las referidas empresas el convenio arbitral, por encontrarse ante una única voluntad común, el mismo sí les resultaba aplicable. En efecto, la Corte de París señaló:

"Siguiendo una interpretación autónoma de los acuerdos y documentos intercambiados al momento de su negociación y celebración, los árbitros decidieron, por motivos pertinentes y coherentes y en función de la voluntad común de todas las empresas involucradas, que Dow Chemical France y The Dow Chemical Company (USA) revestían el carácter de partes de dichos acuerdos aunque de hecho no los hubieran suscrita, y que por ende la cláusula compromisoria también a ellas les resultaba aplicable" (El subrayado es nuestro).²⁵

Como vemos, este caso goza de una riqueza jurídica singular, pues tanto el Tribunal Arbitral como la Corte Judicial de Apelación de París no consideraron a Dow Chemical Francia ni a Dow Chemical USA como "terceros" a los que se les extiende un contrato no celebrado por ellos, sino que son auténticas partes, a pesar de no haber suscrito el acuerdo arbitral.

Teniendo en cuenta ello podemos afirmar, junto con Calvano, que "la personalidad de una sociedad puede ser desestimada cuando está formada

23 SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, *Op. Cit.*, p. 62.

24 REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKBAY, Nigel y CONSTANTINE, Paraskeides, *Op. Cit.*, p. 241.

25 *Ibid.*

con propósitos fraudulentos o impropios, cuando actúa o se comporta como un agente o una "marioneta" de su controlante, cuando está bajo el control de otra o tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento, o cuando es una mera pantalla a un alter ego de la controlante".²⁶

Posteriormente, otras decisiones de la ICC han confirmado la viabilidad jurídica de extender el acuerdo arbitral y sus efectos a partes no suscriptoras del mismo. Cabe señalar que los pronunciamientos posteriores a Dow Chemical han tenido un matiz más complejo, por cuanto ya no era a los demandantes a quien se extendía el convenio, sino también se comenzó a extender a los demandados. Por ejemplo, en el caso No. 5103 resuelto en 1988 por la ICC, se utilizó dicha teoría con el fin de proteger la seguridad de las relaciones comerciales, de la siguiente manera:

"Las tres sociedades demandantes, luego de la conclusión, ejecución, incumplimiento y rene-

gociación de la relación contractual mantenidas con las demandadas, aparecen, según la voluntad común de las partes, al proceso como verdaderas partes en la totalidad de los contratos. Este análisis se apoya, tanto en forma como en fondo, en una marcada y aprobada tendencia de la jurisprudencia arbitral favorable al reconocimiento, en tales circunstancias, de la unidad del grupo (...). La seguridad de las relaciones comerciales internacionales exige que sea tenida en cuenta esta realidad económica y que todas las sociedades del grupo sean tenidas como responsables solidarias de las deudas de las que se beneficiaron directa o indirectamente en este caso (...)" (El subrayado es nuestro).²⁷

Como vemos, la figura indicada se presenta cuando una empresa, suscriptora de un convenio arbitral, está vinculada a terceras empresas de "fachada", con el objeto de escapar tanto de sus compromisos contractuales, como del alcance del convenio arbitral, determinando

26 Op. Cit., p. 132.

27 Traducción libre del siguiente texto:

"Les trois sociétés demanderes, lors de la conclusion, l'exécution, l'incécution et la renégociation de relations contractuelles entretenues avec (les défenderesses), apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à l'ensemble des contrats. Cette analyse s'appuie, dans sa lettre et dans son esprit, sur une tendance remarquée et approuvée de la jurisprudence arbitrale favorable à la reconnaissance, dans de telles circonstances, de l'unité du groupe (...). La sécurité des relations commerciales internationales exige qu'il soit tenu compte de cette réalité économique et que toutes les sociétés du groupe soient tenues ensemble et solidairement responsables des dettes dont elles ont directement ou indirectement profité à cette occasion".

ICC matter no. 5103, award of 1988. SANDROCK, Otto, Arbitration Agreements and Groups of Companies. En: http://lib.uni-koeln.de/pub/show_content.php?page=pub_show_documents.php&pubdocid=116200&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=919000. Asimismo, un extracto del Laudo en cuestión, puede apreciarse en ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 2 de la Corte Internacional de Arbitraje, Noviembre 1991, p. 20; y <http://www.iccdri.com/>.

