

Mi otro yo

La doctrina del *alter ego* y el artículo 14 de la Ley peruana de Arbitraje

Jose Luis Repetto *
Andrés Hundskopf **
Miguel Valderrama ***

En el presente artículo, los autores comentan la teoría del *alter ego* a la luz del artículo 14 de la ley peruana de arbitraje. Indican cuáles son los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia arbitral han establecido para levantar el velo societario en sede arbitral. Asimismo, analizan un caso en el que se aplicó esta teoría y narran la odisea por la que tuvo que atravesar este laudo en el Poder Judicial peruano.

* Alumno de Décimo Primer Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Presidente del Consejo Directivo y Director de la Comisión de Edición de Forseti.

** Alumno de Décimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Miembro de la Comisión de Edición.

*** Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

Mi otro yo

La doctrina del álter ego y el artículo 14 de la Ley peruana de arbitraje

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas el arbitraje se ha desarrollado a pesar de todas las trabas que le impusieron los operadores jurídicos. Algunas objeciones al arbitraje eran fundadas y hacían notar falencias del sistema arbitral peruano, pero algunas otras respondían a obtener el máximo provecho de la situación en concreto, y no necesariamente, al perfeccionamiento de la institución¹.

Un primer problema fue la inoperante institución de la cláusula compromisoria, que se debía celebrar solo una vez surgida la controversia jurídica. Esta figura sabotó los arbitrajes, debido principalmente a que la parte con la posición más “débil” en el conflicto concreto optaba por no suscribir la cláusula arbitral, sometiéndose así a la jurisdicción ordinaria².

Una vez eliminado el inconveniente de la cláusula compromisoria surgió otro distinto: la no divisibilidad o separación entre el convenio arbitral y el contrato que lo contiene. Este problema trajo varias consecuencias negativas. Por ejemplo, si el contrato que contenía el convenio arbitral era cuestionado por ser presuntamente nulo, anulable, inválido o ineficaz, o si simplemente se resolvía el contrato, entonces el pacto de arbitraje contenido en tal contrato resultaba inservible. Ello resultaba de aplicar el principio de que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. Así, si el contrato tenía algún tipo de vicio –a juicio de alguna de las partes- había que acudir al Poder Judicial y litigar indefinidamente, hasta contar con una sentencia firme. Recién si el juez resolvía que el convenio arbitral era válido o que, en todo caso, no se veía afectado por el contrato, se podía iniciar el arbitraje. Como se puede apreciar, las partes no arbitrabán, simplemente litigaban.

¹ Sobre la hostilidad hacia el arbitraje no sólo en Perú sino en América Latina, ver: Grigera Naón, Horacio, “Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility”. En: *Arbitration International*, Volume 5 Issue 2, Kluwer Law International, 1989, pp. 137–172.

² Para mayor detalle, ver la opinión crítica y muy acertada de Cantuarias, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, pp. 201-226. También ver: Grigera Naón, Horacio, “Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility”. En: *Arbitration International*, Volumen 5 Issue 2, Kluwer Law International, 1989, pp. 142-148.

Para evitar este gran problema, la jurisprudencia francesa³ creó el principio de separación del convenio arbitral, el cual se encuentra expresamente reconocido en el Perú en el Decreto Legislativo No. 1071 (en adelante, la "Ley de Arbitraje")⁴ y en todas las leyes arbitrales modernas que siguen a la Ley Modelo Uncitral. Como su nombre lo revela, este principio independiza el convenio arbitral del contrato o, en general, del instrumento que lo contiene. El convenio arbitral se reconoce entonces como un acuerdo o negocio jurídico independiente del contenido "principal" que se pacte en el documento.

Lamentablemente, el principio de separación del convenio arbitral no terminó de eliminar todas las trabas al arbitraje. En las controversias se dejó de cuestionar la nulidad, anulabilidad, ineficacia, invalidez o resolución del contrato que contenía el pacto arbitral, pero se pasó a cuestionar directamente dicho convenio arbitral. En consecuencia, todo convenio arbitral era cuestionado primero por nulo, inválido, ineficaz, etc. frente al Poder Judicial.

En dichos procesos judiciales, violándose la voluntad de las partes de arbitrar, se desperdiciaban años. Recién una vez que se declarara que el convenio no presentaba vicio alguno, se podía iniciar el arbitraje. La ineficiencia de este sistema era enorme: se pasaban años discutiendo formalidades, sin entrar a analizar el fondo de la controversia. El resultado no es difícil de imaginar: un ser humano racional no tenía incentivos para arbitrar.

Nuevamente, la jurisprudencia⁵ encontró una solución: el principio *kompetenz-kompetenz*. Este principio, reconocido en la Ley de Arbitraje⁶, dispone que sean los

³ La Corte de Casación Francesa en el famoso caso Gosset de 1963 señaló lo siguiente: "(E)n el arbitraje internacional, el acuerdo de arbitraje, sea que se encuentre en un documento independiente o se encuentre incluido en un contrato, deberá, salvo en circunstancias excepcionales (...), tener completa autonomía legal y no se verá afectado por el hecho de que el mencionado contrato pueda no ser válido." Cass. 1e civ., May 7, 1963, Ets. Raymond Gosset c. Carapelli, JCP, Ed. G., Pt. II, No. 13,405 (1963).

⁴ El principio de separabilidad del convenio arbitral se encuentra recogido en el artículo 41.2 de la Ley de Arbitraje: "Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral (...).2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral."

⁵ CA Colmar, Nov. 29, 1968, Impex v. P.A.Z., JCP, Ed. G., Pt. II, No. 16,246 (1970) y Texaco Overseas Petroleum Co. c. Libyan Arab Republic, Preliminary Ad Hoc Award on Jurisdiction (27 November 1975). En: Sanders, Pieter (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 1979 - Volume IV*, Kluwer Law International, 1979.

propios árbitros quienes se pronuncien (en primera instancia) sobre su competencia. Incluso permite a los árbitros pronunciarse sobre los vicios o patologías que pueda tener el convenio arbitral. En otras palabras, son los árbitros los competentes para decidir sobre los vicios que pueda tener el convenio arbitral, y no el juez ordinario. Fue con la introducción de esta figura que se comenzó a pactar masivamente el arbitraje en los contratos comerciales más importantes.

