

El levantamiento del velo societario en el arbitraje: ¿pueden los árbitros desestimar la personalidad jurídica?

*Elías David Orozco Herrera**

Recibido/Received: 31/07/2020
Aceptado/Accepted: 16/09/2020

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El levantamiento del velo societario. 2.1. Responsabilidad limitada. 2.3. Fundamentos de la perforación del velo societario. 2.4. Criterios que permiten levantar el velo societario. 2.5. El levantamiento del velo societario en el sistema jurídico ecuatoriano. 3. El levantamiento del velo societario en el arbitraje. 3.1. Principio de relatividad del convenio arbitral. 3.2. Partes signatarias y partes no signatarias del convenio arbitral. 3.3. Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. 3.4. La desestimación como un mecanismo de incorporación de no signatarios. 4. Aplicación adjetiva y sustantiva del levantamiento del velo. 5. Viabilidad de implementar la aplicación adjetiva de la desestimación. 5.1. El consentimiento implícito del no signatario. 5.2. El requisito de escrituración del convenio arbitral. 6. Viabilidad de implementar la aplicación sustantiva de la desestimación. 6.1. Competencia en razón de la persona. 6.2. Competencia en razón de la materia. 6.3. Competencia en razón de la voluntad. 6.4. Jurisprudencia relativa al tema. 7. Conclusiones.

RESUMEN: El levantamiento del velo societario es un mecanismo que produce la inoponibilidad de la personalidad

* Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: eliasdavidoh@outlook.com

E. D. OROZCO HERRERA, “El levantamiento del velo societario en el arbitraje: ¿pueden los árbitros desestimar la personalidad jurídica?”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 489-547.



jurídica. Su tratamiento en el sistema jurídico ecuatoriano ha sido objeto de mucha confusión, sobre todo en relación a los criterios que determinan su procedencia y al alcance de sus efectos. A su vez, esta figura ha sido desarrollada por la jurisprudencia internacional como un supuesto para permitir la incorporación de no signatarios al arbitraje. Este artículo abordará el mecanismo y su incidencia en el arbitraje, distinguiendo entre una aplicación adjetiva y una aplicación sustantiva del mismo. Se concluirá dilucidando si, a la luz de la legislación ecuatoriana, es factible que los árbitros levanten el velo societario.

PALABRAS CLAVE: velo societario, partes no signatarias, *alter ego*, inoponibilidad.

Veil piercing in arbitration: Can arbitrators disregard the legal personality?

ABSTRACT: The veil piercing is a mechanism that produces the disregard of the legal personality. Its treatment in the Ecuadorian legal system has been subject of major confusion, especially regarding the criteria to determine its procedure and the scope of its effects. In turn, this figure has been developed by international jurisprudence as a way to allow the inclusion of non-signatories in arbitration. This article addresses the mechanism and its incidence in arbitration, distinguishing between its adjective and subjective application. Ultimately, this paper aims to determine if arbitrators are able to pierce the corporate veil, in the light of the Ecuadorian legislation.

KEYWORDS: veil piercing, non-signatories, *alter ego*, disregard.

1. INTRODUCCIÓN

El levantamiento del velo societario es un mecanismo jurídico que, esencialmente, produce la inoponibilidad de la personalidad jurídica. Su tratamiento en la legislación ecuatoriana ha sido objeto de mucha discusión. Más aún, lejos de ser un tema superado, es una figura que en la actualidad deja varias interrogantes sin resolver, sobre todo respecto a su alcance y a los criterios que determinan su procedencia.

Este mecanismo, a su vez, tiene cabida dentro del procedimiento arbitral. Concretamente, puede ser aplicado en dos formas distintas, mas no excluyentes entre sí: **(i)** de forma sustantiva y **(ii)** de forma adjetiva. A pesar de esto, la falta de certeza de nuestra legislación, la escasa jurisprudencia que existe en relación al tema y la propia complejidad que muchas veces supone el arbitraje en nuestro sistema legal han coadyuvado para que la implementación de este mecanismo en el arbitraje enfrente un terreno abundante en complejidad.

Este artículo buscará determinar si, en efecto, es posible que los árbitros levanten el velo societario. Para ello, se abordará, en un primer momento, la figura jurídica del perforamiento del velo societario, calificando sus fundamentos, los criterios que permiten su aplicación, los efectos jurídicos que genera y su tratamiento a la luz de la legislación ecuatoriana.

Posteriormente, se caracterizará la aplicación de este mecanismo en la esfera del arbitraje. Se dará una breve mirada al principio rector del arbitraje y, desde ahí, se abordará la teoría de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. De igual forma, se analizará la implementación del levantamiento como un mecanismo para la incorporación de no signatarios.

En línea con lo anterior, se caracterizará, tanto la aplicación adjetiva, como la aplicación sustantiva de esta figura en el arbitraje. Se tomará en cuenta el régimen específico aplicable a cada una y se dilucidará, en ambos casos, si es posible que el árbitro las aplique a lo largo del proceso arbitral.

Finalmente, se expondrán las conclusiones que creemos son consecuencia adecuada del análisis efectuado a lo largo del estudio.

2. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

El levantamiento del velo societario es un mecanismo que permite al juez desestimar la personalidad jurídica de una compañía. Como consecuencia de su aplicación, las obligaciones que –en un principio– eran propias de la sociedad le son atribuidas a quienes se ocultaron tras ella. Iniciaremos esta sección abordando la responsabilidad limitada y su utilidad económica [2.1]. Posteriormente, nos referiremos a la teoría del levantamiento del velo, sus fundamentos y principales características [2.2]. De igual forma, analizaremos los efectos jurídicos que acarrea su activación [2.3]. Revisaremos los criterios que la práctica internacional ha formulado para determinar su procedencia [2.4]. Finalmente, concluiremos caracterizando su aplicación en el sistema jurídico ecuatoriano [2.5].

2.1. Responsabilidad limitada

Como punto de partida, proponemos situarnos en el principio de responsabilidad limitada. Este principio, cuya aparición ha sido celebrada como el mayor descubrimiento de los tiempos modernos¹, parte del supuesto de concebir a la persona jurídica como un ente sin realidad corpórea, cuya

1. Véase, S. M. BAINBRIDGE, “Abolishing Veil Piercing”, *Journal of Corporation Law*, No. 26, 2000.

personalidad difiere de la de sus otorgantes². De ahí, trazando una distinción indiscutible entre su propio patrimonio y aquel intrínseco a la personalidad de quien lo constituyó. Como consecuencia, el desarrollo del Derecho societario se ha cimentado en ambas consideraciones: **(i)** el reconocimiento de la personalidad propia de las sociedades y **(ii)** la concepción de sus socios como centros de imputación ajenos a la misma³.

La responsabilidad limitada encuentra su aplicación en el género de las compañías mercantiles. Específicamente, esta se refleja en el derecho de los accionistas a no responder –en un monto mayor al de su aportación– por las obligaciones sociales⁴. A causa de esto, los acreedores de la compañía no pueden exigir el pago de tales obligaciones a los accionistas de su deudora, sino exclusivamente por el monto de su aportación al capital social. *Contrario sensu*, esto implicaría desconocer la distinción existente entre la personalidad y el patrimonio de ambas. En palabras de EASTERBOOK & FISCHER, “la responsabilidad limitada significa que los inversores de una compañía no responden por más del monto de su inversión”⁵. De esto se desprende que, más allá de ser considerada como un principio, la responsabilidad limitada es un derecho.

La aparición de la responsabilidad limitada ha aportado gran eficiencia a la empresa privada y, en general, al desarrollo de actividades económicas. Principalmente, permite a los accionistas externalizar el riesgo de sus inversiones⁶. Gracias a ello, los inversores pueden incursionar en actividades mercantiles –inherentemente riesgosas– al tener la certeza de que su riesgo será limitado hasta el monto de su inversión.

-
2. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Visión Tridimensional de la Persona Jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, No. 1, 1997, pp. 17-18.
 3. F. GALGANO, “Concepto de persona jurídica”, *Revista Derecho del Estado*, No. 16, 2004, p. 21.
 4. L. E. RIBSTEIN, “Limited Liability and Theories of the Corporation”, *Maryland Law Review*, Vol. 50, Iss. 1, 1991, pp. 84-86.
 5. Traducción libre. F. EARTERBROOK & D. FISCHER, “*Limited Liability and the Corporation*”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 52, Iss. I, 1985, p. 90.
 6. S. M. BAINBRIDGE, N. 1, p. 12-13.

De no contar con este derecho, los comerciantes se verían forzados a asumir con su propio patrimonio las pérdidas que pueda generar su comercio. Esto culminaría por desincentivar la incursión en actividades productivas. Provocando así, perjuicios generales para toda la sociedad.

En fin, en ausencia de la responsabilidad limitada, los inversores encontrarían una fuerte aversión a constituir empresas, pues correrían el riesgo de comprometer su patrimonio personal en caso de que la compañía no pueda satisfacer sus obligaciones⁷.

Al tratarse del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la responsabilidad limitada se aplica en ciertas compañías mercantiles reguladas por la Ley de Compañías. Nos referimos específicamente a la compañía de responsabilidad limitada, a la sociedad anónima y, recientemente, a la sociedad por acciones simplificada. Dichas especies societarias comparten la característica de estar conformadas por aportaciones que otorgan el derecho a los socios de limitar su responsabilidad, respondiendo exclusivamente por el monto de su inversión.

Ahora bien, como se ha indicado, la responsabilidad limitada puede aportar innumerables beneficios al desarrollo de actividades económicas⁸. Sin embargo, sus efectos han sido cuestionados por permitir a los accionistas externalizar el riesgo de su conducta y, a sabiendas de esto, actuar de forma socialmente indeseable⁹. En esta línea, CALLISON agrega que la responsabilidad limitada “crea incentivos para tomar riesgos excesivos al permitir a los propietarios de las firmas evitar los

-
7. Sobre las ventajas de la responsabilidad limitada, véase P. HALPERN *et al.*, “An economic analysis of limited liability in corporation law”, *Toronto Law Review*, No. 30, 1980, pp. 117-125.
 8. Cf., L. E. RISBTEIN, N. 4, para quien existe más eficiencia al restringir la responsabilidad limitada.
 9. R. M. GREEN, “Shareholders as Stakeholders: Changing Metaphors of Corporate Governance”, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 50, Iss. 4, 1993, pp. 1414-1415.

costos totales de sus actividades comerciales mientras cosechan la recompensa económica total de dichas actividades”¹⁰.

La crítica no parece tener mucha relevancia frente a obligaciones contractuales pues, como lo explica BAINBRIDGE, al celebrar el contrato el acreedor de la firma tiene una certeza del riesgo que involucra dicho negocio. Sin embargo, la situación no es inocua al tratarse de acreedores extracontractuales pues en tal escenario, no se ha consentido en ninguna relación crediticia con la empresa¹¹.

El caso adquiere mayor relevancia en el supuesto de que los accionistas actúen con dolo, a sabiendas de que su responsabilidad se encuentra limitada. De ahí que se haya planteado la necesidad de desconocer el principio de responsabilidad limitada en casos donde exista fraude o abuso de derecho¹². En esta línea, EASTERBROOK & FISCHER afirman que, a pesar de ser un principio fundamental del Derecho societario, “[...] la responsabilidad nunca ha sido absolutamente limitada. Los tribunales ocasionalmente permiten a los acreedores ‘perforar el velo corporativo’, lo que significa que los accionistas deben satisfacer los reclamos de los acreedores”¹³.

2.2. Fundamentos de la perforación del velo societario

El levantamiento del velo societario, conocido también como perforación del velo, *veil piercing* o desestimación de la personalidad jurídica¹⁴, es un mecanismo formulado

10. Traducción libre. W. CALLISON, “Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing”, *Business Lawyer* (ABA), Vol. 58, No. 3, 2003, p. 1063.

11. S. M. BAINBRIDGE, N. 1.

12. A. DASSO, *Hacia un nuevo concepto de patrimonio y responsabilidad limitada*, 2011.

13. Traducción libre. F. EASTERBROOK & D. FISCHER, N. 5, p. 89.

14. La figura ha recibido diversas denominaciones por parte de la doctrina, entre ellas se puede citar las siguientes: *corporate veli lifting*, *disregard of corporate personality*, rasgamiento del velo, corrimiento del velo, penetración del velo, inoponibilidad de la personalidad jurídica, re-dhibición de la persona jurídica, teoría del allanamiento, prescindencia de la persona jurídica.

por el Derecho anglosajón, que ha sido adoptado por la jurisprudencia internacional sobre la base de criterios que varían en cada jurisdicción¹⁵. El rasgamiento del velo opera como una excepción al principio de responsabilidad limitada. Su activación, a breves rasgos, implica atribuir las obligaciones de una compañía a sus accionistas ante la concurrencia de ciertos presupuestos¹⁶. Comúnmente, cuando se determina que la sociedad fue instrumentada para consumir un fraude o un abuso de derecho.

REYES VILLAMIZAR lo define como la “[...] excepción impuesta judicialmente al principio de limitación de la responsabilidad, en virtud de la cual los jueces desestiman la separación de la personalidad de la sociedad y disponen de la responsabilidad de un asociado por obligaciones [sociales]”¹⁷. Para CASANOVA CLAROS, se trata de una forma de

[...] prescindir de la radical separación entre persona jurídica y los miembros que la componen, cuando la estructura de la primera quiere ser utilizada como una pantalla protectora para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar”¹⁸.

Finalmente, ÖRN lo caracteriza como “[...] la práctica de los tribunales que permite a los acreedores de una corporación alcanzar los activos de sus accionistas”¹⁹.

El desarrollo de este mecanismo encuentra su fundamento en instituciones jurídicas previamente existentes. En el sistema anglosajón el mismo deriva de la equidad, el fraude y la

Véase, T. SEÍAS RENGIFO, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)”, *Revista de Derecho y Ciencia Política UNMSM*, Vol. 64 (1), 2007, p. 399.