A manera de reseña podemos indicar que en este caso tres empresas europeas, AZ, BZ y CZ (en adelante, Grupo Z), los Demandantes, fueron sucesivamente creadas por el Sr. X a fin de comprar y convertir los productos fosfatados vendidos por el grupo de empresas de Túnez E, F, G y H (en adelante el Grupo EFGH), los Demandados. Luego de cierto tiempo los compradores empezaron a tener ciertas quejas contra los vendedores, motivo por el cual las relaciones entre los grupos se rompieron. Por ello AZ, BZ y CZ iniciaron un procedimiento arbitral contra E, F, G y H, a fin de obtener una indemnización por un incumplimiento contractual. Los acusados a su vez, presentaron varias reconvencciones en contra de los reclamantes. Teniendo en cuenta ello, entre otras cosas, el tribunal arbitral abordó la cuestión de la responsabilidad solidaria de las empresas demandantes y demandadas, concluyendo en su parte pertinente lo siguiente:

"El Tribunal Arbitral es de la opinión de que en el presente caso las condiciones para el reconocimiento de la unidad del grupo se cumplen, como las empresas que forman el grupo han tomado parte, en una mezcla, tanto real y aparente, en un complejo de relaciones contractuales internacionales en que los intereses globales del grupo prevalece sobre los intereses individuales de cada uno de ellos. La flexibilidad de las relaciones comerciales internacionales exige que esta realidad económica se tendrá en cuenta y que todas las empresas del grupo serán de manera conjunta y solidariamente responsables por las deudas de las que han beneficiado directa o indirectamente".

ello una clara voluntad de fraude, que no puede ser aceptada por los tribunales y menos aún por el Ordenamiento. Por tal motivo consideramos que el artículo 14 del DLA puede cubrir situaciones como la descrita y permitir la extensión del convenio arbitral a las referidas empresas de "fachada".

El principio es bastante sencillo, un brazo del Derecho debe borrar el mal uso de otro de sus brazos. El derecho debe ir más allá de las máscaras utilizadas para adentrarse en la realidad y proteger así la seguridad jurídica de quienes, en buena fe, suscribieron un contrato vinculado a un convenio arbitral.

En efecto, a nuestro criterio el artículo 14 autoriza a los Tribunales Arbitrales a extender el acuerdo arbitral en este tipo de casos, con el objeto de proteger a la contraparte que se vería perjudicada con tales acciones y a fin de constatar la verdadera voluntad de las empresas involucradas, quienes en realidad son parte del mismo contrato.

Cabe recordar que, como ya hemos mencionado anteriormente, y como también se indicó en el Caso Dow Chemical, no se trata de cualquier otra "parte" en el arbitraje; sino por el contrario, se trata de la misma parte que ya se encuentra participando por responder a la misma voluntad común, por ser el alter ego de la parte suscriptora. Al respecto, Mohit Saraf nos recuerda que "los principios contractuales ordinarios determinan quién está vinculada; [por tal motivo] en una situación apropiada, el velo corporativo puede

ser perforado y una parte puede ser obligado a arbitrar como el alter ego de la firmante".²⁸

3. Elementos a demostrarse.

La aplicación de la doctrina en cuestión plantea un importante desafío a efectos de su aplicación. No puede realizarse de manera generalizada. Por el contrario, podemos establecer que deben comprobarse principalmente dos requisitos: (i) Un elemento que denominaremos objetivo, esto es la presencia de empresas vinculadas que formen parte de un mismo grupo económico; y (ii) Un segundo elemento que denominaremos subjetivo, representado por una voluntad común de fraude a dichas empresas, representada por haberse formado únicamente como un "alter ego", como una mera empresa de "fachada" de la que suscribió el convenio arbitral, lo cual al amparo de principio de Buena Fe permite inferir un consentimiento al Convenio.