Ahora bien, con todo esto pareciera que el arbitraje quedaba "limpio", sin problema alguno. Esto no fue así, pues surgieron nuevos métodos para dificultar la resolución de conflictos por vía arbitral, o en todo caso evitar el arbitraje. Por ejemplo, el abuso de la personalidad jurídica.

Si bien es incuestionable que la independencia de la personalidad jurídica de las personas jurídicas respecto de sus dueños o accionistas es uno de los pilares del mundo empresarial moderno, en tanto ofrece inversionistas un nivel limitado de riesgo, también es posible que esta figura sea usada de manera abusiva para cometer fraudes, o en todo caso para causar daños a una contraparte contractual actuando de mala fe.

Para evitar que sujetos no signatarios del convenio arbitral puedan evitar el arbitraje y las consecuencias desfavorables de este, se creó vía jurisprudencia⁷ y doctrina⁸ la incorporación o extensión del convenio arbitral a partes no signatarias del pacto

Luego, esta doctrina ha sido reconocida prácticamente en todas las legislaciones arbitrales modernas y en los reglamentos arbitrales de las principales instituciones arbitrales. Ver al respecto, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Gaillard, Emmanuel y Savage, John (eds.), Kluwer Law International, 1999, pp. 395-415.

⁶ El principio de kompetenz-kompetenz se encuentra recogido en el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje:

"Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales."

⁷ Al respecto, no dejar de consultar los casos Judgment of 19 December 1986, O.I.A.E.T.I. c. SOFIDIF et O.E.A.I. S.E.R.U., EURODIF et C.E.A. de la Corte de Apelaciones de París En: *1987 Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, 1987, p. 359.

Ver también: Dow Chemical France, The Dow Chemical Company and others c. ISOVER Saint Gobain, Interim Award, ICC Case No. 4131, 23 September 1982. En: Pieter Sanders (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1984 - Volume IX*, Kluwer Law International, 1984, pp. 131-137

⁸ Para un excelente análisis detallado de la incorporación de partes no signatarias ver: Hanotiau, Bernard, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2006.

arbitral⁹. Esta figura señala que pueden ser incorporados al arbitraje personas que no han suscrito formalmente el convenio. Para que lo anterior sea posible, deben demostrarse distintos factores, como por ejemplo que el sujeto no signatario haya participado de forma activa y determinante en las distintas etapas de la relación contractual o que de una interpretación a partir de la buena fe, se revele de su conducta que ha manifestado su consentimiento a arbitrar.

La doctrina conocida como *áster ego* o levantamiento del velo societario es una de las teorías para incorporar a una parte no signataria al arbitraje. Esta doctrina tiene como objetivo que el derecho no ampare el abuso o el fraude. Este artículo se centra en la problemática descrita. Busca analizar bajo qué supuestos una sociedad puede verse vinculada por el convenio arbitral suscrito por otra sociedad de la que es accionista. Además en este artículo comentamos un caso arbitral peruano en el que se discutió este problema.

2. LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS

Actualmente está ampliamente aceptado que para arbitrar se requiere consentimiento de las partes. Esta tendencia es explícitamente ilustrada por el profesor William Park mediante la siguiente metáfora: "Like consummated romance, arbitration rests on consent"¹⁰. Como consecuencia de ello¹¹, acertadamente Born sostiene que:

"the effects of an arbitration agreement apply only to the agreement's parties, and not to others. Presumptively, and in most instances, the parties to an arbitration agreement will be its formal signatories. Nonetheless (...) there are a number of bases by which non-signatories

⁹ Ello está reconocido en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje:

"Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.

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

¹⁰ Park, William W, "Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma". En: *Multiple Parties in International Arbitration*. Oxford. 2009. p. 1.

¹¹ Así por ejemplo, la Ley Modelo Uncitral y la Convención de Nueva York de 1958 establecen reconocen el consentimiento al afirmar que el arbitraje es un acuerdo. En el Perú la Ley de Arbitraje consolidó la naturaleza convencional de este medio de resolución de controversias en su artículo 13 numeral 1: "Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral. 1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que 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 contractual o de otra naturaleza. (...)"

may be held to be parties to – and consequently both bound and benefited by – an arbitration agreement.”¹²

Como vemos, el consentimiento no implica que este deba venir obligatoriamente en un determinado “envase”. Dicho de otro modo, una parte puede expresar su consentimiento a arbitrar de distintas maneras, ya sea de manera expresa o implícita. Una forma explícita es insertar y pactar un convenio arbitral en un contrato. Este es el caso más común. Por otro lado, una forma implícita es la recogida en el artículo 13.5 de la Ley de Arbitraje¹³. Bajo el supuesto de esta norma, ante la inexistencia de convenio arbitral, si una parte es demandada y esta no presenta objeciones a la competencia del tribunal, se entenderá dicha pasividad como una forma de consentir el sometimiento a arbitraje.

En ese mismo sentido, Dimolitsa afirma que:

“La naturaleza convencional de la cláusula compromisoria se traduce en su efecto relativo, a saber, que ella no hace sino vincular a las partes que expresaron tal voluntad. Ahora bien, la firma del contrato no es la única expresión de esta voluntad y la exigencia de un escrito para el convenio arbitral no se entiende sino como exigencia de la firma”¹⁴.

En suma, una parte no signataria es aquella que si bien no se ha visto vinculada al contrato de arbitraje de manera expresa, se puede ver vinculada por el convenio arbitral a raíz de su propia “conducta y por hechos que al interpretarse de conformidad con el principio de la buena fe contractual, permiten entender que han dado su consentimiento”.¹⁵ Todo esto es conocido en doctrina y jurisprudencia como la extensión del convenio arbitral o “joining non-signatories”¹⁶.

La posibilidad de aplicar un convenio arbitral a una parte no signataria, ha sido largamente aceptada y superada, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, En doctrina, nos ilustra Caivano:

¹² Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 1133.