15. W. L. CARY & M. A. EISENBERG, *Corporations: Cases and Materials (University Casebook Series)*, 7ma. Ed., The Foundation Press, 1995, p. 191.
16. H. GELB, “Limited Liability Policy and Veil Piercing”, *Wyoming Law Review*, Vol. 9, No. 2, 2009, p. 553.
17. F. REYES VILLAMIZAR, *Derecho societario en Estados Unidos y en la Unión Europea*, Legis, 2013, p. 207.
18. M. CASANOVA CARLOS, “A propósito del velo societario”, *Vox Juris*, No. 14, 2007, p. 130.
19. P. ÖRN, “Piercing the Corporate Veil – a Law and Economics Analysis”, Tesis de maestría, University of Lund, 2009), (05/07/2020), p. 23.

doctrina del *agency*²⁰. Por otro lado, en el Derecho continental su aplicación se justifica normalmente en el abuso del derecho y en el principio de la buena fe. Autores como ZORZI²¹ sostienen que esta figura corresponde a un conjunto de mecanismos usados para remediar el abuso de la personalidad jurídica²². En fin, el levantamiento del velo parte de la necesidad de sancionar el abuso de la responsabilidad limitada y en brindar una protección adecuada a los terceros cuando las sociedades son utilizadas para defraudarlos.

Ahora bien, existe una gran variedad de términos empleados para hacer alusión a este mecanismo. La doctrina por lo general se refiere a la (i) perforación, rasgamiento, redhibición del velo societario; (ii) desestimación de la personalidad jurídica; (iii) teoría del *alter ego*; e, (iv) inoponibilidad de la personalidad jurídica. Si bien todos estos términos se refieren genéricamente a la misma figura, en un sentido técnico, no implican lo mismo.

La desestimación de la personalidad jurídica es la traducción del término *disregard of corporate personality* –concebido por el sistema anglosajón– y se refiere a una categoría paraguas que engloba una serie de mecanismos específicos, entre ellos el levantamiento del velo societario²³. Por otro lado, el término *alter ego* hace referencia a una de las teorías que conduce a la desestimación de la personalidad jurídica. Finalmente, la

20. P. CONSTANTINI, “La doctrina del Disregard of the Legal Entity en el derecho inglés”, *Revista Jurídica*, Vol. 4, No. 1, 2016, p. 2.

21. Véase, N. ZORZI, “El abuso de la personalidad jurídica”, *Revista Derecho del Estado*, No. 16, 2004, p. 29. El autor caracteriza este tipo de abuso como “[...] una expresión elíptica, que equivale al abuso de los derechos sintéticamente resumidos en el concepto de persona jurídica”.

22. El abuso de la personalidad jurídica –derivado del género del abuso de derecho– es analizado con base en el tratamiento específico que cada sistema le otorga a la personalidad jurídica. De ahí que los mecanismos empleados para evitarlo se conciben de forma distinta en cada estado. Por ejemplo, en Italia existe el denominado *superamento dello schermo della personalità giuridica*, en Alemania se habla de la figura del *durgriff*, en Gran Bretaña y Estados Unidos se utiliza el término *disregard of corporate personality*, en Francia se emplea el genérico *abus de droit*, mientras que en Latinoamérica y España se lo conoce como levantamiento del velo societario. Cada una de estas figuras tiene un tratamiento distinto en su legislación, sin embargo, todas responden a la misma finalidad.

23. Véase, P. CONSTANTINI, N. 20.

inoponibilidad es la consecuencia jurídica que produce la perforación del velo societario.

Nuestra legislación emplea el término “desestimación”, “inoponibilidad” y “levantamiento del velo societario” para referirse a la misma figura. A efectos de este estudio, nos referiremos indistintamente a cualquiera de estos conceptos, con excepción de la inoponibilidad y el *alter ego* que serán analizados con posterioridad.

2.3. Efectos del levantamiento del velo societario

Es importante aclarar que la perforación del velo no provoca la nulidad de la figura societaria²⁴. Su principal consecuencia jurídica es la inoponibilidad del contrato de sociedad, sin que su existencia o validez resulten afectada²⁵. En últimas instancias, puede considerarse que aquello implica la inoponibilidad la personalidad jurídica. Ahora bien, ¿qué se debe entender por inoponibilidad? Según OSPINA & OPSINA, la cuestión se reduce a

[d]eterminar si la eficacia de los actos jurídicos entre las partes tiene que ser siempre reconocida y aceptada por los terceros o si estos, por el contrario y a lo menos en algunos casos, están legitimados para rechazar o impugnar esta eficacia entre las partes²⁶.

Agregan los autores que en el primer caso, se tiene que el acto es oponible, mientras que en el segundo, es inoponible.

Con otras palabras, la oponibilidad de los actos jurídicos puede entenderse como el deber general de respecto que

24. S. ANDRADE UBIDIA, “El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana”, *Foro: Revista de Derecho*, No. 11, 2009, p. 15.

25. L. R. LÓPEZ GARCÍA, “La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria”, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 122.

26. G. OSPINA FERNÁNDEZ & E. OSPINA ACOSTA, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 7ma. Ed., Temis, 2016, p. 387.

el ordenamiento impone a terceros frente a las relaciones jurídicas de los particulares. Los negocios jurídicos, por regla general, son oponibles en virtud de que sus efectos pueden hacerse valer frente a terceros²⁷. Lo propio ocurre en tratándose del contrato de sociedad que da constitución a una compañía. En principio, se entiende que es oponible, en la medida en que los efectos que genera *inter partes* –separación de patrimonios y derecho a la limitación de responsabilidad– deben ser respetados por terceros.

Por el contrario, la inoponibilidad “[...] significa la relativa ineficacia del contrato en el sentido de que sus efectos no podrán hacerse valer frente a dichos terceros”²⁸. En el caso que nos ocupa, la inoponibilidad se traduce en la incapacidad de exigir a los terceros el reconocimiento de los efectos derivados del contrato social. Así, tras el levantamiento del velo, el contrato de sociedad se torna inoponible, permitiendo a los acreedores ignorar los efectos que emanan del mismo –como la responsabilidad limitada, la autonomía de patrimonios y la misma existencia de una personalidad jurídica autónoma– para así alcanzar el patrimonio de sus accionistas²⁹.

Siguiendo la línea planteada por MELICH ORSINI, podemos considerar que la oponibilidad se proyecta más allá de las relaciones contractuales, inclusive siendo propia de cualquier elemento del orden jurídico como, por ejemplo, una “situación jurídica”³⁰. En este sentido, podría también entenderse que la inoponibilidad no recae sobre el contrato social en sí mismo, sino sobre la propia personalidad jurídica de la compañía. De ahí que se explique el empleo de esta terminología en varios sectores

27. *Ibidem*, p. 388.

28. L. PARRAGUEZ RUÍZ, *Régimen Jurídico del Contrato*, Borrador 2020, p. 358.

29. J. TRUJILLO ESPINEL, “El Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles y su Desestimación”, *Revista de Derecho Económico*, No. 2, 2010, pp. 109-110.

30. J. MELICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, 5ta. Ed., Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, p. 524.

de la doctrina. En cualquiera de los casos, el efecto resulta en la ineficacia relativa de la personalidad frente a los terceros perjudicados³¹.

Resta decir que, tras la declaratoria de inoponibilidad, los acreedores de la compañía pueden perseguir sus acreencias directamente contra quienes se valieron de la sociedad para defraudarlos. En este sentido, el alcance de la perforación del velo no es un tema muy discutido. Nuevamente, esto dependerá de cada legislación pero, en términos generales, se entiende que la responsabilidad alcanza a quien sea que abusó de la personalidad jurídica. Es decir, tanto a accionistas, como directores, gerentes y; en general, cualquier persona natural o jurídica que hubiese ejercido control sobre la sociedad³².

2.4. Criterios que permiten levantar el velo societario

El rasgamiento del velo societario ha recibido fuertes críticas por la falta de seguridad jurídica que implica admitirlo³³. Sobre todo, si se toma en cuenta la extensa amplitud de escenarios que permiten al juez perforar el velo y, en cualquier caso, la falta de certeza que existe en torno a los mismos. Es realmente difícil encontrar criterios uniformes al tratarse de esta figura. Hacemos propias las palabras de BAINBRIDGE al afirmar que “simplemente no existen reglas claras para decidir cuando los tribunales perforarán el velo corporativo”³⁴.

31. M. & M. BOMCHIL, *La Inoponibilidad de la Persona Jurídica Societaria y el Art. 54, Tercer Párrafo, de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales*, <<https://bit.ly/3kh5BPC>>, p. 8.

32. Véase, C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, 4ta. Ed., Aranzadi, 1996.

33. Véase, P. OH, "Veil-Piercing", *Texas Law Review*, Vol. 89, 2010.

34. Traducción libre. S. M. BAINBRIDGE, N.1, p. 45.

Dentro del sistema anglosajón, los criterios que permiten la desestimación varían según la jurisprudencia de cada estado³⁵. No obstante, a criterio de ÖRN, las cortes estadounidenses han desarrollado tres teorías para determinar su procedencia: **(i) instrumentality**; **(ii) alter ego**; e, **(iii) identity**³⁶.

La teoría de la instrumentalidad fue desarrollada por POWELL y consiste en un proceso de verificación compuesto por tres factores. Esencialmente, debe comprobarse que la sociedad operó para la prosecución de los objetivos de quienes la controlan, que dicho control se ejerció con propósitos fraudulentos y, que de ello, se produjo un daño a terceros³⁷.

La teoría del *alter ego* tiene su origen en el caso *Harris c. Youngstown Bridge Co.* y según ÖRN, el término consiste en una metáfora para caracterizar “[...] una relación inaceptablemente cercana entre una corporación matriz y una subsidiaria, lo que resulta en la desestimación de la identidad corporativa separada de la subsidiaria”³⁸. Básicamente, considerar a una compañía como un *alter ego* de otra implica concluir que la separación entre ambas es, a tal punto, insustancial que entre ellas existe una misma unidad de propiedad e intereses.

La teoría de la identidad –estrechamente relacionada a la teoría del *alter ego*– permite levantar el velo societario, de

35. Así, por ejemplo, las cortes de California e Illinois permiten la perforación del velo ante la concurrencia de dos requisitos: **(i)** que la empresa sea un *alter ego* controlado por sus accionistas y; **(ii)** que adherirse a la regla de la responsabilidad limitada eximiría un fraude. Véase, Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos, *Van Dorn Co. c. Future Chemical and Oil Corp.*, 753 F.2d 565, 23/01/1985, párr. 565-570. Por su parte, las cortes de Virginia han admitido la desestimación cuando: **(i)** la sociedad es controlada bajo el dominio del demandado y; **(ii)** cuando esta fue empleada como una fachada para disfrazar errores, perpetuar fraudes u ocultar delitos. Véase, Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de Estados Unidos, *Perpetual Real Estate Services, Inc. c. Michaelson Properties, Inc.*, 974 F.2d 545, 08/09/1992, párr. 974. Por otro lado, la Corte del Segundo Circuito de Nueva York ha afirmado: “[veil may be pierced either] to prevent a fraud or other wrong, or where a parent [corporation] dominates and controls a subsidiary.” Véase, Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Nueva York, *Passalacqua Builders, Inc. c. Resnick Developers South, Inc.*, 933 F.2d 131, 14/05/1991.

36. P. ÖRN, N. 19, p. 23.

37. P. CONSTANTINI, N. 20, p. 17.

38. P. ÖRN, N. 19, p. 27.

igual forma, ante la existencia de una identidad compartida por una sociedad y quienes la controlan. Esto ha llevado a muchos autores a cuestionar la distinción entre ambas teorías. De hecho, BLUMBERG afirma que, a pesar de presentarse con formulaciones distintas, las tres variantes son sustancialmente las mismas³⁹.

A todo esto, la Corte de Apelaciones del Primer Distrito de California, en el caso *Associated Vendors, Inc. c. Oakland Meat Co.*⁴⁰, enlistó veinte supuestos fácticos que comúnmente se enmarcan en estas teorías y permiten a los tribunales perforar el velo societario. A su vez, autores como CAIVANO & SILVA ROMERO coinciden con los escenarios presentados por la corte y citan el caso *United States c. Jon-T Chemicals, Inc.*⁴¹ como un

39. Véase, P. BLUMBERG, *The Multinational Challenge to Corporation Law: The Search for a New Corporate Personality*, Oxford University Press, 1993, p. 84.

40. Corte de Apelaciones del Primer Circuito de California, *Associated Vendors, Inc. c. Oakland Meat Co.*, 210 Cal.2d 825, 17/12/1962, párr. 838-842. La corte en su sentencia sostuvo: “[a] review of the cases which have discussed the problem [veil piercing] discloses the consideration of a variety of factors which were pertinent to the trial court’s determination under the particular circumstances of each case. Among these are the following: [1] Commingling of funds and other assets, failure to segregate funds of the separate entities, and the unauthorized diversion of corporate funds or assets to other than corporate uses; [2] the treatment by an individual of the assets of the corporation as his own; [3] the failure to obtain authority to issue stock or to subscribe to or issue the same; [4] the holding out by an individual that he is personally liable for the debts of the corporation; [5] the failure to maintain minutes or adequate corporate records, and the confusion of the records of the separate entities; [6] the identical equitable ownership in the two entities; [7] the identification of the equitable owners thereof with the domination and control of the two entities; [8] identification of the directors and officers of the two entities in the responsible supervision and management; [9] sole ownership of all of the stock in a corporation by one individual or the members of a family; [10] the use of the same office or business location; [11] the employment of the same employees and/or attorney; [12] the failure to adequately capitalize a corporation; [13] the total absence of corporate assets and undercapitalization; [14] the use of a corporation as a mere shell, instrumentality or conduit for a single venture or the business of an individual or another corporation; [15] the concealment and misrepresentation of the identity of the responsible ownership, management and financial interest, or concealment of personal business activities; [16] the disregard of legal formalities and the failure to maintain arm’s length relationships among related entities; [17] the use of the corporate entity to procure labor, services or merchandise for another person or entity; [18] the diversion of assets from a corporation by or to a stockholder or other person or entity, to the detriment of creditors, or the manipulation of assets and liabilities between entities so as to concentrate the assets in one and the liabilities in another; [19] the contracting with another with intent to avoid performance by use of a corporate entity as a shield against personal liability, or the use of a corporation as a subterfuge of illegal transactions; [20] and the formation and use of a corporation to transfer to it the existing liability of another person or entity”.

41. Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos, *United States c. Jon-T Chemicals, Inc.*, 768 F. 2d 686, 16/08/1985.

referente que resume y sistematiza tales causales. En el caso, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito realizó un ejercicio de recopilación en el cual, tras analizar la jurisprudencia relativa a la materia, estableció los siguientes supuestos que permiten a los tribunales perforar el velo societario: **(i)** cuando la compañía ha sido establecida con propósitos fraudulentos o es empleada para cometer actos ilegales; **(ii)** cuando los accionistas extraen los activos de la compañía; **(iii)** cuando una compañía principal domina totalmente y controla a una subsidiaria; **(iv)** cuando la compañía es un *alter ego*⁴² del principal; y, **(v)** cuando reconocer la personalidad diferenciada atenta contra el orden público o exime a alguien de responsabilidad penal.

Es posible distinguir estándares similares en otras jurisdicciones. Tras haberse desarrollado por la jurisprudencia americana, la teoría de la desestimación fue implementada por tribunales ingleses en una serie de casos resueltos tras la Primera Guerra Mundial⁴³. Entre los más emblemáticos, destaca el caso *Salomon c. Salomon & Co. Ltd.*⁴⁴ en el cual, el juez VAUGHN WILLIAMS permitió la desestimación considerando que la sociedad Salomon & Co. Ltd. fue utilizada para defraudar a terceros acreedores. Sin embargo, el fallo fue anulado por la Cámara de los Lores, lo cual marcó un importante precedente que desembocaría en una tendencia mayoritaria a inadmitir

42. Ibídem, párr. 692. La corte hace referencia al término *alter ego* y presenta una lista de circunstancias que permiten caracterizar a una compañía como tal: “we have instead developed a laundry list of factors to be used in determining whether a subsidiary is the alter ego of its parent. These include whether: [1] the parent and the subsidiary have common stock ownership; [2] the parent and the subsidiary have common directors or officers; [3] the parent and the subsidiary have common business departments; [4] the parent and the subsidiary file consolidated financial statements and tax returns; [5] the parent finances the subsidiary; [6] the parent caused the incorporation of the subsidiary; [7] the subsidiary operates with grossly inadequate capital; [8] the parent pays the salaries and other expenses of the subsidiary; [9] the subsidiary receives no business except that given to it by the parent; [10] the parent uses the subsidiary's property as its own; [11] the daily operations of the two corporations are not kept separate; and [12] the subsidiary does not observe the basic corporate formalities, such as keeping separate books and records and holding shareholder and board meetings”.

43. Véase, L. R. LÓPEZ GARCÍA, N. 25.

44. *Salomon c. A Salomon & Co. Ltd.* [1897] AC 22 (HL).

la desestimación de la personalidad jurídica por parte de la jurisprudencia inglesa⁴⁵.

Por otro lado, se afirma que la recepción de la teoría en el Derecho continental se origina en la doctrina alemana; en concreto, en la obra "*Rechtsform und Realität Juristischer Personen*" publicada por el tratadista alemán SERICK⁴⁶. En ella se recopilan tres criterios que posteriormente serían empleados por la jurisprudencia alemana para perforar el velo societario: **(i)** fraude a la ley; **(ii)** fraude o lesión del contrato; y, **(iii)** cualquier otro fraude en perjuicio de terceros⁴⁷.

Según HURTADO COBLES, los aportes de SERICK influyeron de manera determinante en la recepción del levantamiento del velo societario en el Derecho español⁴⁸. A su vez, REYES VILLAMIZAR afirma que, a pesar de que en España no existan causales específicas para la perforación del velo, comúnmente su jurisprudencia permite la activación de este mecanismo frente a **(i)** actos fraudulentos; **(ii)** abusos del derecho; y, **(iii)** violaciones a la buena fe⁴⁹.

Si bien es difícil encontrar una tipología uniforme al tratarse de los presupuestos que permiten la desestimación, la jurisprudencia acepta su procedencia ante la concurrencia de factores relativamente similares. Comúnmente, frente a la existencia de un fraude, abuso del derecho o cuando la compañía es utilizada como un *alter ego*. Tras realizar un análisis de jurisprudencia comparada, UGARTE llega a una conclusión similar a la expuesta. El autor señala:

45. N. UPADHYAY, "Piercing the Corporate Veil: An Analysis of Lord Sumption's Attempt to Avail a Troubled Doctrine", *Auckland University Law Review*, Vol. 21, 2015, p. 117.

46. L. R. LÓPEZ GARCÍA, N. 25, p. 60.

47. *Ibidem*.

48. J. HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica*, Atelier, 2008, p. 34.

49. F. REYES VILLAMIZAR, *Derecho Societario*, Tomo I, 3ra Ed., Temis, 2016, p. 316.

[...] el abuso de la forma societaria y la consiguiente aplicación de la técnica judicial del levantamiento del velo tienen lugar ante la presencia de dos supuestos copulativos: primero, la identidad personal o patrimonial entre una sociedad y uno o más de sus socios, administradores o sociedades relacionadas; y segundo, la instrumentalización abusiva de tal sociedad para la consecución de un fraude a la ley o a los derechos de terceros⁵⁰.

De igual forma, OH afirma: “[n]o existe una prueba uniforme para la perforación del velo, sin embargo, comúnmente requiere demostrar que una corporación era un ‘alter ego’ o una ‘instrumentalidad’, controlada o dominada por un accionista para perpetuar un fraude, mal, o injusticia [...]”⁵¹.

2.5. El levantamiento del velo societario en el sistema jurídico ecuatoriano

El levantamiento del velo societario no es una cuestión desconocida por el Derecho ecuatoriano. Existen varias disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico que, si bien hacen referencia a la desestimación, son poco claras respecto al tratamiento que esta figura merece en nuestro sistema. Más aún, son preocupantes debido al amplio alcance que otorgan a sus efectos. Por su parte, el artículo 17 de la Ley de Compañías, en su inciso primero, prescribe:

[p]or los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables:

1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar;
2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y,

50. J. UGARTE VIAL, “Fundamentos y Acciones para la Aplicación del Levantamiento del Velo en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, No. 3, 2012, p. 701.

51. Traducción libre. P. OH, “Veil-Piercing Unbound”, *Boston University Law Review*, Vol. 93, No. 1, 2013, p. 90.

3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución⁵².

De la presente disposición se desprenden los claros efectos del levantamiento del velo. De hecho, en el inciso segundo del artículo citado –analizado con posterioridad– la norma se refiere a la “inoponibilidad de la personalidad jurídica”. A su vez, se puede apreciar que nuestra legislación recoge los criterios aceptados en el Derecho comparado para permitir la desestimación. Específicamente, esta procede frente a: **(i)** fraudes; **(ii)** abusos; o, **(iii)** vías de hecho, cometidos a nombre de compañías.

Es de particular asombro que el artículo agregue “otras personas naturales o jurídicas”. Puede entenderse que, al referirse a otras personas jurídicas, el legislador ha buscado extender la aplicación de la inoponibilidad a otros entes fuera del ámbito mercantil; por ejemplo, a fundaciones, sociedades civiles o inclusive a fideicomisos. Sin embargo, no se explica la inclusión de personas naturales en esta norma. En un mismo sentido, la Disposición General Tercera de la Ley dispone:

La compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto a sus socios.

Sin embargo, esa distinción no tendrá lugar ni será oponible en caso de comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado para violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía; o como mero recurso para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley, o por cualquier otro medio semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros. Lo antedicho se extenderá a todas las modificaciones al contrato social referidas en el Art. 33 y a cualquier actividad de la compañía que, con iguales propósitos y medios, perjudicaren derechos de terceros.

Los perjuicios sufridos por cualquier abuso de la personalidad jurídica de la compañía, en los términos previstos en el inciso anterior, se imputarán directa y personalmente a la persona

52. Ley de Compañías, Artículo 17(1), RO No. 312, 05/11/1999.

o personas que se hubieren aprovechado o se estuvieren aprovechando de la simulación o del fraude a la ley, o de cualquier otro medio semejante, para ocultar o encubrir su interés o participación en la compañía o en su patrimonio, o en los actos o contratos que hubieren ocasionado o estuvieren ocasionando los perjuicios supradichos. [...]⁵³.

Según esta disposición, también se acepta la procedencia de la inoponibilidad al comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado: **(i)** para violar la ley, el orden público o la buena fe; **(ii)** para encubrir fines ajenos a la compañía; o, **(iii)** para evadir disposiciones legales, siempre que de ello se deriven perjuicios a terceros.

Cabe señalar que las normas citadas otorgan a los efectos de la perforación un alcance excesivamente amplio y, por lo tanto, preocupante. Según señala el artículo 17, la responsabilidad alcanza –de manera personal y solidaria– no solo a quienes ordenen o ejecuten el fraude, sino también a aquellos que obtuviesen provecho del mismo e inclusive a los tenedores de los bienes para efecto de su restitución. Por su parte, la Disposición General Tercera añade en esta lista a aquellas personas que hubieran aprovechado el fraude para ocultar su interés o participación en: **(i)** la compañía o su patrimonio; o, **(ii)** en los actos o contratos que ocasionen los perjuicios.

A nuestro criterio, esta casuística trae consigo un alarmante riesgo a la seguridad jurídica. Como puede advertirse, nuestra ley permite que la responsabilidad sea atribuida incluso a personas que no tienen control alguno sobre la compañía y que hasta posiblemente ignoran sus actos. Por otro lado, los criterios que permiten la inoponibilidad abarcan una cantidad innumerable de supuestos fácticos. Más aún, el empleo de terminología

53. *Ibidem*, Disposición General Tercera.

ambigua como “orden público”, “consecución de fines ajenos a la compañía” o “vías de hecho” impide encontrar certeza frente a las causales que activan el mecanismo. Aquello implica una desnaturalización de la figura del levantamiento del velo societario. Sobre todo, si se toma en cuenta que este es un mecanismo de *ultima ratio* y debe ser utilizado con extrema cautela⁵⁴.

Probablemente a causa de esto el legislador consideró oportuno limitar el alcance del mecanismo con la expedición de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, que incluyó en la Ley de Compañías la sección de la sociedad por acciones simplificadas. Uno de los artículos innumerados prescribe:

[c]uando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, *los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios*, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados (énfasis añadido)⁵⁵.

Así, delimitando de manera mucho más clara, tanto las causales que permiten la desestimación, como el alcance de sus efectos. Sin embargo, el inciso segundo del mismo artículo dispone: “[e]l desvelamiento del velo societario se regirá por los artículos 17, 17A, 17B y la Disposición General Tercera de esta Ley”. En este sentido, queda la duda de qué estándar se deba aplicar al caso concreto. El tema se torna mucho más oscuro al tratarse de los presupuestos procesales que conducen a la inoponibilidad de la personalidad jurídica. Reservaremos su análisis para secciones posteriores.

54. C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, 4ta. Ed., Aranzadi, 1996, p. 301.

55. Ley de Compañías, Artículo (...), RO No. 312, 05/11/1999.

3. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN EL ARBITRAJE

El rasgamiento del velo societario también ha reservado su participación en el arbitraje. Dentro de este método alternativo de solución de conflictos (MASC), puede implementarse en dos formas distintas que serán delimitadas con posterioridad. En esta sección, nos referiremos a la primera. Iniciaremos revisando el principio de relatividad del convenio arbitral [3.1]. Así, analizaremos la distinción entre partes signatarias y no signatarias del mismo [3.2]. Abordaremos la teoría de la extensión de sus efectos [3.3]. Finalmente, se concluirá caracterizando la aplicación de la desestimación como un mecanismo para incorporar a no signatarios al arbitraje [3.4].

3.1. Responsabilidad limitada

Es importante anotar que el presupuesto material del arbitraje es un negocio jurídico denominado convenio arbitral⁵⁶. El artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) lo define como: “[e]l acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica [...]”⁵⁷. Resulta crucial, entonces, analizar el convenio arbitral a la luz de los principios que rigen al negocio jurídico.

El principio de relatividad, conocido por su formulación en latín *res inter alios acta*, establece que los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a terceros ajenos a los contratantes⁵⁸. En este sentido, POTHIER advierte: “[...] la obligación que nace de las convenciones y el derecho que de ellas resulta,

56. Véase, F. VIDAL RAMÍREZ, “El Convenio Arbitral”, *Derecho PUCP*, 2003, p. 569. El autor define al convenio arbitral como “el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje la controversia que haya surgido o que pueda surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica [...]”.

57. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 5, RO No. 417, 14/12/2006.

58. G. OSPINA FERNÁNDEZ & E. OSPINA ACOSTA, N. 26, p. 351.

siendo formados por el consentimiento y el concurso de las voluntades de las partes, no puede obligar a un tercero [...] cuya voluntad no ha concurrido a formar la convención”⁵⁹. De ahí que el convenio arbitral únicamente vincule y surta efectos frente a quienes lo celebraron.