En ello coincide Moses, cuando señala:

"Generalmente, los tribunales no perforan el velo societario a la ligera. Sin embargo, pueden sostener que una entidad es el alter ego de otra respecto de un convenio arbitral si:

1. *La controlante ejerce complete control sobre la subsidiaria, respecto a la transacción en cuestión, y;*
2. *Tal control fue utilizado para cometer un fraude que dañe a la parte que busca perforar el velo societario."*²⁹

28. Traducción libre del siguiente texto:

"Ordinary contract principles determine who is bound. In an appropriate situation, the corporate veil may be pierced and a party may be held bound to arbitrate as the signatory's alter ego."
SARAF, Mohit, *Who is a party to an arbitration agreement – Case of the non-signatory*. En: Collection of papers presented at ICC International Court of Arbitration & Singapore International Arbitration Centre Symposium on Institutional Arbitration in Asia 18 – 19 February 2005, Singapore, p. 17.

29. Traducción libre del siguiente texto:

"Generally, courts do not lightly pierce the corporate veil. However, they may hold that one entity is the alter ego of the other with respect to the obligations of an arbitration agreement if:
1. *The owner (parent) exercised complete control over the (subsidiary) corporation with respect to the transaction at issue; and,*
2. *Such control was used to commit a fraud or wrong that injured the party seeking to pierce the corporate veil."*

MOSES, Margaret L, *Op. Cit.*, p. 36.

Asimismo, Suárez Anzorena indica que "en el seno de esta tesis conviven un elemento objetivo –la existencia del grupo– y uno subjetivo –en la forma de una conducta que permite inferir la existencia de consentimiento, al menos implícito–. Sin embargo, de los reportes de laudos arbitrales parece claro que este último es decisivo y que no basta la mera existencia de control o la relación grupal".³⁰

En efecto, el primer objetivo que debe verificarse es la eventual relación entre las empresas o sociedades emplazadas, en el sentido que entre ellas exista una vinculación tal que, detrás de cada empresa, finalmente se encuentre la misma, oculta en aparentes personalidades diferentes. Sin embargo, ello no es suficiente y se debe demostrar también que detrás de dicho vínculo o dicha formación de empresas distintas existió una única voluntad fraudulenta con el fin de perjudicar a terceros. En igual sentido, Lamm indica:

A. *Una parte que no ha firmado un convenio arbitral puede ser obligada a participar en un proceso arbitral.*

1. *Perforamiento del Velo Societario/Alter Ego*

Las Cortes y Tribunales de EE.UU. ponderan qué nivel de afinidad entre la empresa matriz y sus subsidiarias justifica el "perforamiento del velo societario" y así considerar a una empresa responsable, legal y contablemente, por las acciones de otra. Aunque la relación matriz/subsidiaria, considerada

aisladamente, no es suficiente para obligar o permitir a un no-signatario a arbitrar, las Cortes y Tribunales de EE.UU. han perforado el velo societario cuando una empresa matriz domina y controla totalmente a sus subsidiarias con el propósito de cometer un fraude o cualquier otra ilegalidad. Por tanto, una empresa no-signataria que es considerada el alter ego de una empresa afín, la cual sí firmó un convenio arbitral, puede ser incluida en un proceso arbitral que trate sobre demandas contra su alter ego (...)" (El subrayado es nuestro).³¹

Como vemos, se trata de sociedades que conforman un mismo grupo económico, pero que a su vez actúan como una única sociedad, con una sola voluntad de fraude. Es precisamente dicha combinación de elementos la que determina la posibilidad de extender el convenio arbitral a las referidas empresas relacionadas; si no se prueba uno de ambos elementos, tal extensión no podrá realizarse.

En el mismo sentido, un sinnúmero de casos recientes de la ICC han puesto de manifiesto la necesidad de analizar ambos elementos. Así, por ejemplo, el árbitro único del Caso No. 1160 de la ICC seguido en Venezuela y resuelto en marzo del año 2002, resolvió lo siguiente:

"La regla en este tipo de asuntos siempre ha sido y sigue siendo que la independencia de la persona jurídica debe ser respetada

30 Op. Cit., p. 63.

31 Traducción libre del siguiente texto:

"A. A related Party That Has Not Signed an Agreement to Arbitrate May Be Compelled or Permitted to Participate in an Arbitration."