¹³ “Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral. (...) 5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra”.

¹⁴ Dimolitsa, Antonias, “La extensión de la cláusula compromisoria a los no signatarios”. En: Gaillard, Emmanuel y Fernández Arroyo, Diego P. (ed.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Bogotá, 2013, pp. 56-57.

¹⁵ Silva Romero, Eduardo, “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”. En: *Lima Arbitration*, No. 4, 2011, p. 57.

¹⁶ Park, William, “Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”. En: *Multiple Party Actions in International Arbitration*, 2009, pp. 1-2.

“Puede decirse sin exagerar que, en abstracto, no hay dudas acerca de la posibilidad de incorporar al juicio arbitral a quien no ha sido firmante de la cláusula arbitral; el solo hecho de no ser firmante directo del acuerdo no implica que no pueda verse obligado por sus efectos”.¹⁷

La extensión del convenio arbitral, o joining non-signatories nació en el famoso caso Dow Chemical¹⁸ y luego fue recogida en la jurisprudencia norteamericana en el caso Thomson¹⁹.

Al respecto, no podemos dejar de mencionar que el Perú ha tomado una posición vanguardista al incorporar expresamente en la Ley de Arbitraje una disposición que zanja toda discusión respecto a la posibilidad de incorporar partes no signatarias. En efecto, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, citado ya anteriormente, dispone lo siguiente:

“Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.

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

Podemos ver que el Perú, cumpliéndose los requisitos previstos en este artículo, se puede lograr incorporar al pacto arbitral a partes que no lo firmaron. En efecto, dicha norma recoge dos tipos de sujetos no signatarios, a saber:

El primero de ellos es el que ha tenido participación activa, a la luz de un criterio de buena fe. Esta participación debe haber sido: (i) activa y (ii) determinante en las distintas etapas del contrato que comprende el convenio arbitral o al convenio vinculado.

La segunda clase abarca a aquellos sujetos que buscan derivar derechos o beneficios del contrato, según las estipulaciones del mismo.

Una vez establecido el alcance del Artículo 14 de la Ley de Arbitraje nos preguntamos si dicha norma puede ser compatible con la teoría del *álder ego* o levantamiento del velo societario (pierce the corporate veil). Es decir, la posibilidad de “levantar” el velo

¹⁷ Caivano, Roque, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. En: *Lima Arbitration*, No. 1, 2009, p. 124.

¹⁸ Dow Chemical France, The Dow Chemical Company and others c. ISOVER Saint Gobain, Interim Award, ICC Case No. 4131, 23 September 1982. En: Pieter Sanders (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1984 - Volume IX*, Kluwer Law International, 1984, pp. 131 - 137

¹⁹ Thomson-CSF, S.A. c. American Arbitration Association, Evans & Sutherland And Computer Corporation, United States Court of Appeals (64 F.3d 773), 1995.

societario a fin de (i) incorporar al arbitraje al accionista no signatario, y (ii) hacer responsable al accionista no signatario por las diversas conductas desplegadas bien por él mismo o por su subsidiaria.

3. LA DOCTRINA DEL ÁTER EGO O LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

La teoría del *áter ego* establece que un accionista debe ser hecho responsable por los actos de su subsidiaria cuando ambas entidades sean parte de una misma realidad económica, es decir, cuando la subsidiaria haya sido usada como un cascarón para que el accionista limite su responsabilidad de forma fraudulenta.

La responsabilidad limitada significa que la sociedad asume solo sus deudas, mientras que los accionistas o socios responden solo hasta el límite de su aporte, sin afectar su patrimonio personal²⁰. Como bien nos ilustra el profesor Richard Posner, la responsabilidad limitada de las personas jurídicas no elimina el riesgo del fracaso empresarial, sino que traslada los riesgos de los accionistas a los acreedores de la sociedad, quienes tendrán que soportar dicho riesgo²¹. Al respecto, como señalan Easterbrook y Fischel, la responsabilidad limitada es un principio fundamental del derecho societario o corporativo²². Pues como ya señalamos, la existencia de la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada son principios vitales para la generación de inversiones.

Por todo esto, debemos ser cautelosos a la hora de analizar si el riesgo asumido por la persona jurídica puede afectar en última instancia el patrimonio de los socios aportantes. Sin duda deben existir causales muy contundentes para que los riesgos asumidos por los acreedores regresen o se trasladen a los accionistas.

Existen muy pocas justificaciones para que ello ocurra. Una de ellas es la conducta fraudulenta del accionista frente al acreedor, que legitime el levantamiento del velo societario o el traslado del riesgo al accionista. Como agrega Santiago Talero, "el principio de la separación jurídica y patrimonial de la sociedad no tiene carácter absoluto sino relativo"²³. Asimismo Park y Talero comentan que en muchos sistemas

²⁰ Easterbrook, Frank H, y Fischel Daniel R., "Limited Liability and the corporation". En: ROMANO, Roberta (ed.) *Foundations of Corporate Law*, New York: Oxford University Press, 1993. p. 65.

²¹ Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 630.

²² Easterbrook, Frank H, y Fischel Daniel R., "Limited Liability and the corporation". En: Romano, Roberta (ed.) *Foundations of Corporate Law*, New York, Oxford University Press, 1993. p. 65.

²³ Talero Rueda, Santiago, "Extensión del pacto arbitral a no signatarios. Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje". En: *Lima Arbitration*, No. 4, 2011, p. 93.

legales se ha ignorado el velo societario y la personalidad jurídica para sancionar las conductas abusivas de accionistas como es el fraude o la infracapitalización²⁴.

Este desentendimiento del velo, en palabras de Talero "implica establecer la responsabilidad personal de los socios por las obligaciones de la empresa; su aplicación, en últimas, suele depender de la ocurrencia de conductas abusivas o fraudulentas"²⁵.

En el mismo sentido, coincidimos con Caivano²⁶ cuando sostiene que se puede extender el convenio arbitral a una parte no signataria y:

"que la personalidad de una sociedad puede ser desestimada cuando está formada con propósitos fraudulentos o impropios, cuando actúa o se comporta como un agente o una «marioneta» de su controlante, cuando está bajo el control de otra a tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento, o cuando es una mera pantalla o un áter ego de la controlante".