Sin ser menester de este estudio abordar la naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral⁶⁰, se puede afirmar que su efecto práctico es conferir a sus suscriptores el derecho de “[i]mpedir que la demanda de su contraparte ante la justicia estatal prospere”⁶¹. Ciertamente, no sería posible alcanzar dicho efecto si la persona a quien se busca llevar al arbitraje no consintió en la competencia de tal sede.

De este modo lo ha entendido CAIVANO, quien sostiene: “[e]n el caso del acuerdo arbitral en particular, ese principio [*res inter alios acta*] tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje”⁶².

Bien, esto quiere decir que un convenio arbitral celebrado entre personas específicas no puede surtir efectos respecto a un tercero ajeno al mismo. Según SILVA ROMERO: “[e]s claro que la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral no puede tener eficacia ni producir efectos respecto de terceros que no han prestado su consentimiento en él”⁶³.

59. R. POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*, Vol. 8, Heliasta, 1978, p. 41.

60. Véase, O. SANTOS DÁVALOS, “Naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016. El autor analiza los efectos del convenio arbitral y concluye: “según se dice, el convenio arbitral (i) implica una renuncia a acudir a la jurisdicción estatal; (ii) genera la obligación de acudir a arbitraje o (iii) crea la obligación de no acudir ante la jurisdicción ordinaria [...]. Consideramos que el convenio genera derechos potestativos; no implica renuncia alguna, ni supone el nacimiento de obligaciones”.

61. *Ibidem*, p. 138.

62. R. CAIVANO “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Lima Arbitration*, No. 1, 2006, p. 122.

63. E. SILVA ROMERO, “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”, *Lima Arbitration*, No. 4, 2010 - 2011, p. 54.

Sin perjuicio de esto, la regla general que consagra el principio *res inter alios acta* ha sido cuestionada por la doctrina más reciente. Como sostienen ciertos autores, los efectos del negocio jurídico pueden extenderse inclusive a aquellos individuos que –sin haber concurrido a su celebración– configuran el centro de intereses del mismo⁶⁴. A esta línea se adhieren OSPINA & OSPINA quienes, al referirse al principio de relatividad, afirman:

[...] esta fórmula tomada al pie de la letra peca de simplismo e inexactitud, porque sugiere la idea falsa de que la eficacia de los actos jurídicos queda circunscrita estrictamente al círculo de los agentes directos, cuando en realidad ella se proyecta sobre la situación jurídica de personas que en manera alguna han intervenido en el acto y que hasta ignoran su otorgamiento⁶⁵.

Dentro de este marco, se ha formulado una distinción entre partes formales y partes sustanciales del negocio jurídico. Entendiendo que parte formal es aquella que concurre con la manifestación de su voluntad a la celebración del acuerdo. Por el contrario, se considera parte sustancial a aquel individuo que, sin haber acudido a la suscripción del acto, es titular de sus efectos jurídicos⁶⁶.

3.2. Partes signatarias y partes no signatarias del convenio arbitral

Ahora bien, esta distinción no es ajena a la esfera del arbitraje. Como se ha dicho antes, el presupuesto material que permite a las partes someter su conflicto a este fuero es la existencia de un convenio arbitral. En este sentido, las partes involucradas en dicho convenio, de igual forma, experimentan

64. C. NAVARRO, “La participación de terceros no signatarios en los procesos de arbitraje en Puerto Rico”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Vol. 44, No. 3, 2009, p. 638.

65. G. OSPINA FERNÁNDEZ & E. OSPINA ACOSTA, N. 26, p. 351

66. Véase, H. GARCÍA LARRIVA, “Partes no signatarias del convenio arbitral: Entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2011, p. 88.

la distinción expuesta con anterioridad. No obstante, en este caso la doctrina ha empleado una terminología distinta a aquella presentada al referirnos genéricamente al negocio jurídico. Un amplio sector doctrinario ha concebido esta separación distinguiendo entre partes signatarias y partes no signatarias del convenio arbitral⁶⁷.

En principio, se considera como signatario a aquel individuo que ha consentido en someterse al arbitraje mediante la aceptación expresa y signada del acuerdo arbitral. Al contrario, se atribuye la calidad de no signatario a aquel que, sin haber concurrido a la celebración de dicho convenio, manifestó su consentimiento por medios distintos a su firma⁶⁸.

BULLARD, quien comparte esta distinción, define al no signatario como “alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo”⁶⁹. En un sentido similar se orientan las palabras de PARK, para quien:

[e]l término ‘no-signatario’ sigue siendo útil para lo que podría llamarse partes ‘menos que obvias’ de una cláusula arbitral: individuos y entidades que nunca pusieron la pluma en el papel, pero que aún así deben ser parte del arbitraje bajo las circunstancias de la relación comercial relevante⁷⁰.

La jurisprudencia, de igual forma, ha admitido esta distinción. La Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de Estados Unidos, en el caso *International Paper Company c. Schwaberdissen Maschinen & Anlagen GMBH*, consideró que “una parte puede consentir someterse a arbitraje por medios

67. C. NAVARRO, N. 64, p. 638.

68. C. CONEJERO ROOS & R. IRRÁ DE LA CRUZ, “La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado”, *Lima Arbitration*, No. 5, 2012 - 2013, p. 62.

69. A. BULLARD, “¿Y quienes están invitados a la fiesta? La Incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14° de la Ley de Arbitraje Peruana”, en C. SOTO (Coor.), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 711.

70. W. PARK, “Non-signatories and international contracts: An arbitrator’s dilemma”, *Multiple Party Actions in International Arbitration*, No. 3, 2009, p. 6.

diferentes a la firma puesta en el instrumento que contiene la cláusula arbitral⁷¹. Esta aproximación ha traído como resultado la formulación de la denominada teoría de extensión de los efectos del convenio arbitral.

3.3. Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias

La teoría de la extensión propone que el alcance del convenio arbitral se proyecta incluso sobre quienes no lo celebraron cuando, de las circunstancias, se desprende que aquellos individuos son los verdaderos titulares de sus efectos⁷². Esto sucede cuando los actos del no firmante permiten inferir su voluntad de someterse al arbitraje, o cuando no incluirlo implica una violación al principio de la buena fe⁷³.

Según CONEJERO ROOS e IRRA DE LA CRUZ, la teoría se traduce en “[...] el mecanismo que permite, en virtud de la concurrencia de determinados elementos fácticos y jurídicos, la vinculación de una parte con un acuerdo arbitral a pesar de no haber firmado el contrato que lo contiene”⁷⁴. Esta vinculación implica extender los efectos del convenio arbitral a quien, en un principio, no concurrió a la firma del mismo, convirtiéndolo así, en una parte no signataria de dicho acuerdo.

La extensión de los efectos del convenio arbitral encuentra su génesis en formulaciones jurisprudenciales. Específicamente, en el caso *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*, tramitado ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En el caso el tribunal aceptó la extensión del acuerdo arbitral a sociedades no signatarias, considerando que formaban parte de un mismo grupo económico con la sociedad que lo había firmado. El tribunal sostuvo:

71. Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de Estados Unidos, *International Paper Company c. Schwaberdissen Maschinen & Anlagen GMBH*, 206 F.3d 411, 14/03/2000.

72. E. SILVA ROMERO, N. 63, p. 57.

73. H. GARCÍA LARRIVA, N. 66, p. 110.

74. C. CONEJERO ROOS & R. IRRA DE LA CRUZ, N. 68, p. 61.

[I]a cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contiene la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron⁷⁵.

El caso fue llevado ante la Corte de Apelaciones de París, cuyos magistrados se negaron a anular el laudo arguyendo que las sociedades “[...] revestían el carácter de partes de dichos acuerdos, aunque de hecho no los hubieran suscrito, y que por ende la cláusula compromisoria también a ellas les resultaba aplicable”⁷⁶.

Posteriormente, la extensión fue admitida en varios arbitrajes como un mecanismo para determinar quienes realmente estaban llamados a ser partes del proceso. Se sabe que la jurisprudencia francesa fue pionera en el desarrollo de esta teoría⁷⁷. A criterio de SILVA ROMERO, los árbitros de la CCI, al igual que los propios tribunales franceses y los tribunales suizos desarrollaron dos teorías generales “[...] para fundamentar jurídicamente la extensión de los efectos del convenio arbitral [...]: *el principio del consentimiento implícito* [...] y *la teoría del grupo de sociedades*” (énfasis añadido)⁷⁸.

La teoría del consentimiento implícito propone que es posible derivar la aquiescencia de un no signatario en someterse al arbitraje, ya sea por medio de su conducta o por la participación activa que tuvo a lo largo del *iter* contractual⁷⁹.

75. Caso CCI No. 4131, *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, laudo interlocutorio, 23/09/1982, p. 151.

76. A. REDFERN, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ta. Ed., La Ley, 2007, p. 241.

77. W. PARK, N. 70, p. 104.

78. E. SILVA ROMERO, N. 63, p. 61.

79. Véase, Corte de Apelaciones de París, Primera Sala Civil, *Société V 2000 c. Société Project XJ 220 Ltd.*, 7/12/1994.

La teoría del grupo de sociedades busca llegar al mismo efecto tomando como fundamento la intrascendente separación entre la sociedad signataria y aquellas –integrantes del grupo– que no firmaron el acuerdo arbitral. Aquello permite al árbitro considerar que todas las compañías actuaron como una misma unidad económica, para así, incorporar a las sociedades no signatarias al arbitraje⁸⁰.

Sin embargo, la línea que separa ambos casos es muy tenue. La teoría del grupo de sociedades no permite la extensión ante la mera existencia de un grupo económico que apadrina a la sociedad firmante. Por el contrario, los tribunales han admitido su activación exclusivamente cuando las compañías integrantes del grupo participaron de forma activa en el *iter* contractual, utilizando a la firmante como una simple pantalla para evitar el arbitraje⁸¹.

Esto ha llevado a autores como HANOTIAU & DE TANDT a criticar su implementación arguyendo que, de cualquier forma, se exige el consentimiento implícito del no signatario, develado a través de su participación activa en la ejecución contractual⁸².

Por otro lado, la jurisprudencia estadounidense ha aportado sustancialmente al desarrollo del tema que nos convoca. En el icónico caso *Thomson-CSF, S.A. c. American Arbitration Assotiation*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito sistematizó una serie de supuestos, para la vinculación de no signatarios al arbitraje. A criterio de CAIVANO, la Corte

80. No todas las jurisdicciones han admitido la teoría del grupo de sociedades. Por ejemplo, la jurisprudencia inglesa usualmente se ha mostrado renuente a incorporar a un no signatario sobre la base de esta teoría. Véase, *Peterson Farms Inc. c. C & M Farming Ltd.* [2004] EWHC 121 (Comm).

81. Véase, Corte de Apelaciones de París, *Société Ofer Brothers c. The Tokio Marine and Fire Insurance Co.*, 14/02/1989; Caso CCI No. 9517, laudo interlocutorio, 30/11/1998; Caso CCI No. 4131, laudo interlocutorio, 23/09/1982.

82. B. HANOTIAU & B. DEN TANDT, “Back to basics. Or why the group of companies should be disregarded once and for all”, en P. WAUTELET, T. KRUGER & G. COPPENS (Eds.), *The Practice of arbitration*, Hart Publishing: Oxford, 2012, p. 125.

“[...] se ocupó de recopilar y ordenar los diferentes criterios que los mismos tribunales venían estableciendo para justificar que un no-firmante de la cláusula arbitral sea alcanzado por ella”⁸³. En su sentencia, la Corte enlistó los siguientes escenarios: **(i)** incorporación por referencia; **(ii)** asunción de obligaciones; **(iii)** relación de agencia; **(iv)** rasgamiento del velo societario y; **(v)** doctrina de los actos propios o *estoppel*⁸⁴.

Autores como PARK afirman que los supuestos presentados en el caso Thomson no difieren de aquellos formulados por los tribunales franceses. Según el autor, “[I]as denominaciones verbales varían de un sistema legal a otro. Sin embargo, la mayoría de las justificaciones de incorporación se relacionan **(i)** al consentimiento implícito; o, **(ii)** a la *desestimación de la personalidad corporativa*” (énfasis añadido)⁸⁵.

Es claro que el criterio del consentimiento implícito se reproduce en ambos sistemas. El aporte de la jurisprudencia estadounidense fue, en síntesis, condensar esta teoría en distintos supuestos fácticos, admitidos con frecuencia.

Ocurre algo similar en tratándose de la teoría del grupo de sociedades. Pues, al igual que la desestimación, su procedencia puede aceptarse al constatar que la sociedad signataria actuó como un *alter ego* del no firmante. En este caso la hipótesis se presenta en el contexto de un grupo económico. De ahí que ambas teorías guarden una estrecha relación entre sí⁸⁶.

83. R. CAIVANO, N. 62, p. 130.

84. Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, *Thomson-CSF, S.A. c. American Arbitration Association*, 64 F.3d 773, 24/08/1995.

85. Traducción libre. W. PARK, N. 70, p. 3.

86. Véase, C. LEPERVANCHE, “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y su aplicación a los grupos económicos”, en C. SOTO (Coor.), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 873-887. Para el autor: “‘la desestimación de la personalidad jurídica’ o ‘la teoría del levantamiento del velo corporativo’, [...] es el vehículo para llegar a determinar la existencia del grupo económico y la consecuente extensión del convenio arbitral”.