"1. - Piercing the Corporate Veil / Alter Ego."

Tribunals and U.S. courts consider whether the level of intimacy of a corporate relationship between a parent and its subsidiary justifies "piercing the corporate veil" and holding one corporation legally accountable for the actions of the other. Although the parent/subsidiary relationship alone is insufficient to obligate or permit a non-signatory to arbitrate a dispute, both U.S. courts and tribunals have pierced the corporate veil when a parent dominates and completely controls the subsidiary or in order to prevent fraud or other wrongdoing. Thus, a non-signatory corporation that is held to be the alter ego of an affiliate company that signed an arbitration agreement may be required to participate in an arbitral proceeding involving claims against its alter ego. (...)"

LAMM, Carolyn B. y AQUA, Jocelyn A., Defining the party –who is a proper party in an international arbitration before the american arbitration association and other international institutions. En: *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, Vol. 34, 2002-2003, pp. 723 – 723.

por los jueces y árbitros, y por lo tanto el convenio arbitral solo tiene efectos respecto a las partes del contrato o convenio. Sin embargo, no es menos cierta que la actual realidad de los negocios ha llevado al reconocimiento de muchas excepciones a esta regla. De vez en cuando, y cada vez más, las partes no mencionadas expresamente en el contrato o acuerdo, pueden gozar no solo de derechos en virtud del mismo, sino quedar obligados por él.

Algunas de estas excepciones se refieren a los casos en que una persona jurídica independiente es creada con la única intención de violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros. La necesidad de evitar algún tipo de fraude usualmente subyace a estas excepciones (El resaltado es nuestro).³²*

Y más adelante aseveró:

"Este árbitro es consciente que el hecho de que las firmantes y no firmantes del contrato y la cláusula de arbitraje pertenezcan al mismo grupo de empresas no es suficiente en sí mismo para justificar la extensión del convenio arbitral.

En el presente caso este hecho por sí solo no es suficiente tampoco, pero la evidencia permite concluir que el Demandado 2 fue y todavía es la mente y el alma, y en parte del cuerpo, de la suscriptora del contrato. El beneficiario del contrato del proyecto es, en estricto el Demandado 2. El Demandado 1 es solo un instrumento funcional creado para un propósito específico."³³

Más claro aún resulta el Laudo emitido en el Caso No. 10758 en octubre del año 2000, en dicho caso el Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias es consecuencia de

32 Traducción libre del siguiente extracto del Laudo:

"The rule on this matter has always been and continues to be that separate legal personalities ought to be respected by judges and arbitrators and that, therefore, the arbitration clause only has effect with respect to the parties to the contract or agreement. However, it is nonetheless true that contemporary business realities have led to the recognition of many exceptions to this rule. Occasionally, and increasingly so, parties not expressly mentioned in the contract or agreement may both avail themselves of rights under it and be bound by it. Some of these exceptions concern cases in which a separate legal personality is created with an intention to violate the law, public order or good faith, or to frustrate the rights of third parties. The need to avoid some form of legal fraud usually underlies these exceptions."

Un extracto del Laudo en cuestión, puede apreciarse en ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 16, No. 2 de la Corte Internacional de Arbitraje, 2005, p. 99; y En: <http://www.iccadr.com/>

A manera de reseña podemos indicar que esta controversia surgió a raíz de un contrato entre la filial venezolana de una empresa de ingeniería de América Latina y la filial venezolana de una compañía de ingeniería europea relativa a los trabajos relacionados con el desarrollo de un proyecto adjudicado a un consorcio de compañías internacionales, incluida la citada empresa de ingeniería europea. Tras un infructuoso intento de llegar a un acuerdo, la compañía de ingeniería de América Latina inició un proceso arbitral contra la filial venezolana de la compañía de ingeniería Europea (Demandado 1) y su matriz (demandado 2). Entre otras cosas, los demandados objetaron que el tribunal arbitral no tenía jurisdicción sobre el Demandado 2, ya que dicha matriz no había firmado el contrato que contenía el convenio arbitral.

En su laudo, antes de abordar el fondo del caso, el árbitro único respondió a esta objeción concluyendo que en el presente caso el Demandado 2 es "la mente y alma" del "Demandado 1".