En estos casos, prevalece la realidad económica que subyace. En consecuencia, puede darse que dos sujetos hayan suscrito formalmente un convenio arbitral y que en la práctica uno de ellos se valga de sociedades subsidiarias para obtener un beneficio fraudulento o injusto a expensas del otro sujeto que forma parte de la relación contractual vinculada al convenio arbitral. En tal caso, será posible que dicha subsidiaria –la utilizada para cometer el daño- sea incorporada como parte no signataria de un eventual arbitraje. De impedirse dicho esquema, se podría ver frustrada la posibilidad de que la parte afectada pueda hacer valer sus derechos, perpetrándose un abuso que no puede ser desatendido o desconocido por el ordenamiento jurídico.

4. LOS REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ÁTER EGO

La figura del *áter ego* es un método para defender a las personas perjudicadas por conductas fraudulentas o injustas de sus contrapartes contractuales. No obstante que dicha teoría busca asegurar la buena fe contractual, su aplicación implica la perforación del principio de independencia de la personalidad jurídica.

Dada la importancia que tiene la responsabilidad limitada para el mundo empresarial, aquellos operadores jurídicos –árbitros y jueces- que pretendan aplicar la doctrina del

²⁴ Park, William. "Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma". En: *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford, 2009, p. 16.

²⁵ Talero Rueda, Santiago, "Extensión del pacto arbitral a no signatarios. Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje". En: *Lima Arbitration*, No. 4, 2011, pp. 93-94.

²⁶ Caivano, Roque, "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario". En: *Lima Arbitration*, No. 1, 2009, pp. 133-134.

alter ego, deben ser extremadamente cuidadosos, teniendo siempre en cuenta el carácter extraordinario que supone su aplicación.

De hecho, Born indica que las cortes inglesas, suizas, francesas, alemanas e incluso algunas estadounidenses han sido reticentes a aplicar la doctrina del *alter ego*, a menos que contaran con evidencia clara de que en el caso concreto se había abusado de la personalidad jurídica²⁷. Esto queda reflejado en las claras palabras de una decisión judicial inglesa:

“English law insists in recognition of the distinct legal personality of companies unless the relevant contract or legislation requires or permits a broad interpretation to be given to references to members of a group of companies or the legal personality is a mere façade or sham or unlawful device”²⁸.

En ese orden de ideas, la doctrina y –especialmente- la jurisprudencia han dado luces sobre los requisitos mínimos para que la teoría del *alter ego* pueda aplicarse de forma sistemática a un caso concreto. En esta sistematización los mayores aportes han sido hechos por las cortes estadounidenses.

Lamm y Aqua indican que las cortes estadounidenses han perforado el velo societario cuando verifican que una matriz domina a una subsidiaria con el propósito de cometer un fraude o ilegalidad²⁹. Asimismo, Hanotiau señala que:

“Piercing the corporate veil means going behind the corporate veil of the company and holding its owners liable for the corporation's commitments. But this theory, in most legal systems, has a very limited scope of application. It will be applied only if the owners exercised complete control over the "corporation with respect to the transactions at issue and such control was used to commit a fraud or wrong that injured the party seeking to pierce the veil"³⁰. (Subrayado agregado)

Por su parte, Gary Born nos explica que la mayoría de las cortes estadounidenses superan la responsabilidad limitada cuando se demuestra:

“(a) the domination and control of a corporate affiliate, including disregard of corporate formalities, such that it has no separate identity or existence,

²⁷ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, pp. 1155-1158.

²⁸ *Acatos & Hutchenson PLC v. Watson*, citado por Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009. p. 1155.

²⁹ Citadas por Bullard González, Alfredo. “Artículo 14º”. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Tomo II*. Bullard, Alfredo y Carlos Soto Coaguila (coord.), Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 226.

³⁰ Hanotiau, Bernard. “Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Case Law”. En: van den Berg (ed), *ICCA Congress Series No. 13*, Montreal 2006, 2007, p. 344-345.

and (b) fraudulent or collusive misuse of that control, or equivalent misconduct, to the injury of other parties. In cases of complete domination or control of one company's day-to-day activities by another company, this may in some circumstances be independently sufficient to pierce the corporate veil"³¹.

De conformidad con lo anterior, resulta paradigmático lo resuelto por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos en el caso *Bridas*³². En este caso, se definió que para la aplicación de la teoría del *alter ego* es necesaria la concurrencia de dos requisitos:

- (i) Que exista un completo control del principal sobre su subsidiaria (*alter ego*) en la transacción en concreto, y
- (ii) Que ese control haya sido utilizado para cometer fraude, injusticia o conductas maliciosas en beneficio del principal y/o su *alter ego*, perjudicando a otro sujeto (que usualmente sería la parte que solicite algún tipo de indemnización así como la incorporación del principal como parte no signataria en razón de la teoría del *alter ego*).

4.1 Control completo en la transacción en cuestión

Resulta crucial que se acredite la existencia de un dominio que pueda incluir el desmembramiento de formalidades corporativas que revele la inexistencia de entidades separadas. Al respecto, el caso *Bridas* aporta una serie de elementos o rasgos que pueden ser tomados en cuenta a fin de determinar la existencia de control de gran magnitud en la transacción en cuestión.

- Que la matriz sea accionista de la subsidiaria.
- Que la matriz y la subsidiaria compartan directores o gerentes.
- Que la matriz y la subsidiaria tengan similares departamentos empresariales.
- Que la matriz y la subsidiaria consoliden sus estados financieros.
- Que la matriz financie a la subsidiaria.
- Que la matriz incorpore a la subsidiaria en la transacción en cuestión o le dé las órdenes a la subsidiaria para que ingrese a la transacción en concreto.

³¹ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, pp. 1158

³² *Bridas S.a.p.i.c., Bridas Energy International, Ltd., Intercontinental Oil and Gas Ventures, Ltd., and Bridas Corp. v. Government of Turkmenistan, Concern Balkanbebitgazsenagat and State Concern Turkmenneft*. (447 F.3d 411) United States Court of Appeals, Fifth Circuit. 2006.