3.4. La desestimación como un mecanismo de incorporación de no signatarios al arbitraje

Conforme se ha indicado, el levantamiento del velo societario es uno de los supuestos que permite la incorporación de no signatarios al arbitraje. A breves rasgos, su aplicación en este marco implica extrapolar los criterios que lo activan –en instancias judiciales– para extender los efectos del convenio arbitral a quienes se ocultan tras una compañía signataria. En este sentido, SANDROCK, citado por DE TRAZEGNIES, señala:

[e]stas teorías sobre el descorrimento del velo societario o sobre las conductas alter ego, pueden ser aplicadas también a situaciones en las que un convenio arbitral ha sido suscrito por una compañía como un alter ego respecto de alguien parapetado detrás del escudo de la personalidad jurídica de la compañía signataria. Ese cerebro oculto detrás de la personalidad jurídica de la signataria puede ser una persona natural u otra compañía. En esos casos, la compañía signataria aparece solo como un strawman [testaferro] que cubre al cerebro de la operación [...] ⁸⁷.

Comúnmente, la desestimación es admitida cuando el tribunal determina que aquellos detrás de la forma societaria instrumentaron la sociedad firmante como un *alter ego*, siendo ellos los verdaderos titulares de los efectos del convenio arbitral. De ahí que la doctrina también se refiera a esta aplicación como la “teoría del *alter ego*”. El tema es analizado con claridad por LAMM & AQUA, quienes sostienen:

[a] pesar de que la relación matriz/subsidiaria por sí sola es insuficiente para obligar o permitir que un no signatario arbitre una disputa, tanto las cortes estadounidenses como los tribunales han perforado el velo corporativo cuando una matriz domina y controla completamente a la subsidiaria o

87. O. SANDROCK, “The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: an enigma still unresolved”, en T. BAUMS, K. HOPT & N. HORN (Eds.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum*, Kluwer Law International, 2000. Citado por F. DE TRAZEGNIES, “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”, *Ius Et Veritas*, No. 29, 2004, p. 17.

a fin de prevenir fraudes u otras infracciones. Por lo tanto, una corporación no signataria que se considere el alter ego de una compañía afiliada que firmó un acuerdo arbitral puede ser requerida a participar en un procedimiento arbitral que involucre reclamos contra su alter ego⁸⁸.

SILVA ROMERO coincide con el criterio expuesto y señala que los tribunales permiten la extensión en aquellos “[...] casos en los cuales la relación entre una empresa matriz y su subsidiaria es lo suficientemente próxima como para determinar que la una es el alter ego de la otra [...]”⁸⁹. Bien, esto quiere decir que, a diferencia de su implementación en sede judicial, la activación del perforamiento en el arbitraje no necesariamente requiere de la configuración de un fraude o un abuso del derecho. En este caso, se contemplan criterios menos rigurosos para admitir su procedencia.

Según se señala, los fundamentos que permiten la aplicación de esta teoría encuentran su génesis en el ya citado caso *Dow Chemical Jones*⁹⁰. Si bien en el caso no se empleó el desvelamiento del velo societario, el tribunal permitió la vinculación de empresas no signatarias considerando que constituían una misma realidad económica con aquella que firmó el convenio arbitral. Esto provocó que se desestime la diferenciación entre la personalidad jurídica de las sociedades; lo cual, a criterio de BULLARD, permitió a los tribunales de la CCI desarrollar la teoría bajo la denominación del “grupo de sociedades”⁹¹.

La aplicación del desvelamiento –como un mecanismo de extensión– se introdujo tiempo después en laudos proferidos por tribunales internacionales. Una de sus primeras

88. Traducción libre. C. B. LAMM & J. AQUA, “Defining the Party - Who Is a Proper Party in an International Arbitration before the American Arbitration Association and other International Institutions”, *George Washington International Law Review*, Vol. 34, No. 4, 2003, p. 722.

89. E. SILVA ROMERO, N. 63, p. 66.

90. Véase, F. DE TRAZEGNIES, N. 87.

91. Véase, A. BULLARD, N. 69, p. 726.

apariciones se dio en el caso *Oil Field of Texas c. Iran*. En el caso el tribunal estaba llamado a determinar si una de las empresas públicas del gobierno iraní –accionista de la signataria– había empleado a esta última como un *alter ego*. A pesar de identificar que entre ambas existía un control tal que inclusive permitía a la no signataria seleccionar los miembros del directorio de la firmante, el tribunal concluyó que tal influencia caía “muy lejos de un control total por parte de una compañía sobre la otra”⁹².

En el caso *African furniture company (seller) c. Asian company (buyer)* el tribunal asumió la tarea de esclarecer si una de las partes constituía un *alter ego*. Para ello, se consideraron elementos como (i) la incidencia del presidente –de la compañía no signataria– en la administración de la firmante; y, (ii) la extracción de activos de la primera para satisfacer obligaciones de la última. El tribunal concluyó que “[t]al control iba más allá de la mera propiedad de acciones, o incluso de la identidad de directorios, al punto que [el presidente] dominó las prácticas financieras políticas y comerciales de las dos compañías”⁹³.

Sin embargo, la jurisprudencia arbitral por lo general ha tomado una posición contraria a admitir la inclusión de no signatarios aplicando la teoría del *alter ego*. Según indica Besson, los tribunales de la CCI generalmente han rechazado la desestimación de la personalidad jurídica, inclinándose por otras teorías como el grupo de sociedades que, al menos en Francia, tiene mucha más aceptación⁹⁴.

92. *Oil Field of Texas, Inc. c. The Government of the Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Company*, IUSCT Case No. 43, Interlocutory award, 9/12/1982.

93. *African furniture company (seller) c. Asian company (buyer)*, CRCICA Case No. 120/1998, Partial award, 12/06/2000, en A. EL DIN, *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre of International Commercial Arbitration*, Vol. II, Kluwer Law International, 2003, p. 25.

94. Véase, S. BESSON, “Piercing the Corporate veil: back on the right track”, en B. HANOTIAU & E. SCHWARTZ (Eds.), *Dossier VII of the ICC Institute of World Business Law*, Multiparty Arbitration, 2010.

De igual forma, en los casos ventilados ante tribunales de la Corte Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) se ha evidenciado una fuerte tendencia a rechazar la aplicación de la teoría del *alter ego*. Ejemplo de esto son los casos *Rumeli y Telekom c. Kazakstán*⁹⁵, *Tokios Tokelès c. Ukraine*⁹⁶ y *ADC c. Hungría*, en los que, tras citar la teoría de la desestimación, se negó su procedencia considerando que únicamente debe aplicarse “[...] en situaciones en las que el beneficiario real de la empresa hizo un mal uso de las formalidades corporativas para ocultar su verdadera identidad y, por lo tanto, para evitar su responsabilidad”⁹⁷.

Esta línea de aproximaciones parte de un estándar común de cautela que tanto jueces como árbitros mantienen al momento de levantar el velo societario. Sobre todo, cuando el mecanismo se utiliza para incluir a no signatarios al arbitraje. Pues en este caso su aplicación se enfrenta, en lo principal, con dos dificultades: **(i)** el principio de separación de patrimonios; y, **(ii)** la naturaleza consensual del arbitraje.

4. APLICACIÓN ADJETIVA Y SUSTANTIVA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Como se ha evidenciado en secciones anteriores, la perforación del velo societario es un mecanismo que provoca la inoponibilidad de la personalidad jurídica ante la concurrencia de ciertos presupuestos. A su vez, es una de las varias teorías formuladas por la jurisprudencia para justificar la inclusión de no signatarios al proceso arbitral.

95. Véase, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29/07/2008.

96. Véase, *Tokios Tokelès c. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on jurisdiction, 29/04/2004.

97. Traducción libre. *ADC Affiliate Ltd. and ADC & ADMC Management Ltd. c. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 02/10/2006, párr. 335.

En este sentido, se puede afirmar que el levantamiento del velo puede aplicarse de dos formas distintas en el arbitraje: **(i)** de forma adjetiva para determinar la competencia del tribunal; y, **(ii)** de forma sustantiva para resolver sobre los méritos de la controversia.

En el primer escenario, la desestimación se emplea con el propósito de definir la competencia del tribunal en relación a los sujetos llamados a ser partes del proceso. Por lo tanto, se trata de una “aplicación procesal de la teoría del levantamiento del velo”⁹⁸. En el segundo caso, el mecanismo se utiliza para determinar la titularidad de las obligaciones controvertidas. En últimas instancias, para atribuir responsabilidad a quienes se valieron de una compañía para cometer un fraude o un abuso del derecho.

Esta distinción corresponde a la segmentación del procedimiento arbitral en dos etapas específicas: **(i)** la audiencia de sustanciación; y, **(ii)** la audiencia de estrados⁹⁹. La primera tiene como finalidad posesionar al secretario arbitral y, sobre la base del principio *kompetenz-kompetenz*, permitir al tribunal pronunciarse sobre su propia competencia¹⁰⁰. Por otro lado, en la audiencia de estrados el tribunal permite a las partes presentar sus alegatos en miras a resolver el fondo del asunto. Esta fase procesal presupone la competencia del tribunal para conocer el caso y emitir un laudo que vincule legalmente a las partes involucradas.

En este sentido, la aplicación adjetiva del levantamiento tendrá lugar en la audiencia de sustanciación. Así, el tribunal podrá implementar el mecanismo para extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias. Por el contrario, su aplicación sustantiva se hará presente en la audiencia

98. F. DE TRAZEGENIES, N. 87, p. 112.

99. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 57, Artículos 22-24.

100. Véase, F. GONZÁLEZ DE COSSIO, “Compétence-Compétence y la Remisión al Arbitraje”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015.

de estrados. En esta etapa, el tribunal podrá declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica para así llegar a la resolución de la controversia.

Ahora bien, en tanto ambas aplicaciones atienden a finalidades distintas y se materializan en momentos procesales específicos, la implementación de una no necesariamente implica la activación de la otra. La dimensión adjetiva de la desestimación acarrea la vinculación de un no signatario al proceso arbitral, lo cual no implica *per se* que se lo responsabilice por las obligaciones discutidas en el proceso. Al contrario, su dimensión sustantiva ocasiona la inoponibilidad de la personalidad jurídica, sin que esto esté relacionado con cuestiones relativas a la competencia.

En este sentido, es correcto afirmar que los árbitros pueden servirse de la aplicación adjetiva del perforamiento sin necesidad de activar su aplicación sustantiva y viceversa. PARK aborda la distinción con absoluta claridad agregando:

[e]l levantamiento del velo puede ser invocado para justificar ya sea la jurisdicción sobre una filial corporativa o la responsabilidad de una empresa por las deudas sustanciales de otra. Sin embargo, esto no significa que los árbitros que incorporan a una matriz no signataria deban (o deberían) encontrar al accionista responsable por las obligaciones de la subsidiaria. [...]

Por otro lado, una empresa podría ser responsable de las obligaciones de otra, sin estar necesariamente sujeta al mismo mecanismo de resolución de disputas incluido en la obligación principal¹⁰¹.

Evidentemente, es posible que las dos aplicaciones concurren en un mismo caso. A su vez, es cierto que la procedencia de ambas se determina ante la concurrencia de elementos similares. Sin embargo, como se verá más adelante,

101. Traducción Libre. W. PARK, N. 70, p. 17.

cada aplicación tiene un tratamiento distinto. Por lo cual, es necesario analizar la viabilidad de implementarlas por separado.

5. VIABILIDAD DE IMPLEMENTAR LA APLICACIÓN ADJETIVA DE LA DESESTIMACIÓN

Como se ha dicho antes, la aplicación adjetiva del levantamiento del velo implica hacer uso del mecanismo con la finalidad de extender los efectos del convenio arbitral a quienes no concurrieron a la celebración del mismo. Concretamente, esta aplicación procede cuando se determina que el no signatario instrumentó a la sociedad firmante como un *alter ego* y pretende evitar por medio de ella el arbitraje.

Es evidente que los árbitros no requieren de competencia para aplicar la perforación de manera adjetiva. Esto sucede debido a que tal aplicación se sitúa en la audiencia de sustanciación; es decir, el momento procesal en la cual el tribunal está llamado a definir su propia competencia. En pocas palabras, al tratarse de la aplicación adjetiva “la propia competencia del árbitro depende del levantamiento”¹⁰². En este sentido, la cuestión se reduce a determinar si, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, es admisible extender los efectos del convenio arbitral a no signatarios. Para ello es indefectible tomar como punto cardinal la naturaleza consensual del arbitraje [5.1] y los requisitos que nuestra ley exige para que se perfeccione tal consentimiento [5.2].

5.1. El consentimiento implícito del no signatario

Es importante anotar que la extensión del convenio arbitral no se trata de una inclusión desmedida de terceros totalmente ajenos al arbitraje. Por el contrario, los presupuestos

102. A. BULLARD, N. 69, p. 726.

de incorporación parten del consentimiento del no signatario en someterse a dicho proceso. En este sentido, SANTISTEVAN DE NORIEGA advierte que extender los efectos de la cláusula compromisoria

[...] no supone un rompimiento con el consentimiento o voluntad de las partes sobre el que se sustenta la institución del arbitraje ni con el principio *pacta sunt servanda* sobre el que se construye toda la teoría de los contratos. Y no supone tal rompimiento en la medida en que [se] exige para su aplicación que se descubra alguna forma de consentimiento con el arbitraje o un grado de conocimiento de la existencia del convenio arbitral que, de buena fe, le impide al no signatario a negarse a admitir que tácitamente accedió a arbitrar¹⁰³.

Ahora bien, en este caso dicho consentimiento no se expresa mediante una aceptación explícita a la cláusula arbitral. Al contrario, se otorga de forma implícita por medio de actos que permiten inferir la voluntad del no firmante en someterse al proceso. Esta línea argumentativa fue desarrollada por el tribunal de la CCI en el Caso No. 5721, donde se sostuvo que “la extensión de la cláusula arbitral debe tener un fundamento voluntario. Ciertamente, esta voluntad puede ser solo implícita, de lo contrario la discusión sobre la ampliación no tendría sentido”¹⁰⁴. Esta aproximación fue reiterada por varios tribunales de la CCI¹⁰⁵.