33 Traducción libre del siguiente extracto del Laudo:

"This Arbitrator is mindful of the view that the fact that signatories and non-signatories of the contract and the arbitration clause belong to the same group of companies is insufficient in and of itself to justify the extension of the arbitration clause.

In the present case that fact alone would not be sufficient either, but the evidence supports a conclusion that (Respondent 2) was and still is the mind and soul, and partly the body, of the C. project contract. The beneficiary of the project contract is in substance (Respondent 2). (Respondent 1) is an instrumentality functional to a specific and legitimate purpose."

la conducta de mala fe de estas frente a terceras empresas con las cuales la signataria haya asumido relaciones:

"Los conceptos de "grupo de empresas" o de una "única realidad económica." han aparecido en numerosas laudos y han sido discutidos en artículos académicos, pero su utilidad analítica podría ser cuestionada. Estos conceptos promueven la búsqueda de argumentos y pruebas, para definir lo que significa un grupo de empresas o una única realidad económica. La extensión del convenio arbitral a un no signatario no es una cuestión relacionada meramente a la estructura corporativa o a la estructura de control, sino más bien uno relacionado a la participación de los no signatarios en la negociación, ejecución o ejecución del contrato, o de su comportamiento (incluyendo las representaciones explícitas o implícitas o la mala fe de su actuación), hacia la parte que solicita la inclusión de los no signatarios al arbitraje. Es a partir de esta participación en el contrato o de la conducta hacia la otra parte que el Tribunal Arbitral puede deducir "... la intención común de todas las

partes...," la misma que ha sido reconocida en numerosas laudos (incluido el caso de Dow Chemical) como justificación de la extensión del acuerdo de arbitraje a un no signatario.

En este punto el Tribunal concuerda con la decisión recaída en el asunto Westland Helicopters, donde el Tribunal Federal de Suiza declaró que el estricto control de una entidad jurídica por otra, o la estrecha relación entre las dos entidades, "... no es suficiente para superar la presunción de que cuando la entidad no ha firmado el convenio arbitral, la entidad que sí suscribió el mismo debe ser considerada como la única parte en el arbitraje (...)"

(...)

En consecuencia, cuando una estructura corporativa está siendo utilizada de mala fe, como un mero instrumento de ocultación deliberada o de confusión, o es utilizada simplemente para frustrar un posible laudo en contra de la parte que sí suscribió el convenio arbitral, el Tribunal Arbitral se encuentra justificado para levantar el velo corporativo. (...)" (el subrayado es nuestro).³⁴

34 Traducción libre del siguiente extracto del Laudo:

"The concepts of a "group of companies" or a "single economic reality" have appeared in many awards and been discussed in scholarly articles, but their analytical usefulness might be questioned. These concepts encourage evidence and argument, as in this case, as to what defines a group of companies or a single economic reality. The extension of an arbitration agreement to a non-signatory is not a mere question of corporate structure or control, but rather one of the non-signatory's participation in the negotiation, execution or performance of the contract, or its conduct (including express or implied representations or bad faith), towards the party that seeks the non-signatory's inclusion in (or exclusion from) the arbitration. It is from this participation in the contract or conduct towards the other party that the Arbitral Tribunal can infer "... the mutual intention of all parties (...)" that has been recognised in many awards (including the Dow Chemical case) as justifying the extension of the arbitration agreement to a non-signatory.

18. The Tribunal is confirmed in this view by the decision in the Westland Helicopters Case 2, where the Swiss Federal Tribunal stated that the strict control of a legal entity by another, or the close relationship between the two entities, "... is not sufficiently pertinent to overcome the presumption that, when [one entity] has not signed the arbitration clause, the entity which signed it should be regarded as the sole party to the arbitration (...)"

(...)
Accordingly, where a corporate structure is being used in bad faith as an instrument of deliberate concealment or confusion, or to defeat a possible award against the named party to an arbitration agreement, then the Arbitral Tribunal might be justified in lifting the corporate veil. The Claimant has alleged that this is the case here. Specifically, it claims that the separate legal personality of [B] is "... a fiction (...)", and that as a result of [Respondent's] actions [B] is or has been liquidated, has transferred assets to another member of the group, and that "... it is clear that there is a very real risk that [Claimant's] claims against [B] be (...) an illusory recourse (...)"