- Que la subsidiaria opere con un inadecuado capital o que se encuentre infracapitalizada.
- Que la matriz pague los salarios u otros gastos de la subsidiaria.
- Que la subsidiaria solo reciba negocios de la matriz.
- Que la subsidiaria utilice a la matriz como su propiedad.
- Que no exista separación en las actividades u operaciones de la subsidiaria y la matriz.
- Que la subsidiaria no observe formalidades corporativas.
- Que los directores de la subsidiaria actúen en prioridad y dependencia de los intereses de la matriz.
- Que otros paguen o garanticen deudas de la subsidiaria.
- Que la subsidiaria actúe como un brazo largo de la matriz.

Queremos mencionar que estos son rasgos que revelan la existencia de control, y no constituyen requisitos. Todo dependerá del grado de control o injerencia de la matriz sobre la subsidiaria, y a los elementos de prueba que aporte aquel que solicita la incorporación.

Un lector atento podría concluir que muchos de los rasgos de control descritos en los párrafos precedentes se presentan en toda relación matriz-subsidiaria o incluso accionista-sociedad. Al respecto, nos queda aclarar que el control, en el ámbito de la aplicación de la teoría del *alter ego*, es un control específico sobre una relación jurídica en concreto.

En este sentido, es perfectamente posible, por ejemplo, que una subsidiaria haya celebrado convenios arbitrales con dos terceros distintos, pero que solo haya existido control sobre una de las dos relaciones contractuales. En caso de controversia, la matriz podrá ser integrada únicamente al arbitraje donde existió control, siendo excluida del otro proceso arbitral. En suma, se deberá analizar la existencia de control en el marco de cada relación jurídica específica.

4.2 Fraude o conductas maliciosas

Como segundo requisito, aquel que solicite la incorporación de una parte no signataria deberá acreditar que el completo control se está utilizando para cometer fraude, una injusticia o un resultado malicioso.

Es importante señalar en este punto que, a nuestro entender, no se requiere acreditar necesariamente la existencia del típico fraude premeditado, sino que bastará con la

ocurrencia de un resultado injusto para la parte perjudicada, en el que medie algún grado de dolo o intencionalidad en la realización de la conducta.

5. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ÁLTER EGO EN EL PERÚ

Como hemos venido señalando, la incorporación de partes no signatarias a los procesos arbitrales se originó como una solución propuesta por la doctrina y la jurisprudencia a un problema real. Esta se desarrolló en base a los principios jurídicos y no propiamente sobre una base normativa.

Por ello, la el contenido del Artículo 14 de la Ley de Arbitraje resulta innovador en tanto que “codifica una regla desarrollada y mayoritariamente acogida por los árbitros CCI y la jurisprudencia francesa, no obstante resultar novedosa su inclusión en un texto normativo”³³.

Entonces, si la legislación peruana cuenta ya con una disposición expresa sobre la cual puede basarse la incorporación de partes no signatarias, ¿es esta disposición consistente con la teoría del *alter ego* y, consecuentemente, puede sustentar su aplicación? En relación con ello, Alfredo Bullard ha indicado que:

“(…) consideramos que deben comprobarse principalmente dos requisitos: (i) Un elemento que denominaremos objetivo, esto, la presencia de empresas vinculadas que formen parte de un mismo grupo económico; y (ii) Un segundo elemento que denominaremos subjetivo, representado por una voluntad de fraude común a todas dichas empresas. De cumplirse estos requisitos, como veremos, es posible aplicar el artículo 14º, pues puede derivarse una participación en la ejecución del contrato (o más concretamente para buscar la no ejecución del mismo) que en buena fe no debe permitir que el vinculado se proteja en el hecho de no haber suscrito el convenio arbitral frustrando simultáneamente el arbitraje y la propia ejecución del contrato. Como ya dijimos el levantamiento del velo, en concordancia con el artículo 14º, no es un acto de encontrar un tercero al cual traer al arbitraje, sino descubrir a una verdadera parte que se oculta bajo formalidades jurídicas”.³⁴

En consecuencia:

“(…) dada dicha voluntad fraudulenta y teniendo en cuenta que se entiende que todas las empresas formantes del grupo son en realidad *alter ego* de una de ellas o de todas a la vez, la consecuencia de ello es que se desestime la responsabilidad limitada de cada sociedad –puesto que en

³³ Silva Romero, Eduardo, “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”. En: *Lima Arbitration*, No. 4, 2011, p. 68.

³⁴ Bullard González, Alfredo. “Artículo 14º”. En: Bullard, Alfredo y Carlos Soto Coaguila (coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo II., Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 224-225.

realidad forman parte, bajo el principio de buena fe, y dada la realidad económica, de una única entidad- y por el contrario todas ellas asuman solidariamente las obligaciones de todas³⁵.

Teniendo en cuenta una pequeña diferencia conceptual no advertida³⁶, Alfredo Bullard se inclina por una respuesta positiva a la cuestión esbozada. Para ello señala dos criterios a considerar, que son coincidentes con los ya establecidos en el caso *Bridas*, descritos líneas arriba: control (requisito objetivo) y voluntad fraudulenta (criterio subjetivo). Lo encontrado en un caso a la luz de dichos criterios debería analizarse en función de la participación de la empresa principal no signataria o de su(s) *áter ego*(s) no signatarios en la negociación, celebración, ejecución o terminación de la relación contractual subyacente.

En la misma línea de lo anterior, autores como Silva Romero también consideran que el texto del artículo 14 de la Ley de Arbitraje puede justificar la aplicación en nuestro país de la teoría del *áter ego*³⁷.

Ahora bien, otros autores, como Talero, afirman que la teoría del áter ego “no ha sido recogida por la norma peruana”,³⁸ pero a pesar de ello “se podría aplicar para legitimar o reforzar la extensión del pacto arbitral a no signatarios; esto es, como una

³⁵ Bullard González, Alfredo. “Artículo 14º”. En: Bullard, Alfredo y Carlos Soto Coaguila (coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo II., Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 227.