Tomando en cuenta que al convenio arbitral le son aplicables los principios rectores de las relaciones contractuales, este consentimiento debe ser descubierto a la luz del principio de buena fe. En este caso la buena fe se materializa esencialmente en

103. J. SANTISTEVAN DE NORIEGA, “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 8, 2009, p. 42.

104. Caso CCI No. 5721, Laudo, 1990.

105. Véase, Caso CCI No. 7604 - 7610, Laudo de competencia, 1995. Donde se consideró que “corresponde la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestran la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente”; Caso CCI No. 6474, Laudo parcial, 1992.

la regla *venire contra factum proprium non valet*¹⁰⁶, referida en nuestro sistema como la prohibición de contradecir los actos propios.

De modo que si un no signatario ha manifestado una conducta que revela de manera determinante su intención de someterse al arbitraje, le es imposible contradecirla escudándose en su falta de aceptación expresa a la cláusula compromisoria. Según GARCÍA LARRIVA:

[d]esde que un sujeto ejecuta actos propios de una parte o interviene de manera que expresa su aceptación con el contenido del contrato y del convenio arbitral, optar por el disenso sería una clara contradicción con lo actuado por el mismo sujeto, lo que daría como resultado un defraudamiento de la confianza razonable¹⁰⁷.

A criterio de ciertos autores, el consentimiento puede manifestarse de forma tácita a través de ciertas conductas del no signatario como su participación activa en la relación contractual o la derivación de beneficios del contrato que contenía la cláusula arbitral¹⁰⁸.

Ahora bien, ¿cómo se puede acreditar este consentimiento a través de la teoría del *alter ego*? El caso que nos ocupa merece especial atención. A diferencia de otros supuestos de extensión, la teoría del *alter ego* no se justifica exclusivamente en el consentimiento implícito del no firmante. Como se ha indicado previamente, la misma reposa en criterios de fraude y abuso del derecho. De ahí que su procedencia deba analizarse según las circunstancias específicas de cada caso.

En principio, podría decirse que –al utilizar la sociedad firmante como un *alter ego*– el no signatario **(i)** participó indirectamente tanto en la celebración como en la ejecución del contrato que contenía la cláusula arbitral; y, **(ii)** fue el

106. J. SANTISTEVAN DE NORIEGA, N. 103, p. 45.

107. H. GARCÍA LARRIVA, N. 66, p. 94.

108. J. SANTISTEVAN DE NORIEGA, N. 103, p. 43.

verdadero titular de los beneficios emanados de la relación jurídica. Por ello, el no extender los efectos del convenio arbitral implicaría admitir una contradicción a los actos propios y, en consecuencia, una violación al principio de la buena fe.

Sin embargo, puede ocurrir que el no signatario haya obrado con extrema cautela, procurando no intervenir en las relaciones contractuales celebradas a nombre de su *alter ego*. En tal escenario, no sería posible hablar de un consentimiento tácito. Así, para poder extender los efectos del convenio arbitral, el tribunal debería recurrir a los criterios que permiten la desestimación en su esfera sustantiva. De determinarse su procedencia, se concluiría que las obligaciones de la sociedad firmante –incluyendo acudir a arbitraje– son propias del no signatario. Aparte, se podría decir que la voluntad de la primera fue una extensión de la propia voluntad del no firmante.

Como puede advertirse, estos casos no son fáciles desde ninguna perspectiva. En ese sentido, la incorporación de no signatarios –aplicando el levantamiento del velo– requiere de un análisis minucioso atendiendo a la especificidad de cada caso. En fin, la extensión del convenio arbitral se justifica en principios generales del derecho como la prohibición de contradecir los actos propios y el abuso de la personalidad jurídica, ambas recogidas en nuestra legislación.

5.2. El requisito de escrituración del convenio arbitral

La cuestión se torna mucho más compleja al tomar en cuenta los requisitos que la ley exige al perfeccionamiento del convenio arbitral. El artículo 5 de la LAM es claro al disponer que “[e]l convenio arbitral deberá constar por escrito”. Esto ha generado gran discrepancia en relación a la posibilidad de vincular al arbitraje a un no signatario. Precisamente, por tratarse de alguien que no concurrió a la celebración del

convenio y que, por lo tanto, no pudo haber dejado constancia escrita de su aceptación al mismo. Al respecto, es necesario realizar ciertas precisiones.

En primer lugar, la terminología empleada por nuestra ley hace referencia a la propia relación convencional que permite a las partes someterse al arbitraje. A simple vista, se podría pensar que el requisito de escrituración atañe únicamente a la cláusula compromisoria, de modo que si la misma consta por escrito podría ser aceptada de forma tácita sin comprometer la existencia del acuerdo. A nuestro juicio, esta interpretación no es precisa.

Nuestra ley es clara al emplear el término “convenio arbitral” y definirlo como un “acuerdo escrito” lo cual implica la unión de dos o más voluntades que concertadas forman un negocio jurídico. En este sentido, se debe entender que no basta con que la cláusula compromisoria o la oferta de arbitrar atiendan esta exigencia. Por el contrario, se requerirá que el mismo consentimiento –formado por la oferta y la aceptación– revista una forma escrita¹⁰⁹.

En segundo lugar, es importante caracterizar la naturaleza del requisito de escrituración pues, como puede advertirse, de ello depende la posibilidad de admitir la incorporación de no signatarios al arbitraje¹¹⁰. Al respecto, nuestra legislación es poco clara lo cual, más allá de propiciar un espacio para interpretaciones heterogéneas, ha provocado un disenso general en el foro ecuatoriano que analiza el tema.

En principio, la propia redacción de la ley sugiere que la escrituración constituye un requisito *ad solemnitatem*. La

109. No ocurre lo mismo en otros sistemas legales. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje Peruana, a pesar de igualmente exigir una forma escrita al convenio arbitral, permite que este se perfeccione por medios no escritos. Esto ha llevado a CONEJERO ROOS e IRRA DE LA CRUZ a afirmar que en Perú “[...] el requisito de que el acuerdo arbitral conste por escrito no es asimilable a que el convenio sea firmado”. C. CONEJERO ROOS & R. IRRA DE LA CRUZ, N. 68, p. 62.

110. E. SILVA ROMERO, N. 63, p. 67.

expresión: “[e]l convenio arbitral es el acuerdo escrito” permite asociar tal exigencia con un elemento esencial del negocio sin el cual este no podría nacer a la vida jurídica. Esto ha llevado a autores como PONCE MARTÍNEZ a afirmar que el convenio arbitral “[...] es un contrato solemne, pues exige la formalidad de ser escrito”¹¹¹. A esta línea se ha sumado el tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la CCQ (CAM CCQ) en el Caso No. 103-11, donde se sostuvo que “[...] la exigencia de la forma escrita es una solemnidad sustancial porque solamente a través de ella se establece el régimen excepcional del fuero arbitral [...]”¹¹².

Sin embargo, la LAM no define las consecuencias que acarrea la ausencia de este requisito. Esto, sumado a la falta de pronunciamientos judiciales en relación al tema, ha llevado a que –dentro de este cuadro de interpretación– existan divergencias respecto al tratamiento que merece dicha “solemnidad”. Así, autores como PONCE MARTÍNEZ sostienen que la escrituración es un requisito de la existencia del convenio¹¹³. Mientras que otros, como PÉREZ ORDÓÑEZ, afirman que se trata de un requisito de validez¹¹⁴.

En cualquier caso, se puede entender que una noción *ad solemnitatem* del requisito deriva de una visión restrictiva del arbitraje. La cual a su vez encuentra su cauce en la desconfianza con la que nuestro sistema se ha aproximado históricamente a la jurisdicción arbitral.

En contraposición, y en miras a fortalecer el sistema arbitral, la doctrina mayoritaria ha optado por una interpretación

111. A. PONCE MARTÍNEZ, “Notas Sobre la Cláusula Compromisoria y sus Efectos en la Legislación Ecuatoriana”, en C. SOTO (Coor.), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 521.

112. Caso 103-11 CAM CCQ, Acta de Audiencia de Sustanciación, 21/11/2012.

113. Véase, A. PONCE MARTÍNEZ, N. 111.

114. Véase, D. PÉREZ ORDÓÑEZ, “El Convenio Arbitral en la Legislación Ecuatoriana”, en C. SOTO (Coor.), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 507-520.

mucho más favorable al fin jurídico del arbitraje. Se puede afirmar que actualmente existe una tendencia muy marcada a nivel doctrinario –reflejada en pronunciamientos jurisprudenciales– a otorgar un carácter *ad probationem* al requisito de escrituración. Esta aproximación parte de la necesidad de fortalecer el arbitraje pues, supeditar sus efectos a la observancia de formalismos, en ocasiones, puede atentar contra su eficacia e inevitabilidad¹¹⁵. Más aun, como se ha planteado a lo largo de este estudio, existen casos en los cuales –por la misma naturaleza de las actividades comerciales– aquellos individuos que concurren a la celebración del convenio arbitral no son los verdaderos titulares de sus efectos. En este sentido, CAIVANO considera que

[c]uando la conducta de las partes permita inferir una declaración tácita de voluntad, subordinar sus efectos a la forma escrita o a la existencia de una manifestación expresa del consentimiento, implicaría admitir la violación al principio de la buena fe que rige el derecho de las obligaciones, y una tolerancia indebida a la mala fe y a la deslealtad en los negocios jurídicos¹¹⁶.

Esta corriente fue en gran medida influenciada por la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) que, en un intento por robustecer el arbitraje, dieron paso al desarrollo de un estándar general tendiente a superar el formalismo de la escrituración.

Interpretando la primera, el Concejo Internacional de Arbitraje Comercial ha entendido que “[u]na aplicación inflexible del requerimiento escrito de la Convención sería contradictoria a los usos comerciales corrientes y

115. J. SANTISTEVAN DE NORIEGA, N. 103, p. 32.

116. R. CAIVANO, N. 62, p. 143.

generalizados”¹¹⁷. La Ley Modelo va más allá permitiendo incluso que el convenio arbitral se entienda escrito “[...] cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”¹¹⁸.

Estos avances han contribuido a novedosos desarrollos legislativos que, inspirándose en esta tendencia, han decidido otorgarle un carácter *ad probationem* al requisito de escrituración. Un ejemplo cercano es la Ley de Arbitraje Peruana que, en su artículo 14, permite expresamente la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias bajo ciertos requisitos. En fin, todo esto ha llevado SANTISTEVAN DE NORIEGA a afirmar que la extensión del convenio arbitral

[...], responde a la lógica de fortalecer la inevitabilidad de las consecuencias de dicho convenio. Esto contribuye a hacer al arbitraje más eficaz como modalidad de solución de controversias, impidiendo que las meras formalidades contribuyan a que quienes en la práctica han sido partes, se hayan comportado como tales o hayan derivado beneficios y derechos como si lo fueran, se escapen *malam fide* de los alcances del arbitraje y se desembaracen de sus consecuencias frustrando su objeto principal¹¹⁹.

En línea con los pronunciamientos más recientes en el ámbito internacional, nuestra jurisprudencia arbitral se ha decantado por otorgar un carácter *ad probationem* al requisito de escritura y, así permitir la incorporación de no signatarios. Ante todo, se debe advertir que al menos en el ámbito local los precedentes arbitrales son muy escasos. En un estudio relativo al tema, GARCÍA LARRIVA analiza una serie de casos que se refieren a la extensión¹²⁰.

117. ICCA, *Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958*, <<https://bit.ly/3lozVcx>> (12/06/2013).

118. Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (2006), Artículo 23.

119. J. SANTISTEVAN DE NORIEGA, N. 103, p. 49.

120. Véase, H.GARCÍA LARRIVA, N. 66, p. 110.

Entre ellos cita el Caso No. 01-11¹²¹ tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito (CAM AMCHAM). En el caso, el actor demandó a dos personas naturales, pese a que una de ellas no era signataria del convenio arbitral. Tras haber celebrado varias audiencias para determinar su competencia, el tribunal extendió los efectos de la cláusula compromisoria considerando que el no signatario había incurrido en actos ratificatorios que lo vinculaban de manera decisiva con el acuerdo.

En el Caso No. 075-08, administrado por el CAM CCQ, el actor demandó a una compañía mercantil con la cual había celebrado un contrato de publicidad. A su vez, demandó a otra sociedad parte del grupo económico de la primera, a pesar de no haber sido signataria del convenio arbitral. El actor alegó que la firmante era un simple *alter ego* de esta última y exigió de manera conjunta a ambas sociedades el pago de las prestaciones controvertidas. Fundamentó su pretensión en la existencia de solidaridad al amparo del artículo 17 de la Ley de Compañías.

En su resolución de competencia el tribunal consideró que “[...] dada la solidaridad, conexión y complementariedad que en la demanda se formula la reclamación en contra de Compañía B S.A. y Compañía C S.A. no pueden haber dos procesos ni órganos jurisdiccionales distintos para conocer el caso”¹²². Citando el artículo 7 de la LAM el tribunal concluyó que, sobre la base del efecto negativo del *kompetenz-kompetenz*, dicha competencia recaía en el órgano arbitral. Aparte, el tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la relación entre la declaratoria de competencia y la atribución de responsabilidad, sosteniendo:

121. Caso 01-11 CAM AMCHAM, Acta de Audiencia de Sustanciación, 10/01/2012.

122. Caso 075-08 CAM CCQ, Acta de Audiencia de Sustanciación, 20/03/2009.

[I]a resolución sobre la competencia por cierto se limita a los asuntos concernientes a la relación jurídico procesal. No significa, bajo ningún aspecto, aceptación o no de la existencia de relaciones jurídicas sustanciales o materiales entre la actora y cada una de las compañías demandadas. Este es un asunto de fondo que se resolverá en el laudo arbitral de acuerdo con las normas jurídicas y los méritos procesales, particularmente del análisis y valoración de los medios de prueba que se aporten al proceso¹²³.