Un extracto del Laudo en cuestión, puede apreciarse en ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 16, No. 2, de la Corte Internacional de Arbitraje, 2005, p. 87; y <http://www.iccid.com/>

Es decir, cuando una o más empresas son creadas como meras fachadas de una empresa suscriptor de un convenio arbitral, con el único fin de frustrar cualquier decisión arbitral que no les favorezca la extensión del Convenio Arbitral resulta claramente válida.

Ahora bien, respecto al primer requisito, esto es la conformación de un mismo grupo económico, como ya mencionamos anteriormente, se trata de dos o más empresas que si bien por su formación objetiva representan dos entes o personas jurídicas distintas y aparentemente autónomas, pero forman parte de un mismo grupo económico, y en realidad forman parte de una misma realidad.

Si bien en algunos casos tal vinculación no resulta discutida y, por el contrario, la única cuestión litigiosa es la extensión o no de la cláusula arbitral a todos los miembros del mismo grupo económico; existen casos en el que las emplazadas niegan tener tal vinculación, y, por el contrario, se declaran al interior del proceso como empresas independientes sin mayor relación entre unas y otras.

En ese escenario, la presencia del requisito en cuestión debe ser analizada con mucho cuidado. Dada la negación respecto a tal vinculación, probar la misma directamente implicará mayor dificultad. En estos supuestos, las empresas nunca dejarán vestigios o rastros de vinculación. Sería imposible encontrar documentos que acrediten ello. Por ello, los tribunales arbitrales deben recurrir al uso de la denominada prueba indiciaria, a fin de que a través de un conjunto –indeterminado– de indicios lleguen a la conclusión de la existencia o no de tal vinculación, que permitan introducir como parte a dichas empresas no signatarias.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la demostración de dicha vinculación se encuentra interrelacionada a su vez con la prueba de la voluntad fraudulenta, pues se trata de la creación de una o más empresas –supuestamente relacionadas al mismo grupo– para que actúen como un “alter ego” de la empresa firmante –o viceversa– con el objeto de vulnerar la confianza depositada por la otra parte, lo que muestra en sí mismo la presencia del elemento fraudulento. Así lo describen Ness y Peden:

“Perforamiento del velo societario/Alter Ego”

Partes no signatarias también pueden ser compelidas a un arbitraje utilizando la vía del perforamiento del velo societario. A través de este método un individuo o empresa no signataria puede ser compelida a un arbitraje si es que este actúa como alter ego de la empresa que sí firmó el convenio arbitral (...)

Una empresa matriz y sus subsidiarias son generalmente reconocidas como entidades distintas y separadas, ello como un principio básico de la ley de sociedades, sin embargo las cortes perforarán el velo societario entre ellas cuando corresponda, en cuanto se demuestre un fraude o una ilegalidad junto a la presencia de indicios adecuados sobre el hecho de que realmente no son entidades separadas.” (El subrayado es nuestro).³⁵

En tal sentido, los indicios que los Tribunales analicen servirán tanto para probar la existencia de la vinculación como a su vez la voluntad fraudulenta de crear empresas con el único fin de defraudar la buena fe de la otra parte y evadir así

35 Traducción libre del siguiente texto: “Piercing the Corporate Veil/Alter Ego.”

Non-signatories also may be bound to arbitrate via piercing the corporate veil. By this method a non-signatory individual or entity for which the signatory corporation acts as alter ego can be compelled to arbitrate. (...)
A parent corporation and its subsidiaries are generally recognized as separate and distinct entities as a basic principle of corporation law, but courts will pierce the corporate veil between them in a proper case upon a showing of fraud or wrongdoing along with the presence of sufficient indicia that they are not really separate entities.”

NESS, Andrew D., y PEDEN, David D., *Arbitration Developments: Defects and Solutions*. En: *The Construction Lawyer*, Summer 2002, p. 14.

la verdadera intención declarada en el contrato. De hecho, en los laudos arbitrales citados anteriormente, los tribunales arbitrales recurrieron a una serie de indicios para probar la existencia o no de la referida voluntad fraudulenta.