³⁶ Al respecto, queremos manifestar que en nuestra posición, el profesor Bullard equipara en su artículo la teoría de áter ego/levantamiento del velo societario con la teoría del grupo de sociedades, y las trata como si fuera una sola. Sin embargo, para Gary Born en opinión que nosotros compartimos existe una diferencia entre una y otra doctrina: “This reflects a fundamental difference between the áter ego doctrine and the group of companies doctrine. The áter ego theory is a rule of law that is invoked to disregard or nullify the otherwise applicable effects of incorporation or separate legal personality. The outcome of this analysis is that one entity is deemed either non-existent or merely an unincorporated part of another entity. This result is often achieved without regard to the parties' intentions at the time of contracting, based on considerations of equity and good faith.

In contrast, the group of companies doctrine is ordinarily a means of identifying the parties' intentions, which does not disturb or affect the legal personality of the entities in question. Rather, as usually formulated, the group of companies doctrine is akin to principles of agency or implied consent, whereby the corporate affiliations among distinct entities provide the foundation for concluding that they were intended to be parties to an agreement, notwithstanding their formal status as non-signatories.” Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 1172.

³⁷ Silva Romero, Eduardo. “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”. En: *Lima Arbitration*, No. 4, 2011, p. 66.

³⁸ Talero Rueda, Santiago, “Extensión del pacto arbitral a no signatarios. Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”. En: *Lima Arbitration*, No. 4, 2011, p. 87.

refrendación de la extensión realizada según alguna de las teorías cobijadas por la norma”.³⁹

Sin embargo, consideramos que la posición de Talero no es precisa toda vez que la aplicación de la teoría del *áiter ego* puede aplicarse a la luz del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. La razón es muy sencilla, a la hora que se analice la existencia de control o el fraude, lo que se evidenciará será una participación activa y determinante de la matriz no signataria del convenio arbitral. Por ello, en base a una interpretación de buena fe, tal sujeto puede ser vinculado al convenio arbitral en aplicación directa del artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Por si ello fuera poco, la aplicación la teoría del *áiter ego* o levantamiento del velo societario se refuerza, en razón de los principios en que se sustenta. En efecto, más allá del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, es importante señalar dicha teoría se condice con un principio general del ordenamiento jurídico peruano: la prohibición del abuso de derecho, consagrado en el artículo 103 de la Constitución⁴⁰ y en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil⁴¹.

Asimismo, se debe tener en cuenta lo dicho por Bernard Hanotiau. Este autor señala que los tribunales arbitrales han utilizado esta teoría basándose en el principio general de la buena fe, en la prohibición abuso de derecho, y amparándose en la inadmisibilidad del abuso de la personalidad jurídica. Dicho autor nos explica:

“Finally, fraud and more generally the existence of an abuse of rights have been the first basis on which arbitral tribunals have relied to pierce the corporate veil. In an ad hoc interim award of 9 September 1983, the tribunal pointed out that the doctrine of piercing the corporate veil is based upon the principle of good faith and the concept of an abuse of rights, i.e., the inadmissible abuse of the separation of legal entities. Piercing of the corporate veil will take place when a corporation is used inappropriately as a shield against liability and is essentially under the influence of a natural or legal person.”⁴²

Por lo tanto, consideramos que el *áiter ego* se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, y se refuerza por e los principios generales de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho.

³⁹ Talero Rueda, Santiago, “Extensión del pacto arbitral a no signatarios. Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”. En: *Lima Arbitration*, No. 4, 2011, p. 90.

⁴⁰ Constitución Política del Perú: “Artículo 103.- (...) La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

⁴¹ Código Civil: “Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

⁴² Hanotiau, Bernard, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International, 2006, p. 45.

6. LA TEORÍA DEL ÁLTER EGO APLICADA EN EL PERÚ: EL CASO TSG

Un buen ejemplo de la perforación del velo societario en el Perú es la controversia suscitada entre TSG Perú S.A.C., como demandante, contra Pesquera Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C, Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C, como demandados (en adelante, el Caso TSG)⁴³. Es sin duda un caso emblemático, en donde se discute a nivel judicial la anulación del laudo resultante del proceso arbitral.

En este proceso se discutió la vinculación existente entre tres de las empresas demandadas, aplicándose la teoría del *áter ego* junto a la del grupo de sociedades. En el laudo, se presentó abundante doctrina y jurisprudencia, por la cual se dejó en claro que existían medios idóneos para llevar a cabo la perforación del velo societario.

Si bien es cierto que en dicho proceso se aceptó el carácter extraordinario del levantamiento del velo, el Tribunal a lo largo de todo su análisis reiteró que debían cumplirse los dos requisitos que hemos mencionado para que esta figura pueda ser aplicada. En efecto, como señala el laudo del Caso TSG:

“ello (el levantamiento del velo societario) únicamente será posible en tanto el material probatorio disponible indique que se han cumplido dos presupuestos fundamentales para dicha aplicación. (i) En primer lugar una probada vinculación entre las empresas involucradas; y (ii) Una voluntad de fraude de dichas empresas en relación a la supuesta afectada”. (Subrayado agregado)

Asimismo, precisan:

“que de la lectura y análisis de la doctrina y jurisprudencia citada, este colegiado considera que deben comprobarse principalmente dos requisitos: (i) Un elemento que denominaremos objetivo, esto es la presencia de empresas vinculadas que formen parte de un mismo grupo económico; y (ii) Un segundo elemento que denominaremos subjetivo, representado por una voluntad de fraude común a todas dichas empresas.

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

⁴³ El arbitraje fue tramitado ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el Tribunal Arbitral estaba conformado por los señores árbitros Alfredo Bullard González (Presidente), Rafael Montoya Alvarez y Alberto Montezuma Chirinos. Es importante destacar que este proceso arbitral no se resolvió al amparo de la actual Ley de Arbitraje, en la que no existía una disposición similar a la del actual artículo 14.

voluntad fraudulenta con el fin de perjudicar a sus acreedores". (Subrayado agregado)

Como se puede observar de la cita anterior, se reafirma la necesidad primordial que exista una actitud fraudulenta, la cual, a nuestro entender, debe estar plenamente acreditada con medios fehacientes. Esto último no es compartido por el tribunal en el caso bajo análisis, ya que éste llega a considerar suficiente la construcción del fraude a partir de una prueba indiciaria⁴⁴.