De este modo, confirmando la distinción que hemos planteado entre la aplicación adjetiva y sustantiva del levantamiento del velo societario.

Por último, en el Caso 026-05, seguido ante el CAM CCQ, los demandados reconvinieron en contra de la compañía actora y de su representante legal –señor “X”– por sus propios y personales derechos. Al contestar la reconvención, “X” no cuestionó la competencia del tribunal arbitral. En la audiencia de sustanciación, el tribunal arbitral consideró que por haber contestado la reconvención y no haber opuesto la excepción de incompetencia, existió “[...] voluntad expresa tanto de los demandados que reconvienen como de quien replica la reconvención, Señor X, de someter la controversia a arbitraje”¹²⁴.

En el caso, el reconvenido no fue una parte signataria del convenio arbitral. Sin embargo, manifestó su consentimiento con el mismo a través de sus actos. Concretamente, al haber contestado la reconvención sin oponer la excepción de incompetencia del tribunal arbitral. A pesar de que el tribunal no se pronunció respecto al requisito de escrituración, es evidente que reconoció como válida una aceptación a la cláusula arbitral que no se manifestó por escrito. Así, inclinándose por un tratamiento *ad probationem* del requisito.

123. *Ibidem*.

124. Caso 026-05 CAM CCQ, Acta de Audiencia de Sustanciación, 21/10/2005.

6. VIABILIDAD DE IMPLEMENTAR LA APLICACIÓN SUSTANTIVA DE LA DESESTIMACIÓN

La aplicación sustantiva de la desestimación se presenta cuando el tribunal recurre al mecanismo para declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica. En pocas palabras, se trata de una aplicación ordinaria del levantamiento del velo societario, cuya activación se sitúa en la audiencia de estrados. No obstante, por disposición del artículo 22 de la LAM, el tribunal no puede convocar a dicha audiencia sin antes haberse declarado competente en la audiencia de sustanciación¹²⁵.

La competencia es la medida en la cual se distribuye la jurisdicción. A nivel judicial, la misma es conferida por mandato legal y se determina en razón de la materia, persona, grado y territorio¹²⁶. En el arbitraje la competencia es conferida por la propia voluntad de las partes, pues son ellas quienes le otorgan al árbitro la potestad de juzgarlas y emitir un laudo que las vincule legalmente¹²⁷. Así, un tribunal arbitral únicamente podrá juzgar a quienes consintieron en someterse a tal sede y en observancia estricta del alcance que dichas personas le otorgaron al convenio arbitral. A su vez, no podrá conocer controversias que no sean susceptibles de ser resueltas por arbitraje. De ahí que la competencia en sede arbitral deba determinarse en razón de la persona, materia y voluntad¹²⁸.

En este sentido, para determinar la viabilidad de la aplicación sustantiva del levantamiento del velo, esencialmente se debe dilucidar si los árbitros pueden llegar a tener competencia *ratione personae* [6.1], *ratione materiae* [6.2] y *ratione voluntatis* [6.3] para resolver pretensiones

125. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 57, Artículo 22.

126. Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 156, RO (S). No. 544, 09/03/2009.

127. Véase, DE TRAZEGNIES, N. 87.

128. S. RODRÍGUEZ, "El sistema arbitral del CIADI", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VII, 2006, p. 783.

relativas a la inoponibilidad de la personalidad jurídica. En esta sección, aparte, revisaremos la jurisprudencia arbitral relativa al tema [6.4].

6.1. Competencia en razón de la persona

La competencia *ratione personae* hace referencia a la delimitación de las personas que están llamadas a ser partes procesales del arbitraje. Esta se verifica al constatar el consentimiento de las mismas en someterse a dicho proceso y en asumir las consecuencias jurídicas que el laudo genere. Dado que la esencia del arbitraje reside en la voluntad de las partes, un tribunal arbitral solo podrá ser competente para juzgar a una determinada persona en la medida en que esta haya consentido en ser parte del arbitraje.

Bien, de configurarse las causales que permiten su procedencia, el levantamiento podría ser dispuesto sin exigencias adicionales en un proceso judicial. Esto ocurre debido a que el juez se encuentra investido de jurisdicción otorgada por la ley y ejerce una función de naturaleza pública. Por lo tanto, puede vincular a cualquier persona al proceso –ya sea de oficio o a pedido de parte– y responsabilizarla por las obligaciones controvertidas si estima que existen razones suficientes para hacerlo. Sin embargo, la situación se presenta de forma distinta cuando la perforación es dispuesta por un tribunal arbitral.

Es importante recordar que la aplicación sustantiva del perforamiento trae como consecuencia jurídica –para terceros– la atribución de obligaciones que, en un principio, fueron propias de la compañía empleada como un *alter ego*. Esto implica que, en cierta forma, existe un ejercicio de facultades jurisdiccionales que recae sobre aquellos afectados por la desestimación. En fin, el árbitro estaría juzgando a

dichas personas al responsabilizarlas por las obligaciones de la sociedad. En consecuencia, para que un tribunal arbitral ordene la perforación del velo en la audiencia de estrados, es imprescindible que primero declare tener competencia –*ratione personae*– respecto a aquellos perjudicados por la medida, en la audiencia de sustanciación.

Ahora bien, resulta obvio que en la hipótesis propuesta será difícil encontrar un caso en el cual las personas que instrumentaron la sociedad como un *alter ego* hayan concurrido a la suscripción del convenio arbitral. Precisamente por haberse ocultado tras la personalidad jurídica de la compañía, se entiende que no intervinieron directamente en el negocio que originó la controversia. Sin embargo, esta no es una regla absoluta, podría darse el remoto caso en el que, tanto la compañía *alter ego*, como aquel encubierto tras ella, sean signatarios del pacto arbitral.

Sin perjuicio de esto, como se ha indicado oportunamente, un individuo puede ser considerado “parte” siempre que sobre el recaigan los efectos del acuerdo arbitral. Esto, a su vez, puede darse mediante una aceptación explícita a la cláusula compromisoria o mediante una aceptación tácita, lo cual conllevaría a considerarlo como una parte no signataria. En este sentido, el árbitro deberá extender los efectos del convenio arbitral e incorporar a los no signatarios –afectados por la inoponibilidad– al arbitraje.

Resta agregar que dicha inclusión no necesariamente debe ser resultado de la aplicación adjetiva del desvelamiento. El tribunal podría valerse de cualquier otra teoría de extensión para obtener el mismo resultado. En cualquier caso, para que el tribunal pueda desestimar la personalidad jurídica de una sociedad y atribuir sus obligaciones a terceros, es indispensable que declare tener competencia sobre tales personas.

6.2. Competencia en razón de la materia

La competencia *ratione materiae* guarda una estrecha relación con el criterio de arbitrabilidad objetiva. A criterio de ciertos autores, ambas implican lo mismo¹²⁹. Esta esfera de la arbitrabilidad se verifica en la posibilidad de que una determinada controversia sea resuelta por arbitraje. REDFERN, citado por PARRAGUEZ, afirma que la arbitrabilidad objetiva consiste en determinar la clase de controversias que “pueden resolverse por arbitraje y cuáles quedan relegadas exclusivamente al dominio de los tribunales de justicia nacionales”¹³⁰.

Se entiende, entonces, que este criterio será determinado por la ley y, en este sentido, coincidimos con GONZÁLEZ DE COSSÍO al afirmar que “[...] el contenido y alcance de la arbitrabilidad es casuista. Depende del derecho local relevante, y difiere atendiendo a quien lo realiza”¹³¹. En cualquier caso, un tribunal arbitral será competente –*ratione materiae*– en la medida en que la materia, sobre la cual verse la litis, sea susceptible de ser arbitrada. *Contrario sensu*, “si el tribunal arbitral advierte que se encuentra frente a una materia que no es susceptible de arbitraje, está facultado para declararse incompetente [...]”¹³².

El artículo 190 de nuestra Constitución establece que el arbitraje se aplicará “[...] con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”¹³³. Siguiendo una misma línea, el artículo 1 de la LAM define al arbitraje como “[...] un mecanismo alternativo de solución de conflictos

129. Véase, L. CORONEL LARREA & I. NUÑEZ PATIÑO, “La transigibilidad. Un criterio erróneo de arbitrabilidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 10, 2019.

130. A. REDFERN *et al.*, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, No. 4, La Ley, 2007, p. 227.

131. F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, “Orden público y arbitrabilidad: Dúo-Dinámico del arbitraje”, *Revista Auctoritas Prudentium*, No. 1, 2008, p. 11.

132. R. RUBIO GUERRERO, “El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, *Lima Arbitration*, No. 4, 2010, p. 110.

133. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 190, RO No. 449, 20/10/2008.

al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción”¹³⁴.

De las normas citadas se desprende que, para nuestra legislación, el criterio de arbitrabilidad se verifica en la transigibilidad de cada materia. A esta conclusión arribó el tribunal arbitral del CAM AMCHAM, en el Caso No. 008-15, afirmando que, “[...] sin lugar a dudas, sólo la materia transigible puede ser sometida a arbitraje”¹³⁵.

Siendo así, ¿qué debemos entender por materia transigible? El artículo 2348 del Código Civil define a la transacción como “[...] un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”¹³⁶. En línea con esta disposición, el artículo 2349 prescribe: “[n]o puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”¹³⁷. De esto se desprende que la transigibilidad se encuentra ligada a la capacidad de disposición de los bienes objeto de la transacción. AGUILAR ANDRADE añade:

[e]ntre privados, entonces, la autonomía de la voluntad se expresa en la posibilidad de configurar el alcance del arbitraje, esto es, de conferir poder a los árbitros para resolver sobre los asuntos que sean de interés de los litigantes. Es evidente, entonces, que ese poder tiene las mismas limitaciones propias de la autonomía de la voluntad, y no puede ejercerse sobre cuestiones que han sido excluidas del espacio en el que ella opera; en otras palabras, sobre aquello que para los particulares es indisponible¹³⁸.

Por otro lado, nuestra ley no contempla una lista de aquellos asuntos que son transigibles. Al contrario, como

134. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 57, Artículo 1.

135. Caso 008-15 CAM AMCHAM, Laudo final, 02/05/2016.

136. Código Civil, Artículo 2348, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

137. Ídem, Artículo 2349.

138. J. AGUILAR ANDRADE, “Derecho administrativo y transigibilidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, p. 253.

a los particulares les es permitido hacer todo lo que no está prohibido por la ley, el Código ha preferido puntualizar casos específicos que no admiten transacción. Esta casuística, a criterio de PARRAGUEZ & DARQUEA, “[...] permite entender, entonces, que es materia transigible todo aquello que no ha sido calificado como no transigible”¹³⁹.

Ahora bien, ¿cómo se debe analizar la arbitrabilidad en el levantamiento del velo societario? Frente a esto se han formulado dos posturas: (i) una que sugiere que debe analizarse con base en los derechos comprendidos en el propio acto de la inoponibilidad; y, (ii) otra que predica que debe analizarse sobre la base de los derechos sustantivos litigados en el proceso.

Según la primera, el levantamiento del velo societario esencialmente pone en contraposición el derecho de crédito del acreedor con el derecho del accionista a que se limite su responsabilidad y los derechos de la propia compañía derivados de su personalidad jurídica. La declaratoria de inoponibilidad implica una supresión de tales derechos. En este sentido, para determinar si la desestimación es arbitrable, debe verificarse que aquellos derechos sean transigibles. Así, se afirma que en tanto ambos son de libre disposición¹⁴⁰, la inoponibilidad es arbitrable.

De acuerdo con la segunda, la arbitrabilidad no debe analizarse con base en los derechos comprometidos por la inoponibilidad, sino en los mismos derechos controvertidos en el proceso. A nuestro criterio, esta interpretación es mucho

139. L. PARRAGUEZ & J. DARQUEA, “La Arbitrabilidad del daño moral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016, p. 102.

140. Respecto al primero, se afirma que el mismo es transigible pues uno de los artículos innumerados, en la sección de la SAS, de la Ley de Compañías permite a los accionistas “[...] renunciar de manera expresa y por escrito al principio de responsabilidad limitada en este tipo de compañías”. Ley de Compañías, N. 55, Artículo (...). Respecto a los demás derechos derivados de la personalidad jurídica, (como la separación de patrimonios) se afirma que son transigibles pues la existencia legal de una sociedad es de libre disposición.

más acertada ya que el levantamiento del velo no es más que un mecanismo jurídico que permite atribuir la titularidad de las obligaciones a quienes se valieron de una sociedad para defraudar. En este sentido, nos sumamos al criterio de ANDRADE UBIDIA al afirmar que la desestimación es un instrumento de carácter procesal¹⁴¹. El hecho de que su activación genere efectos sustantivos o meramente adjetivos, en nada altera su naturaleza jurídica. De ahí que para aplicar esta figura en un caso concreto, no se deba verificar la arbitrabilidad del mecanismo en sí mismo, sino la transigibilidad de la propia controversia.

En cualquiera de los casos expuestos se llega a la misma conclusión. Sin embargo, tal desenlace puede verse frustrado si se toma en cuenta el tratamiento procesal que nuestra ley otorga a la inoponibilidad de la personalidad jurídica. el artículo 17 de la Ley de Compañías prescribe:

[s]alvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor¹⁴².

El artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial es claro al indicar que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales. En este sentido, no queda duda de que los asuntos sometidos a “sede judicial” son perfectamente arbitrables en la medida en que sean transigibles. Sin embargo, la redacción del artículo citado pone en tela de duda que tal regla se aplique en este caso. A causa de su formulación gramatical, no queda claro si –dentro del marco judicial– la

141. S. ANDRADE UBIDIA, N. 24, p. 14.

142. Ley de Compañías, N. 55, Artículo 17(2).

inoponibilidad solo puede declararse **(i)** de manera alternativa o como pretensión en un juicio por colusión; o, **(ii)** mediante acción de inoponibilidad deducida ante el juez de lo civil y mercantil.