Como señala De Trazegnies, *"es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada, la que justifica el rasgado del velo societario. Dentro de ese orden de ideas, una parte no suscriptora debe ser sometida a la obligación de arbitrar cuando la otra parte pretende razonablemente que su conducta ha sido fraudulenta con el objeto de confundir a la parte demandante o de colaborar en eludir la responsabilidad de la demandada suscriptora frente a esa demandante en materia de la identidad o del status de la obligada por la operación que es materia de la controversia"* (El subrayado es nuestro).³⁶

Y más adelante refiere: *"otro de los campos de aplicación de tal doctrina es en las relaciones entre principales y subsidiarias. Si bien no toda subsidiaria puede ser considerada simplemente una agente de la principal, los conceptos clásicos de insostenibles para el Derecho de equidad, buena fe, "fairness", etc. hacen que el carácter formalmente independiente de la subsidiaria se pierda si a través de ella se pretende hacer algo que va contra el espíritu del pacto societario"* (El subrayado es nuestro).³⁷

Finalmente resta señalar que, dada dicha voluntad fraudulenta y teniendo en cuenta que se entiende que las empresas formantes del grupo son en realidad "alter ego" de una de ellas, –y en aplicación del principio de buena fe se entiende que todas fueron parte del contrato primigenio– la consecuencia de ello es que se desestime la supuesta autonomía jurídica y todas ellas asuman las consecuencias jurídicas y económicas como la única parte que realmente son.

En Perú, a manera de ejemplo en el Pleno Jurisdiccional Laboral de junio de 2008, se indicó expresamente que en los casos de vinculación empresarial, todas las empresas relacionadas deben asumir la responsabilidad, de la siguiente manera:

"Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores" (El resaltado es nuestro).³⁸

En nuestro caso, lo cierto es que más que la llamada responsabilidad solidaria, se trata en realidad de una consecuencia natural de la extensión del convenio en los términos propuestos para el caso del grupo de sociedades. Como hemos indicado anteriormente, ello es consecuencia de que en realidad las empresas no signatarias creadas con una única voluntad fraudulenta forman en realidad la misma parte de la signataria y por ello todas ellas deben asumir las consecuencias como una la única empresa que realmente son.

Así, la consecuencia de la extensión del convenio debido a la voluntad fraudulenta con que han sido creadas las empresas no signatarias es tratar a todas las empresas, formalmente distintas –incluidas la signataria y las no signatarias– como una sola. Si se considera que las empresas son todas partes de un mismo contrato como si fueran una sola entidad, la llamada solidaridad se deriva de la eliminación de la defensa de la responsabilidad limitada.

Si se considera que las empresas, con mala fe, se coludieron para causar un daño sustrayendo

³⁶ Op. Cit. p. 19

³⁷ Op. Cit. p. 13

³⁸ Pleno Jurisdiccional Laboral llevado a cabo los días 27 y 28 de junio de 2008 en la ciudad de Lima. http://www.pgob.pe/CorteSuprema/cj/documentos/CONCLUSIONES_DEL_PLENO_JURISDICCIONAL_LABORAL_NACIONAL.pdf

el patrimonio que iba a utilizarse para el cumplimiento de una obligación, del patrimonio de ellas, son todas causantes del daño y como tales son todas responsables como la única empresa que son. De una manera o la otra se concluye que todas deben responder por el todo.

La jurisprudencia española se ha pronunciado en la misma línea y ha señalado que, tratándose de un grupo de empresas que en realidad actúan como una sola, las consecuencias deben ser asumidas por todas ellas también como una sola. Así, la Magistratura de Trabajo de Guijón ha declarado expresamente:

"Considerando; Que en el caso que nos ocupa estamos ante un supuesto en el que, además de la sociedad anónima aparentemente empleadora, existen otras sociedades que no solo están ligadas a la primera y entre sí por la circunstancia de existir unas mismas personas físicas y otras jurídicas con participación importante en todas ellas, sino que constituyeron o posteriormente se incorporaron a otra sociedad anónima, en la que todas las codemandadas tienen participación, excepto "T" en el momento actual y "F" S.A., de lo que luego se tratará; es decir, estamos ante un supuesto que las codemandadas pretenden como sociedad de empresas, sociedades asociadas o sociedad de sociedades, y se trata de decidir si tal apariencia jurídica se traduce del mismo modo en la realidad jurídico-laboral, o nos encontramos ante una sola y única empresa, ya que se llama "conjunto económico y social", conjunto económico único, "unidad de trabajo", etc., en definitiva una sola empresa respecto de las consecuencias jurídico-laborales de la actuación empresarial conjunta y única; para ello debe atenderse a la existencia o no de una comunidad o unidad económica, a la actuación externa como unidad o plura-

lidad, a la existencia o no de una dirección única o concentrada de lo que pueden ser meramente unidades descentralizadas de producción y a los fines perseguidos, aparte de otros datos que pueden ser más aleatorios o circunstanciales serían las idénticas o similares condiciones de trabajo, el trasvase o intercambio de trabajadores, la identidad o complementariedad de los objetos económicos de éstos, etc., y lo que debe perseguirse con ello, (...)

Considerando: Que, por todo lo expuesto, hemos de concluir en que si bien los trabajadores demandantes tenían un "patrono aparente", que era "T", en realidad, el auténtico y verdadero empleador es el conjunto de sociedades que aquí figuran como demandadas, las cuales no son elementos disociados, sino que, en suma y conjunción, forman algo único y total, receptor, directamente o por la interposición de "M", de la prestación de servicios de los trabajadores demandantes, al igual que del resto de los trabajadores del conjunto."³⁹

En el mismo caso, la resolución citada fue apelada. Sin embargo el Tribunal Central de Trabajo de España denegó dicha apelación y confirmó el mismo criterio, indicando que *"entendido de distinto modo sería determinante, no solamente de quedarse en la simple superficie formal del factor constitutivo de la sociedad, desconociendo la realidad a que ha dado lugar el propio querer de los componentes del grupo a través de su actuación, sino que ello habría de ser cauce adecuado para crear una situación defraudadora de la ley, (...) en cuanto que el montaje de varias sociedades de actuación conjunta y única difumina o elimina de hecho las individualidades, permitiendo la presentación de la realidad como convenga a los intereses del conjunto y, por lo tanto, orientado el cumplimiento de sus obligaciones laborales en forma o términos que, por ese cauce de inter-*

³⁹ Sentencia de la Magistratura de Trabajo No. 2 de Gijón, de fecha 03 de diciembre de 1983. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, La Doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia, Segunda Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pp. 162-175. Como se puede apreciar, los nombres de las partes han sido cambiados en el texto original de la cita.

dependencia, pudieran resultar, y de hecho han resultado, eludidas”⁴⁰

Si bien hemos dicho que consideramos que no se trata estrictamente de una responsabilidad solidaria, sino de una única responsabilidad, resulta aplicable a este tipo de casos el artículo 1983 del Código Civil que señala expresamente que “*si varios son responsables del daño, responderán solidariamente*”. En ese sentido, siendo que en este caso estamos afirmando que existe una única voluntad responsable, formada por todas las empresas del grupo involucradas, todas ellas deben asumir la responsabilidad como una sola.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto, este breve trabajo apunta a cimentar ideas y corrientes ya recogidas por la doctrina extranjera, conducentes a extender el convenio arbitral a las partes no signatarias en el marco del grupo de sociedades, lo cual requiere prescindir de fórmulas legales obsoletas y abrirnos a la innovación y modernidad que las relaciones jurídicas actuales nos exigen.

Como podemos observar, solo debemos quitarle la máscara a aquellos formalismos que permiten servirse del derecho para abusar de él, tal y como sucede al extender el acuerdo arbitral a una parte que, si bien no lo suscribió, en aplicación del principio de buena fe se entiende que sí consintió al mismo.

40. Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de fecha 04 de julio de 1984, mediante la cual se resolvió la apelación a la referida Sentencia de la Magistratura de Trabajo No. 2 de Gijón, de fecha 03 de diciembre de 1983. ANGEL YAGUEZ, Ricardo, *Op. Cit.*, pp. 175 - 177.