En el caso, finalmente se decide perforar el velo societario, en la medida que se demuestra que tres sociedades demandadas son "shells" o *álter egos* de una misma sociedad. Los indicios revelaron que existía una misma realidad económica. Dicha conclusión se basó en hechos tales como: (i) las empresas demandadas tenían funcionarios comunes, (ii) existía un orden similar en la transferencia de derechos y acciones, coincidiendo a su vez en similares posiciones a través del tiempo, (iii) contaban con el mismo domicilio y (iv) hasta era patrocinados por el mismo abogado.

La consecuencia jurídica de la aplicación del *álter ego* fue la responsabilidad solidaria, en cuanto, si vamos a la naturaleza de la figura, no estamos frente a partes independientes que puedan responder conjuntamente, sino con una única realidad. Esto lo explica mucho mejor el Tribunal en el caso TSG:

"Finalmente resta señalar que, dada dicha voluntad fraudulenta y teniendo en cuenta que se entiende que todas las empresas formantes del grupo son en realidad "álter ego" de una de ellas o de todas a la vez, la consecuencia de ello es que se desestime la responsabilidad limitada de cada sociedad – puesto que en realidad forman parte, bajo el principio de buena fe, y dada la realidad económica, de una única entidad – y por el contrario todas ellas asuman solidariamente las obligaciones de todas". (Subrayado agregado)

Por todo lo anterior, queda claro que la teoría del *Álter ego* no queda en una simple idea doctrinaria, sino que ésta ha sido aplicada en las principales plazas arbitrales del Mundo, incluido sin duda, el Perú.

Este caso, sin embargo, fue llevado a nuestro Poder Judicial con consecuencias interesantes y contradictorias. La Corte Superior de Lima declaró fundado el recurso de anulación interpuesto por las cuatro demandadas y por lo tanto, anuló el laudo arbitral⁴⁵.

⁴⁴ El Tribunal Arbitral señaló en el laudo que: "(d)e lo contrario, de no lograrse acreditar, por lo menos de manera indiciaria, la presencia de dichos presupuestos, la teoría en cuestión no podrá ser aplicable".

⁴⁵ Sentencia que resuelve el recurso de anulación del laudo arbitral recaído en el Expediente No. 00451-2009 emitido por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte

La Corte Superior llegó a esta conclusión, señalando principalmente que las partes, al no suscribir formalmente el convenio arbitral, no les era exigible el sometimiento a arbitraje. El razonamiento de la corte fue el siguiente:

“DÉCIMO NOVENO: (...) los árbitros al decidir incorporar a las tres empresas citadas al arbitraje no han justificado su posición en norma legal alguna de nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, aceptaron tácitamente el laudo, que la doctrina de extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no encontraba sustento en la Ley N^o 26572, la cual era aplicable en el caso en concreto, sin embargo, apelaron para justificar su decisión, al hecho de que en la jurisprudencia internacional, así como en la doctrina nacional e internacional, existen posiciones que justifican esa posibilidad.

Y no es intención de este Colegiado en esta resolución desconocer la calidad que tienen tanto la doctrina como la jurisprudencia de fuentes dogmáticas del derecho, y necesarios referentes de ilustración al abordar el estudio de una institución jurídica. No obstante, no puede perderse de vista que el arbitraje al cual nos venimos refiriendo no es uno de conciencia, sino de derecho. Cuando las partes entregan a los árbitros la facultad de resolver un conflicto, con la precisión de que su decisión debe fundarse en el derecho aplicable, se espera justamente que los árbitros resuelvan el caso respetando la normatividad estatal, no en base a lo que ellos creen que debería ser el derecho en nuestra nación, o conforme a lo que a su entendimiento es justo o injusto, sino en base a lo que el derecho dice para el supuesto específico.”

Además, la corte sostuvo que “no existe extremo alguno en la Ley 26572 que siquiera sugiera la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a quienes no quisieron celebrarlo”. A pesar que la actual Ley de Arbitraje no era de aplicación al caso en concreto, la Corte decidió interpretarla de todas formas, argumentando lo siguiente:

“es más, ni siquiera la fórmula actualmente contenida en el artículo 14 del Decreto Legislativo N^o 1071 (sin que la mención a esta norma implique un juicio sobre su constitucionalidad) es capaz de legitimar un ejercicio semejante al realizado por los árbitros.”

En ese sentido, la Corte Superior agregó que la regla contenida en el artículo 14:

“sin que en parte alguna de este texto pueda subsumirse un supuesto como el defendido por los árbitros, de incorporación forzosa de un tercero al arbitraje por encontrarse en vinculación fraudulenta con quien sí lo hizo, en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo”.

Superior de Justicia de Lima, de fecha 10 de agosto de 2010, en la controversia surgida entre TSG Perú S.A.C., como demandante, contra Pesquera Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C, Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C, como demandados.

Resulta claro que nuestra opinión difiere sustancialmente a la de la Corte Superior, al haber quedado demostrado que la regla contenida en el artículo 14 guarda estrecha relación con la teoría del levantamiento del velo societario. Por otro lado, creemos que la Corte Superior hace un análisis cuestionable sobre la incorporación de partes no signatarias a partir de la doctrina del *álter ego*.

Como hemos visto, la Corte Superior señala en su sentencia, que no se puede extender el convenio arbitral a quienes “no quisieron” celebrarlo, no obstante, es justamente lo contrario. La doctrina del *álter ego* parte de reconocer una realidad que ha sido puesta de manifiesto por conductas concretas, no en los documentos⁴⁶. Así, las partes – aunque no hayan firmado el convenio- sí expresaron su intención de someterse a arbitraje. Esta expresión de consentimiento fue exteriorizada, solo que de una forma atípica, es decir, mediante su conducta.