La situación se torna mas incierta debido a que la Disposición General Tercera de la Ley prescribe: “[e]n general, por los fraudes, simulaciones, abusos o vías de hecho que se cometen en perjuicio de terceros, a nombre de una compañía o valiéndose de ella, serán personal y solidariamente responsables [...]”¹⁴³. La expresión “en general” sugiere que la desestimación no se limita a los casos previstos por el artículo 17 para la inoponibilidad. De cualquier forma el artículo 17 se refiere exclusivamente a la “inoponibilidad” lo cual abre la duda de si únicamente es posible atribuir responsabilidad por medio de esta vía o si la Disposición General Tercera deja la puerta abierta para que existan otras.

Sin duda, es una inquietud que al momento no tiene respuesta. Más aún, la falta de casos relativos al tema ha impedido que la jurisprudencia desarrolle una solución adecuada. Puede, sin embargo, afirmarse que al tenor del criterio de arbitrabilidad objetiva adoptado por nuestro ordenamiento, las pretensiones relativas a la desestimación son perfectamente arbitrables.

6.3. Competencia en razón de la voluntad

La competencia *ratione voluntatis*, en términos generales, se verifica en la configuración interna del convenio arbitral. Esta esfera de la competencia puede bifurcarse en dos dimensiones distintas: **(i)** el alcance del convenio arbitral, es decir, la delimitación de los asuntos sometidos al arbitraje¹⁴⁴;

143. Ídem, Disposición General Tercera.

144. J. SIQUEIROS, “El Alcance (Ratione Materiae y Ratione Personae) del Acuerdo de Arbitraje en Derecho Mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 5, 2005, p. 25.

y, **(ii)** las condiciones estipuladas por las partes para que el arbitraje proceda.

Reiterando el criterio que se ha expuesto a lo largo de este estudio, la competencia de los árbitros se ciñe estrictamente a la voluntad de las partes. En este sentido, un tribunal arbitral tendrá competencia para pronunciarse exclusivamente sobre aquello que las partes sometieron al arbitraje¹⁴⁵. De igual forma, solo podrá declararse competente si se han cumplido los requisitos convenidos por las partes para que el arbitraje proceda, por ejemplo, la ejecución de una cláusula escalonada o los denominados *cooling off periods*.

A raíz de esto, cabe preguntarnos si la perforación del velo societario –dispuesta por un tribunal arbitral– excede su competencia en caso de que dicha facultad no le haya sido otorgada de forma expresa en el convenio. La inquietud no es inocua pues, como puede advertirse, sería inusual cuanto no imposible encontrar un convenio que otorgue a los árbitros la potestad de levantar el velo societario de cualquiera de las partes. Siguiendo la misma lógica, ¿sería factible que el tribunal, a pesar de no haberlo solicitado las partes, declaré de oficio la desestimación de la personalidad jurídica si lo estima conveniente?

Para poder llegar a una conclusión adecuada, es necesario realizar una precisión conceptual. La discusión que nos convoca en este caso debe ser atendida con base en dos criterios distintos: **(i)** el alcance del convenio arbitral; y, **(ii)** la delimitación de lo solicitado por las partes.

En cuanto a lo primero, es claro que la competencia *ratione voluntatis* limita al árbitro a pronunciarse exclusivamente sobre los asuntos entregados al arbitraje. De hecho, la causal d del artículo 31 de la LAM permite la acción de nulidad

145. J. ROBLEDO & R. RINCÓN, “El arbitraje y el gobierno corporativo”, *Perspectiva*, 2006, p. 42.

cuando “[e]l laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje [...]”¹⁴⁶. ¿Podría entonces aquel perjudicado por la desestimación pretender la nulidad del laudo, alegando que el tribunal se pronunció sobre algo que no fue sometido al arbitraje? A nuestro juicio, tal argumentación no prosperaría.

Como se ha expuesto con anterioridad, el levantamiento del velo no es más que un mecanismo procesal que tiene como fin atribuir responsabilidad a quienes usaron la sociedad para defraudar. Su aplicación sustantiva, a breves rasgos, implica usar este mecanismo para resolver el fondo de la controversia. Siguiendo esta línea, si el convenio arbitral le ha encomendado al tribunal la resolución de un determinado conflicto, se entiende que el tribunal está facultado para valerse de cualquier mecanismo –permitido por la ley– para llegar a tal resolución. Por ende, si dicha resolución implica declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica, el árbitro no estaría pronunciándose sobre cuestiones no sometidas al arbitraje.

En cuanto a lo segundo, la respuesta requiere de menor análisis. Al igual que lo señalamos en secciones anteriores, a diferencia del juez el árbitro ejerce funciones jurisdiccionales que le son conferidas por un acuerdo entre particulares. En tanto el juez ejerce una función de orden público, en ciertos casos, está facultado para actuar de oficio en miras de administrar justicia.

Por el contrario, las facultades de los árbitros se encuentran limitadas por el convenio arbitral y por los actos propositivos de las partes. De ahí que la misma causal d del artículo 31 permita anular el laudo cuando este “[...] conceda más allá de lo reclamado”¹⁴⁷. En este sentido, un tribunal arbitral únicamente podrá declarar la inoponibilidad si así lo han solicitado las partes.

146. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 57, Artículo 31(d).

147. Ídem.

6.4. Jurisprudencia arbitral relativa al tema

Existe un caso muy interesante tramitado ante el CAM AMCHAM¹⁴⁸ donde el tribunal pudo haber aplicado el levantamiento del velo societario de forma sustantiva. El caso versó sobre el presunto incumplimiento de un acta transaccional celebrada por dos compañías mercantiles. El acta había sido resultado de un agotante ciclo de desavenencias entre las partes a causa del aparente uso ilegítimo del nombre comercial de la actora. El acuerdo impuso la obligación a la demandada de abstenerse en emplear el nombre comercial dentro del territorio nacional y, a su vez, la obligación a la actora de abstenerse en usarlo fuera del Ecuador. Tanto en la demanda como en la reconvencción ambas partes alegaron el incumplimiento de su contraria.

En su reconvencción, la demandada adujo que su contraparte había incumplido la obligación de abstención **(i)** al constituir una compañía en Panamá con la denominación que el acta le prohibía usar; y, **(ii)** al registrar este nombre como “denominación comercial” a través de la compañía panameña. Al contestar la reconvencción, la accionante negó haber constituido dicha sociedad. Además, alegó que el acuerdo fue suscrito por ella y no por la empresa panameña. Por último, afirmó no ser accionista de esta última y, por lo tanto, no haber sido ella quien registró la marca en Panamá. Textualmente agregó: “[n]o se le puede atribuir responsabilidad a mi representada [...] por acciones en las cuales no ha participado”.

Frente a esto, el tribunal arbitral determinó que el contrato de transacción fue suscrito por el señor “A” en representación de la compañía actora. Posteriormente, “A” –presidente y accionista de la demandante– transfirió la totalidad de las acciones suscritas a los señores “B” y “C”. Al mismo tiempo,

148. Caso AMCHAM confidencial, Laudo, 28/11/2014. Tribunal arbitral compuesto por Dr. Fabián Jaramillo Terán, Dr. Vladimir Villalba Paredes y Dr. Luis Parraguez Ruiz.

“B” y “C” fueron nombrados directores de la compañía panameña, e inclusive se designó a “B” como su presidente. Por otro lado, se encontró la existencia de “[...] una estrecha relación comercial entre la compañía ecuatoriana y la compañía panameña, que lleva a que [se] reconozca a las dos compañías en mención (junto a otras) bajo un mismo holding de empresas, con una colaboración íntima y organigrama único”.

Todo esto permitió al tribunal concluir que los señores “[A], [B] y [C] sumaron su voluntad individual o conjunta con los otros, para formar la voluntad de la compañía ecuatoriana y la compañía panameña, estructurando a ambas compañías bajo una misma administración, representación legal, accionistas, holding y organigrama”. En el laudo se agregó:

[n]o es función de este Tribunal descubrir la voluntad que controla a ambas compañías, pero sí el de detectar esa simetría cuando se quiere eludir las obligaciones de una persona jurídica, haciendo aparecer una aparente legalidad para disfrazar un abuso del derecho, lo cual va contra la naturaleza económica-jurídica de la personalidad societaria de largo desarrollo y, en general, contra el Derecho.

El tribunal, a su vez, citó la jurisprudencia de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, señalando que

[f]rente a estos abusos hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico, llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros¹⁴⁹.

De este modo, el tribunal resolvió que en dicho caso

[...] el principio de buena fe en la ejecución de la obligación de no hacer consistía en que la compañía obligada no podía hacer uso del [nombre comercial] fuera del territorio ecuatoriano, a

149. Primer Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, *Diners Club del Ecuador c. Mariscos de Chupadores CHUPAMAR S.A.*, Causa No. 120-2001, RO No. 350, 19/06/2001.

cuyo efecto, la voluntad y actitud de buena fe de la compañía recae en las personas naturales que la representan o que forman los órganos internos de formación de su voluntad. No se trata de una compañía panameña con una voluntad ajena, independiente y extraña a la voluntad de la compañía ecuatoriana; por el contrario, [...] existe una instrumentación de la personalidad jurídica societaria ecuatoriana para perjudicar a la contraparte, contraviniendo el espíritu de las concesiones recíprocas adquiridas por el contrato de transacción”.

Así, se declaró que la compañía accionante había incumplido su obligación de abstención. Sin embargo, se llegó a demostrar que de igual forma la demandada había incumplido una de sus obligaciones. Por esta razón, el tribunal rechazó tanto la demanda como la reconvenición.

Es discutible que este caso se trate de un levantamiento del velo societario. Sobre todo, por cuanto no existió una desestimación de la personalidad jurídica –de la compañía actora– que implicara una excepción al principio de responsabilidad limitada. Al contrario, se atribuyó responsabilidad a la propia compañía reconvenida por un incumplimiento que, en principio, era propio de la compañía panameña.

Podría considerarse que el tribunal levantó el velo societario de la compañía panameña, determinando que la demandante –quien de algún modo tenía su control– la instrumentó para perjudicar a su contraparte. De ahí que se explique la atribución de responsabilidad a la propia compañía actora. Puesto que el tribunal no enmarcó su razonamiento en una teoría específica, es difícil poder llegar a una afirmación exacta. En cualquier caso, no cabe duda de que se rechazó la excepción alegada por la actora, que giraba en torno a la separación entre la personalidad jurídica de ambas sociedades; lo cual, en síntesis, sugiere la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

7. CONCLUSIONES

Este estudio asumió la tarea de determinar si los árbitros pueden levantar el velo societario. Para ello, se inició caracterizando esta figura como un mecanismo que produce la inoponibilidad de la personalidad jurídica y, en consecuencia, la atribución de obligaciones –propias de una sociedad– a los individuos que abusaron de su personalidad. De igual forma, se abordó su aplicación en el arbitraje, como una de las teorías que permite la extensión del convenio arbitral.

Posteriormente, se analizaron las formas en las cuales puede utilizarse la figura en sede arbitral. Distinguiendo así entre una aplicación adjetiva y una sustantiva. Su aplicación adjetiva implica hacer uso del mecanismo para incorporar a no signatarios al arbitraje. Su aplicación sustantiva se traduce en la implementación de la figura para determinar la titularidad de las obligaciones controvertidas.

En cuanto a su aplicación adjetiva, se concluyó que la misma enfrenta dos dificultades: el principio consensual del arbitraje y el requisito de escrituración del convenio arbitral. Al respecto, la extensión del convenio arbitral a no signatarios parte del propio consentimiento de dichas personas develado a través de su conducta. Por lo cual, los supuestos de extensión no vulneran la naturaleza voluntaria de este MASC. Por otro lado, a pesar de que nuestra ley exige una forma escrita al convenio arbitral, se ha evidenciado que los avances más recientes en la jurisprudencia y en la doctrina apuntan a concebir este requisito con un carácter *ad probationem*. Si bien, nuestra ley no es clara respecto a dicho tratamiento, nuestros árbitros han optado por abordarlo de una forma más flexible, permitiendo así la extensión a partes no signatarias.

En cuando a su aplicación sustantiva, se concluyó que fundamentalmente el análisis nos lleva a verificar la

competencia que los árbitros pueden tener para conocer pretensiones relativas a la inoponibilidad. Concretamente, se analizaron las tres facetas de la competencia.

Respecto a la competencia en razón de la persona, se concluyó que la aplicación de la inoponibilidad necesariamente implica un ejercicio de facultades jurisdiccionales sobre aquellos afectados por la medida. Por consiguiente, el árbitro solo podrá levantar el velo societario si ha declarado tener competencia respecto a quienes espera responsabilizar.

Respecto a la competencia en razón de la materia se concluyó que la arbitrabilidad no se verifica en el acto de la inoponibilidad, sino en la propia controversia. Por lo cual, el levantamiento del velo societario es una cuestión naturalmente arbitrable. Sin embargo, queda la duda de si las disposiciones de la Ley de Compañías restringen su implementación a la función judicial.

Respecto a la competencia en razón de la voluntad, se concluyó que el árbitro puede implementar la desestimación sin que esto sea considerado como una extralimitación de sus atribuciones. Esto debido a que el levantamiento del velo no es más que un mecanismo procesal implementado para la resolución de la controversia. Por otro lado, a causa de la naturaleza voluntaria del arbitraje, el árbitro no puede declarar de oficio la inoponibilidad de la personalidad jurídica, sino que solo podrá hacerlo si así las partes lo han solicitado.