TSG decidió interponer un recurso de casación a fin de revertir la sentencia de la Corte Superior. La Corte Suprema⁴⁷, declaró nula la sentencia de la Corte Superior, ordenándole volver a pronunciarse sobre la extensión del convenio. La Corte Suprema llegó a la conclusión que la doctrina del levantamiento del velo societario sí se encontraba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico y que los árbitros podían resolver en base a estos principios. En efecto, la sentencia señala:

NOVENO.- Conforme a los argumentos expuestos se evidencia el error de la Sala Superior, al haber colocado a la jurisdicción arbitral en un estado de inferioridad a la jurisdicción ordinaria, inferioridad para no poder pronunciarse sobre determinadas situaciones tales como los grupos de sociedades, situaciones de fraude, y desvelamiento del velo societario, elemento último sobre el que la doctrina nacional ha elaborado sendos estudios, basta con recordar los de juristas tales como Juan Morales Godo, y Juan Espinoza Espinoza, y la reconducción de tal tópico a figuras tales como el abuso del derecho, y el fraude a la ley; esto último se menciona sólo a manera de ilustración”.

También precisó que la corte se había extralimitado al entrar a analizar el fondo del razonamiento arbitral, cuestión que está prohibida de realizarse en el recurso de anulación.

En ese sentido, podemos considerar que el razonamiento de la Corte Suprema de la República parte por reconocer la competencia de la jurisdicción arbitral para analizar supuestos de perforación del velo societario. Más aún, se da el ejemplo del abuso de derecho y fraude ordenan nuestro ordenamiento jurídico equiparándolos a la buena fe

⁴⁶ En este mismo sentido, coincidimos con el análisis crítico que realiza.

⁴⁷ Casación. 4624-2010 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la Justicia de la República, de fecha 19 de diciembre de 2011.

y la prohibición del abuso de derecho en su rama de la prohibición del abuso de la personalidad jurídica.

La Corte Superior⁴⁸ nuevamente se pronunció bajo el sentido interpretativo de la Corte Suprema en una sentencia que pueden encontrar en este ejemplar de Forseti. En la sentencia, la Corte Superior declara infundado el recurso de anulación y válido el laudo arbitral.

El razonamiento de la Corte Superior parte por reconocer que los árbitros en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* pueden aplicar principios como el levantamiento del velo societario. Asimismo, la Corte indicó que el levantamiento del velo societario implica la responsabilidad solidaria.

Por último, la Corte Superior concluye lo siguiente respecto al levantamiento del velo societario en materia arbitral lo siguiente:

“(...) debemos señalar que el arbitraje en nuestro sistema jurídico es ejercicio de función jurisdiccional sustentada en el acuerdo político de las partes, y que, dentro de los límites de ese acuerdo, los árbitros cuentan con todos los poderes jurisdiccionales que les confieren nuestra Constitución y la ley.

Por tanto, desde este horizonte conceptual y normativo lo que el Tribunal Arbitral ha hecho no es someter compulsivamente a un tercero a un proceso arbitral sino, muy por el contrario, ha evitado que la parte signataria de un convenio arbitral, mediante la utilización fraudulenta de otras empresas que responden a una sola voluntad empresarial, burle la efectividad de dicho acuerdo.

Esta potestad arbitral, sin embargo, no solo está sustentada en el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción sino también, y tal vez principalmente, en los principios generales de buena fe y prohibición de abuso del derecho que resultan plenamente aplicables a un acto de autonomía privada como es el convenio arbitral.

Por tanto, en opinión de este Colegiado la referencia a estos principios, dada la abundante prueba que certifica su violación, basta para sustentar la aparente extensión del convenio arbitral, máxime si, como hemos referido anteriormente, dicha prueba no ha sido discutida adecuadamente por las ahora demandantes en el presente proceso de nulidad.”

Es así que el Perú oficialmente reconoció la existencia de la figura del *alter ego*, dotando así a los administradores de justicia –tanto jueces como árbitros- de un arma más para descubrir estas prácticas de mala fe, acercándonos así a una sociedad más justa.

⁴⁸ Sentencia emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente 451-2009 entre TSG Perú S.A.C contra Langostinera Caleta Dorada S.A.C. y otras del 5 de marzo de 2013.

7. CONCLUSIONES

La doctrina, la jurisprudencia y nuestra Ley de Arbitraje han reconocido que existen diversas formas de manifestar el consentimiento a arbitrar y que estas pueden ser distintas a la firma del documento que contiene el convenio arbitral. A esto se le conoce como la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.

En el Perú, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje permite hacerles vinculante el convenio arbitral a aquellos terceros que a la luz de su conducta han tenido una participación activa y determinante en las diferentes etapas de una relación contractual (que siendo formalmente ajena) contiene un convenio arbitral. Con ello se configura lo que el profesor Eduardo Silva Romero denomina “el arbitraje-realidad”.

El *áster ego* o levantamiento del velo societario es una fórmula que permite incorporar al proceso arbitral a un no signatario. Bajo esta doctrina se puede lograr que un accionista se vincule por el convenio arbitral y así pueda ser hecho responsable por los actos de su subsidiaria cuando ambas entidades sean parte de una misma realidad económica. Los requisitos para la aplicación de esta doctrina son, primero, que se acredite que la matriz (o simplemente el accionista) ha ejercido el completo control sobre la subsidiaria en una determinada relación jurídica; y segundo, que se pruebe que ese completo control ha sido utilizado para cometer fraude o lograr resultados “injustos” abusando de la independencia de la personalidad jurídica.

Además de acreditar además de los requisitos mencionados, que el sujeto no signatario haya tenido participación activa y determinante. Ello es relativamente fácil de probar, toda vez que si se logra probar el fraude y el control, es por no decir lo lógico que la matriz ha participado de forma activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución y terminación de la relación contractual porque una de las partes de esta relación contractual es la sociedad controlada.

Decían algunos que el escudarse en la personalidad jurídica y el velo societario no solo es una de las formas más efectivas –y utilizadas- de evitar la responsabilidad y el arbitraje. Esperemos que una vez leído este artículo y advertidos de la situación, tenga más cautela al sugerir esta solución. Podría terminar peor que las demandadas en el caso TSG.